

# Revista

da Escola Nacional da Magistratura  
Associação dos Magistrados Brasileiros

Ano II - nº 6 - xxxx 2011



Patrocínio:





## CONSELHO EDITORIAL

---

Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto  
Dalmo de Abreu Dallari  
Getúlio Corrêa  
João Otávio de Noronha  
José Augusto Delgado  
Lélio Bentes Corrêa  
Lucia Hippolito  
Luiz Jorge Werneck Vianna  
Sálvio de Figueiredo Teixeira

## DIRETORIA DA ENM

---

**Diretor-Presidente:** Desembargador Luis Felipe Salomão

**Coordenadores:**

Juiz Alexandre Targino Gomes Falcão  
Juiz Cícero Martins de Macedo Filho  
Ministro João Otávio de Noronha  
Juiz Marcelo Tolomei Teixeira  
Juíza Márcia Cristina Teixeira Cardoso  
Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler  
Juíza Zilah Maria Callado Fadul Petersen

**Secretário-Geral:** Juiz Renato Castro Teixeira Martins

## ENDEREÇO DA ENM

---

**[www.enm.org.br](http://www.enm.org.br)**

SCN - Quadra 02 - Bloco D  
Torre B - Sala 1302  
Centro Empresarial Liberty Mall  
Brasília - DF CEP 70712-903  
Tel: +55 (61)2103-9002

# FICHA TÉCNICA

---

**Escola Nacional da Magistratura**

Gerente de Comunicação: Débora Diniz

---

**Editora Justiça & Cidadania**

Diretor Executivo: Tiago Santos Salles

Diagramação: Diogo Tomaz

Revisão: Taís Cavalcanti

Av. Nilo Peçanha, 50 sl. 501 Ed. De Paoli

Centro - Rio de Janeiro - CEP: 20020-100

Tel: +55 (21) 2240-0429

CtP, Impressão e acabamento: Zit Gráfica e Editora

Revista da Escola Nacional da Magistratura - Ano II, ed. n° 6  
-- Brasília: Escola Nacional da Magistratura, [2008].

Semestral  
ISSN: 1809-5739

I. Direito - Periódicos. 2. Escola Nacional da Magistratura -  
Artigos. I. Brasil. Associação dos Magistrados Brasileiros.

# SUMÁRIO

<b>1. Apresentação</b>	<b>6</b>
Nono on on on on no no	
<b>2. Formação e atuação dos profissionais do direito</b>	<b>10</b>
Benedicto Abicair	
<b>3. É possível a implementação dos direitos fundamentais nas relações privadas?</b>	<b>18</b>
Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto	
<b>4. NONONONONONONONO</b>	<b>48</b>
Nonononoonono	
<b>5. Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais</b>	<b>54</b>
Teori Albino Zavascki	
<b>6. O regime jurídico-constitucional dos bens públicos da união: perspectiva histórica e positiva</b>	<b>66</b>
Humberto Martins	
<b>7. La cooperación judicial europea en materia civil</b>	<b>76</b>
Dra. Georgina Garriga	
<b>8. O direito fundamental à moradia aos 20 anos da constituição federal</b>	<b>96</b>
Ingo Wolfgang Sarlet	
<b>9. Crimes contra o patrimônio cultural e o ordenamento territorial e urbano na lei 9605/98</b>	<b>131</b>
Eladio Lecey	

# Apresentação







# FORMAÇÃO E ATUAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DO DIREITO

**Benedicto Abicair**

Desembargador do TJRJ

## **Inscrição na OAB e exercício da advocacia**

Há algum tempo questiona-se sobre como melhorar a formação dos milhares de bacharéis que são expelidos, semestralmente, das Faculdades de Direito do nosso país, diante das contumazes notícias sobre a maciça reprovação dos mesmos no denominado provão da OAB, que “seleciona” aqueles que receberão suas respectivas inscrições para exercerem a advocacia e atuar em outras atividades jurídicas.

Após vinte e oito anos de ininterrupta e exclusiva militância na advocacia, acrescidos de cinco anos de estágio em conceituado escritório, sendo, atualmente, Desembargador, egresso pelo Quinto dos Advogados, me permito exercitar, aqui, minúscula reflexão sobre alguns aspectos envolvendo os profissionais do direito, dando ênfase a requisitos que, no meu sentir, contribuiriam para o bacharel ingressar com mais eficiência nas carreiras jurídicas.

Primeiro, é bastante relevante ressaltar a importância da formação acadêmica que, em tese, se recebe na Faculdade, para o contato com os diversos seguimentos do direito e como direcioná-los.

A formação acadêmica informa ou deveria quais as fontes do direito, como localizá-las e onde aplicá-las, “proporcionando”, enfim, a cultura básica para iniciar-se no mundo jurídico.

Porém, é fato que a formação acadêmica tem se mostrado insuficiente para a difícil missão de advogar e exercer cargos na Magistratura, Ministério público e outros, principalmente em face da medíocre qualidade da maioria das Faculdades.

Por outro lado, não tem sido frutífera a aplicação do denominado provão da OAB para uma real aferição dos bacharéis.

É imperioso, pois, ministrar-se uma adequada formação profissional, que não se adquire na Cadeira de Prática Forense, contida no currículo das Faculdades, e através dos seus denominados Escritórios Modelos, diante da inescandível deficiência que os recém formados revelam nas suas intervenções. Nas Faculdades de Direito, quando eficientes, se recebe razoáveis informações. Mas se o acadêmico ou bacharel não freqüentar outra “*Faculdade*”, qual seja, a “*Faculdade de Advocacia*”, estará fadado a ser um medíocre profissional, com deficiências de difícil superação, implicando na dificuldade em aplicar, apropriadamente, a teoria que lhe foi transmitida, se é que foi assimilada.

Entenda-se como “*Faculdades de Advocacia*” Escritórios de Advogados experientes, Defensorias Públicas, Ministérios Públicos e Procuradorias, ou qualquer instituição onde se opere, no cotidiano dos Fóruns e Órgãos administrativos, com regularidade, a prática do direito.

A militância da advocacia, a bem da verdade, não se restringe ao acompanhamento de processos nos Juízos e Tribunais, mas, também, no conhecimento prático de diversos procedimentos administrativos que amplia o cabedel de informações úteis e necessárias em qualquer atividade jurídica.

Das “Faculdades” suso mencionadas merecem destaque, a meu ver, os Escritórios de Advocacia, desde que fiscalizados e credenciados pela OAB, para orientar estagiários, aliás, como foi o que me orientou e o meu durante quatorze anos.

Aí o estagiário ou bacharel, principalmente se aplicado, terá maior contato com a real estrutura e funcionamento do Poder Judiciário, além de variados procedimentos judiciais e administrativos.

É comum “*advogados*” se dizerem assessorando clientes numa simples audiência de conciliação ou no acompanhamento a uma Delegacia de Polícia, sem, na prática, demonstrem preparo e segurança para orientar e se conduzir.

Não sendo os Juízes, Promotores, Delegados, Escrivães, Inspetores, bem como os malsinados Juízes leigos e, ainda, os indigeríveis conciliadores vividos e experientes, o que é raro ocorrer, face serem eles, também, cada vez mais jovens e inexperientes, o desafortunado constituinte poderá viver momentos de terror, constrangimento e angustia, sem contabilizar prejuízos de ordem material que possam atingi-lo.

Não são de menos gravidade as costumeiras consultorias prestadas sobre os mais diversificados assuntos, sejam judiciais ou extra, onde as barbaridades atingem níveis assustadores e causam incontáveis danos aos infelizes cidadãos, na grande maioria dos casos, inviabilizando reparação pelo Poder Judiciário

Veja-se, por exemplo, o “Advogado” que prestando orientação numa compra e venda de imóvel desconhece formalidades, documentos e custos imprescindíveis à sua realização, bem como quando se consubstancia a propriedade. Ou aquele “profissional” que desconhece as implicações penais, trabalhistas e fiscais, ao sugerir que seu cliente preste declarações das mais diversificadas.

Destaco fato marcante, quando advogava, ainda com meu experiente orientador, quando procurou-nos um cliente interessado em adquirir grande área de terras em região da Barra da Tijuca. Procedidas todas as diligências habituais, inclusive algumas desnecessárias para o ato, ficou constatado que sobre o imóvel não pendia qualquer ônus ou implicações jurídicas e administrativas, sendo possível a aquisição.

Informamos, então, ao cliente a viabilidade de negociação do imóvel e ressaltamos nosso desconforto para sua conclusão, pois algo se aparentava estranho, realçando o período de tempo em que se encontrava à venda, por preço muito inferior com a realidade do mercado imobiliário da região, e a manifesta ansiedade do procurador, portenho, do proprietário.

A plena confiança nos seus advogados fez com que ele desistisse da compra, possibilitando um estreitamento na relação com aludido representante, o qual, bastante decepcionado com a perda do negócio, revelou ser o problema do imóvel um pântano que corria sob o mesmo, o que inviabilizava qualquer construção, sem a realização de obra específica, de elevado custo, impertinente naquele momento.

Daí se extrai que não basta conhecer o direito, mas, também, ter vivência para se permitir enxergar o que não se vê e segurança para assumir os riscos da orientação.

Prosseguindo, afirmo que tais “Advogados” jamais aprenderam, na prática, como devem proceder, ou mesmo desconhecem procedimentos administrativos que podem solucionar pequenos problemas dos seus constituintes, sem a necessidade de recorrerem ao Judiciário, ou, até mesmo, como redigir uma simples correspondência que sane pendências aparentemente complexas.

E mais, Advogados que não sabem, sequer, se conduzir no relacionamento com seus colegas, com Magistrados, Promotores, Delegados, Serventuários e, às vezes, com seus próprios clientes, sem computar as verdadeiras aberrações vistas, corriqueiramente, nas petições confeccionadas sem qualquer lógica e com erros primários de ortografia, até porque o ensino médio é igualmente deficiente na formação escolar, em especial, no tocante à língua portuguesa.

Acrescente-se, por oportuno, que o pleno exercício da advocacia aprimora o conhecimento jurídico, imprime no Advogado mais sensibilidade, espírito humanitário, tolerância e paciência, face tantas serem as adversidades enfrentadas no cotidiano, bem como sua criatividade, ousadia e combatividade, entre eles e com seus interlocutores, os torna mais habilidosos e seguros, contribuindo, sobejamente, para a evolução do direito, o que é relevante para a formação desse profissional, como também para quando for atuar nos cargos de Delegados de Polícia, representantes do Ministério Público e Magistrados.

A verdade é que o direito consiste no lado belo da advocacia, pois esta, indubitavelmente, não busca justiça, mas sim o interesse do cliente, o que deve ser atingido nos limites impostos pela lei e ética profissional.

Definitivamente, a militância na advocacia propicia experiência e visão perspectiva da vida e não somente conhecimento teórico que, isolado, pode, ao invés de propiciar justiça, acarretar uma verdadeira catástrofe para a sociedade.

Portanto, é imperioso que etapas sejam cumpridas, antes de o bacharel ser considerado apto para exercer a advocacia, que precisam e devem substituir, definitivamente, os malsinados e inócuos Exames da Ordem que, está comprovado, não se prestam a uma avaliação sequer superficial.

### **Autorização para funcionamento dos escritórios**

Antes, porém, convém ressaltar a necessidade de serem revistos os critérios para que os Escritórios de advocacia sejam autorizados a iniciarem e desenvolverem suas atividades e do respectivo credenciamento dos que possam ministrar estágios.

A Proposta consiste em que seja consultada também a OAB para a concessão do Alvará de funcionamento, emitido pela Prefeitura, que se pronunciará após avaliação de Comissões constituídas nas suas Seccionais,

compostas por Advogados experientes (Conselheiros ou não), representantes da Magistratura, do Ministério Público e do Ministério da Educação e Cultura.

As mesmas Comissões promoveriam fiscalizações rotineiras e, decorrido prazo de dez anos de ininterrupta atividade sem a constatação de irregularidades, poderiam os Escritórios se credenciar na OAB para ministrarem estágios.

### **Requisitos para o bacharel**

1- Durante os dois últimos anos da Faculdade, por período contínuo e ininterrupto, o acadêmico realizaria estágio nos Escritórios credenciados pela OAB, percorrendo os corredores das repartições públicas judiciárias, suas auxiliares e outras a elas vinculadas, para aprender a se relacionar adequadamente e onde aplicar as informações didáticas recebidas. O mesmo seria exigido do bacharel que não prestou estágio.

2- Superada a etapa supra, comprovaria, perante a OAB, sua atuação, através das petições e requerimentos por ele elaborados e assinados em conjunto com seus orientadores, bem como de atestados firmados por estes asseverando estar o estagiário habilitado para advogar sozinho.

3- Tais documentos seriam encaminhados à Comissão constituída pelas seccionais da OAB, composta por Advogados experientes (Conselheiros ou não), representantes da Magistratura, do Ministério Público e do Ministério da Educação e Cultura, este, preferencialmente, professor de português, todos de comprovada experiência, para avaliar a atuação do bacharel e se pronunciar sobre a concessão da inscrição.

4- Aprovado pela Comissão, seria inscrito em caráter provisório, podendo advogar, inicialmente, no patrocínio de ações de menor porte, nos Juizados Especiais e em procedimentos administrativos.

5- Comprovada sua regular atuação por período contínuo e ininterrupto de três anos, mediante a juntada de cópias de seus requerimentos e petições, decisões administrativas e sentenças deles decorrentes, bem como declarações de seus clientes e Juízes com os quais se relacionou, sobre sua postura profissional, a Comissão o avaliaria para ser autorizado a postular em

Juízes, Instâncias e Tribunais que exigem conhecimentos e experiência mais acurados, o que estaria obrigado por período ininterrupto de dois anos, antes de pretender ingressar em outras carreiras.

8- Naturalmente, seriam criadas penalidades específicas e rigorosas para todos os orientadores e/ou prestadores de declarações falsas ou incompatíveis com o desempenho do estagiário ou advogado nas aludidas fases.

### **Juízes, promotores e delegados de polícia**

Sem sombra de dúvidas, cada vez em maior quantidade tem ingressado nas carreiras da Magistratura, dos Ministérios Públicos, das Procuradorias e dos Delegados de Polícia, Advogados (isto quando não são meros bacharéis) extremamente jovens e sem demonstrar qualquer mínima experiência na advocacia e menos ainda de vida.

Daí uma corrente dos que entendem ser imperiosa uma mudança radical na estrutura dessas carreiras, para exigir-se não somente o cumprimento das etapas acima, onde já se teria comprovada experiência profissional mínima por período de sete anos, sugerindo algumas adiante, para serem objeto de apreciação.

### **Delegados de polícia**

No tocante aos Delegados de Polícia, criar-se uma Escola de Polícia que ministraria cursos de especialização para, após a conclusão com aprovação, o policial galgar todos os cargos dentro da carreira, até acessar ao de Delegado, fosse por antigüidade ou merecimento. Aliás, não há inovação, pois na maioria dos países é esse o procedimento.

### **Juízes e promotores**

Quanto a Magistratura e Ministérios Públicos, entendo que mudanças ainda mais extremas devem ser adotadas para o ingresso às vagas naquelas carreiras, tornando a Defensoria Pública a escalada inicial para, através de critério de antigüidade e merecimento, acessá-las.

Ou seja, o interessado prestaria concurso para as Defensorias Públicas, devendo, após sua aprovação, lá permanecer exercendo suas atividades por período mínimo de cinco anos antes de os Defensores pretenderem acessar aos cargos de Juiz ou Promotor.

Isto porque, ao final desse período, ter-se-ia comprovada, somado o

tempo de estágio, a militância na advocacia por doze anos, no convívio com o acervo dos mais variados procedimentos judiciais, e, principalmente, com a verdadeira ansiedade da grande massa da população.

Ao ingressar na Magistratura, inicialmente, judicaria nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, no exercício por período ininterrupto de três anos.

Após, atendendo, sempre, o critério de antigüidade e merecimento, seriam os Magistrados promovidos para os Juízos, onde judicariam por cinco anos, sem direito, durante tal prazo, a ocupar cargos administrativos ou de direção, e, conseqüentemente, aos Tribunais.

No Ministério Público, os Promotores e os denominados Procuradores federais atuariam em todas as Varas especializadas, com atuação por período ininterrupto de cinco anos, para, então, serem promovidos, também permanecendo por dois anos, também, aí, sem direito, nesses períodos, a ocupar cargos administrativos e de direção.

Importante ser revisto o critério de promoções, sugerindo a proporção de duas vagas para antigüidade e uma para merecimento, pois, sob minha ótica, se aparenta mais justo do que o atual de uma por uma.

Naturalmente que os subsídios e vantagens necessitam ser compensadores para justificar os sacrifícios que essas atividades impõem, aliada à dedicação exclusiva, constitucionalmente exigida.

Importante ressaltar que para acessar ao cargo de Defensor Público, bastaria ao candidato estar munido de sua inscrição na OAB, porém deveria cumprir dentro da Defensoria todas as demais etapas para completar os doze anos antes de ingressar na Magistratura ou Ministério Público.

### **Quinto constitucional**

Quanto ao Quinto constitucional, que entendo muito benéfico para o Judiciário, tanto o destinado aos Advogados, quanto ao Ministério Público, necessita de mudança, também radical, nas suas regras, sugerindo que o acesso se dê, sempre, às vagas nos Tribunais Estaduais e Federais, face iniciar-se, a partir daí, para os nomeados, uma nova carreira.

Assim, as vagas nos Tribunais Superiores, destinadas aqueles profissionais, seriam preenchidas por Desembargadores do Quinto, de forma a não haver a possibilidade de ter-se, o que acontece hoje, menor número de integrantes da Magistratura de carreira.

Ou seja, Advogados e Procuradores não poderiam ser nomeados para os

Tribunais Superiores sem terem ingressado na Magistratura através do Quinto nos Tribunais Justiça, Federais, Trabalhistas e Militares.

Porém, no meu sentir, os candidatos ao Quinto deveriam ter idade mínima de cinquenta anos, exigindo-se, para os Advogados, a comprovação de efetiva e ininterrupta militância na Advocacia, com dedicação exclusiva de, no mínimo, vinte anos, não se computando, aí, cargos públicos ou em comissão de qualquer natureza, inclusive exercício nas Defensorias.

Para os representantes do Ministério Público também a mesma idade mínima e os mesmos vinte anos de atividade profissional, podendo, aí, ser computado o período de militância na advocacia e Defensoria Pública.

Aí ter-se-ia um Quinto preenchido por profissionais com efetiva vivência e experiência nos seus ofícios, maior praticidade e uma visão mais abrangente da realidade social, contribuindo, com absoluta certeza, para a tão decantada oxigenação do Judiciário.

### **Supremo Tribunal Federal**

Com relação às nomeações dos Ministros do STF o livre arbítrio continuaria sendo do Presidente da República, porém, na minha visão, adequado que cinco componentes fossem escolhidos dentre os Magistrados da carreira, dois do Quinto dos Advogados, dois do Quinto do Ministério Público (em ambos os casos respeitado o critério do item anterior) e dois pelo critério subjetivo atual, mantendo-se, destarte, a sabatina no Senado, apenas mais criteriosa e rigorosa.

Inegavelmente, é imperioso que aquele que atinge a mais elevada Corte do Poder Judiciário tenha experiência na Magistratura, pois é lá onde se decide o destino derradeiro da sociedade, ao dirimirem-se dúvidas envolvendo a Constituição da República.

# É POSSÍVEL A IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS?

**Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto**

Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino (UMSA)

## **Intrudução**

O objetivo do presente estudo é tecer algumas reflexões sobre os desafios da magistratura na atualidade para a implementação dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, para tanto abordamos a insuficiência da dogmática tradicional do Direito Privado para a tutela dos Direitos Fundamentais, adentrando na seara dos direitos humanos com o breve exame do conceito atual de cidadania nos seus aspectos civis e políticos e os desdobramentos dos processos de internacionalização dos Direitos Humanos e da economia, refletindo sobre a indispensável proteção da pessoa na atividade econômica.

Apresentamos o fenômeno da globalização dos mercados e sua decorrência no contexto legislativo e judicial, verificando a insuficiência da técnica legislativa regulamentar e demonstrando a necessidade de superação do individualismo e a importância da cláusula geral da proteção à dignidade da pessoa humana nas relações privadas. Enfocamos a crítica que o novo paradigma da ciência pós-moderna traz para a Ciência do Direito em face da imprescindível concretização dos Direitos Fundamentais e da realização de novas abordagens pela via multidisciplinar.

Nesse sentido, buscou-se responder às seguintes indagações: 1. Em que medida podemos relacionar a concepção normativista-legal do Direito com a própria noção de justiça? 2. Como regular os direitos civis e políticos frente à

transnacionalização dos mercados? 3. Como é possível a produção legislativa em contextos marcados pela velocidade e intensidade das transformações econômicas e pela proliferação de situações sociais novas e ainda não estruturadas? 4. Qual a crítica que o novo paradigma da ciência pós-moderna traz para o campo da ciência jurídica? Qual ordem do discurso está produzindo o conhecimento jurídico hoje?

Procuramos, finalmente, delinear os desafios da magistratura moderna, destacando dentre eles a necessidade da concretização dos direitos de cidadania, do fortalecimento da cultura de Direitos Humanos e do debate sobre a própria atuação do juiz na implementação dos Direitos Fundamentais.

## **I Dogmática tradicional do Direito Privado versus a tutela dos Direitos Fundamentais**

Os direitos de cidadania foram consagrados como fundamentos do Estado Democrático de Direito. Para examinarmos de que maneira os tribunais concretizam direitos de cidadania impõe-se observar quais desses direitos vêm recebendo da sociedade moderna maior ênfase em sua proteção ao longo da História.

As declarações de direitos são disposições acerca das principais liberdades humanas. Tais direitos, enunciados pelas grandes revoluções e, depois, incluídos nos textos das Constituições, constituem a própria essência dos direitos de personalidade do homem. As declarações de direitos representam um movimento social de defesa das liberdades contra o arbítrio e o poder do antigo regime. Na luta histórica entre a liberdade e o poder, entre o indivíduo e o Estado, as declarações de direitos são instrumentos legais de limitação do poder estatal.

Dentro do plano sociológico e histórico, elas estão presas ao advento da democracia, que se seguiu ao desmoronamento do feudalismo e da monarquia absoluta. As revoluções históricas libertaram o homem diante da opressão secular dos regimes de privilégios e exceções.

As declarações de direitos do século XIX consagram sobretudo os direitos privados e políticos. Era uma primeira meta a ser atingida. O mundo ainda não havia amadurecido para as grandes declarações econômicas que surgiram no século XX.

Para Pietro Virga (1947, p. 143), o Estado de Direito, em contraposição a outros tipos de Estado, como o absolutista, possui a necessidade de reconhecer ao cidadão os direitos de liberdade ou Direitos Fundamentais, que constituem

garantia contra o abuso do poder estatal; esses direitos consubstanciam o primeiro núcleo do direito público subjetivo, a cuja elaboração teórica segue a doutrina publicística. Considerando o grande movimento político contrário ao sistema absolutista, os direitos fundamentais, na sua primeira elaboração, prendem-se à concepção individualista da liberdade no Estado, característica da contraposição Estado-indivíduo.

Posteriormente, os Direitos Fundamentais passam a ter um conteúdo social, através da introdução, ao lado dos tradicionais Direitos Fundamentais individuais, dos denominados direitos sociais, referentes ao trabalho, assistência e atividade econômica. Surge uma nova interpretação do velho Direito Fundamental que passa a atender às novas exigências sociais.

Jorge Miranda (1988, p.7), numa demonstração de abrangência quanto à universalização e internacionalização dos Direitos Fundamentais, destaca os conceitos afins e as categorias desses direitos, tais como: direitos fundamentais e direitos do homem; direitos fundamentais e direitos subjetivos públicos; direitos fundamentais e direitos de personalidade; direitos fundamentais e situações funcionais; direitos fundamentais e direitos dos povos; direitos fundamentais e direitos difusos; direitos fundamentais e garantias institucionais; direitos fundamentais e deveres fundamentais; direitos fundamentais individuais e direitos fundamentais institucionais.

Verifica-se que o grau de complexidade a que as sociedades modernas chegaram não mais permite que o Direito seja justificado a partir da autonomia privada, consoante o paradigma do Estado de Direito ou Liberal, nem a partir de uma autonomia pública ao nível do Estado, consoante o Estado Social.

Para José de Oliveira Baracho Júnior (2000, p. 167), o paradigma liberal foi superado em razão de sua incapacidade de ver o caráter público da própria dimensão privada, pela redução que empreende do privado à esfera do egoísmo, da propriedade privada absoluta, e, conseqüentemente, por fazer do âmbito formal um fim em si mesmo, uma proteção velada do status quo burguês, uma mera defesa da propriedade privada e dos interesses dos grandes capitalistas, por desconsiderar, assim, as forma de vida concretas, e, em suma, por seu apego incondicional ao indivíduo isolado e egoísta.

Por outro lado, segundo o mencionado autor, o paradigma do Estado Social, demonstrou que a redução do Direito ao Estado retirou o vigor das tentativas de justificação racional do Direito, ao impor a consecução de finalidades materiais a todo custo e, assim, ao menosprezar as suas necessidades de legitimação formal.

Este paradigma foi superado em razão de sua incapacidade de ver o caráter privado essencial à própria dimensão pública, enquanto locus privilegiado da construção e reconstrução das estruturas de personalidade, das identidades sociais e das formas de vida. É precisamente esse aspecto da dimensão pública que deve agasalhar necessariamente o pluralismo social e político, constituindo-se em condição sine qua non de uma cidadania ativa efetiva, que se reconstrói quotidianamente na ampliação dos direitos fundamentais à luz da Constituição vista como um processo permanente. Exatamente a redução do público ao estatal conduziu aos excessos perpetrados pelo Estado Social e sua doutrina.

Nota-se que ambos os aludidos paradigmas são redutores da complexidade da relação entre o público e o privado, e funcionam como os dois lados de uma mesma moeda, precisamente por enxergarem tais esferas sempre em conflito e por eliminarem uma das dimensões em favor da outra.

Com efeito, no paradigma do Estado Democrático de Direito surge uma pluralidade de esforços no sentido de resgatar a força integradora do Direito, enfraquecida nos mencionados paradigmas. Destaca com proficiência o Baracho Júnior (2000, p.168) que tais esforços têm em comum a valorização dos princípios constitucionais, que garantem a autonomia privada, e os que organizam processos decisórios públicos. Ou seja, a visão de que o público e o privado são, na verdade, esferas complementares e essenciais uma à outra para configuração do regime democrático; são esferas equíprimordiais, para empregar o termo cunhado por Habermas. E exatamente aí residiria o engano dos paradigmas anteriores, pois ao sacrificarem a esfera pública em favor da esfera privada ou vice-versa, no afã de garantir a cidadania, eliminavam precisamente o florescimento e consolidação de uma cidadania universal e efetiva.

Desta forma, como decorrência da complexidade que o novo paradigma incorpora, no enfrentamento dos problemas contemporâneos como o da adequada proteção aos direitos individuais e coletivos, do consumidor, tutela do meio ambiente, direito ao acesso à Justiça, devemos ter em mente todos os fundamentos e argumentos relevantes, sejam eles jurídico-positivos, morais, éticos ou pragmáticos, para a concretização dos direitos de cidadania.

## 1.1 A insuficiência da Dogmática tradicional do Direito Privado

As grandes mudanças que surgiram após a revolução industrial do Século XIX, bem como a revolução tecnológica deste século, foram decisivas na construção das bases de uma sociedade consumista, ascendendo cada vez mais

os interesses coletivos e difusos no confronto com os interesses meramente individuais. Reflexo desse quadro, os conflitos ganham nova dimensão, requerendo equacionamentos eficazes, soluções mais efetivas, um processo mais ágil e um Judiciário mais eficiente, dinâmico e participativo na tutela dos Direitos Fundamentais do homem.

Nesse sentido é a lição de Paulo Bonavides (2000, p. 539- 540), ao afirmar que os direitos fundamentais são a sintaxe da liberdade nas Constituições. Com eles, o constitucionalismo do Século XX logrou a sua posição mais consistente, mais nítida, mais característica. Em razão disso, faz-se mister introduzir talvez, nesse espaço teórico, o conceito do juiz social, enquanto consectário derradeiro de uma teoria material da Constituição, e sobretudo da legitimidade do Estado social e seus postulados de justiça, inspirados na universalidade, eficácia e aplicação imediata dos direitos fundamentais.

Acrescenta, ainda, com proficiência, o aludido autor – “Os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam; concretizam-se”. Os Direitos Fundamentais desdobram-se em direitos de primeira, segunda, terceira e quarta geração.

Os direitos de primeira geração constituem-se em direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.

Os direitos de segunda geração são os denominados direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividade, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado Social depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.

Os Direitos Fundamentais de terceira geração são decorrentes da consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento. Tais direitos permitiram que em seguida fosse buscada uma outra dimensão dos Direitos Fundamentais, até então desconhecida. Trata-se daquela que se assenta sobre a fraternidade, e provida de uma latitude de sentido que não parece compreender unicamente a proteção específica de direitos individuais ou coletivos. Portanto, os direitos de terceira geração dizem respeito a: direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e direito de comunicação.

Os Direitos Fundamentais de quarta geração dizem respeito ao direito à democracia, ao direito à informação e ao direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de conveniência. A nova universalidade dos Direitos Fundamentais coloca-os, desde o princípio, num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia. É universalidade que não exclui os direitos da liberdade, mas primeiro os fortalece com as expectativas e os pressupostos de melhor concretizá-los mediante a efetiva adoção dos direitos da igualdade e da fraternidade.

Paulo Bonavides (2000, p. 526) destaca que os direitos da primeira e da terceira geração abriram caminho ao advento de uma nova concepção de universalidade dos direitos humanos fundamentais, totalmente distinta do sentido abstrato e metafísico de que se impregnou a Declaração dos Direitos do Homem de 1789, uma Declaração de compromisso ideológico definido, mas que nem por isso deixou de lograr expansão ilimitada, servindo de ponto de partida valioso para a inserção dos direitos da liberdade – direitos civis e políticos – no constitucionalismo rígido de nosso tempo, com uma amplitude formal de positivação a que nem sempre corresponderam os respectivos conteúdos materiais.

Vale lembrar que, para a nova universalidade dos Direitos Fundamentais, o ano de 1948 foi tão importante quanto o de 1789 havia sido para a velha universalidade de inspiração liberal.

Em 10 de dezembro de 1948, a Assembléia Geral das Nações Unidas, mediante a Resolução n.º 217 (III) aprovou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, sem dúvida uma Declaração pragmática, sendo também uma carta de valores e princípios sobre os quais se têm assentado os direitos de primeira, segunda e terceira geração. Com efeito, com a Declaração de 1948, o humanismo político da liberdade alcançou seu ponto culminante no século XX.

Ensina Paulo Bonavides (2000, p.528) que “a história dos direitos humanos – direitos fundamentais de três gerações sucessivas e cumulativas, a saber, direitos individuais, direitos sociais e direitos difusos – é a história mesma da liberdade moderna, da separação e limitação de poderes, da criação de mecanismos que auxiliam o homem a concretizar valores cuja identidade jaz primeiro na Sociedade e não nas esferas do poder estatal.” Acrescenta Bonavides que “a Declaração será porém um texto meramente romântico de

bons propósitos e louvável retórica, se os Países signatários da Carta não se aparelharem de meios e órgãos com que cumprir as regras estabelecidas naquele documento de proteção dos direitos fundamentais e sobretudo produzir uma consciência nacional de que tais direitos são invioláveis.”

Desta forma, verifica-se a importância e a dimensão que os Direitos Fundamentais têm alcançado ao longo da história e da experiência humana, sendo antes de tudo um reflexo do desenvolvimento das relações sociais.

## 1.2 A indispensável tutela dos direitos fundamentais

A Constituição Brasileira de 1988 assegurou os Direitos Individuais e Coletivos no Capítulo I, inserindo-os no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais. No artigo 5º, estão destacados os Direitos Individuais e Coletivos, merecendo especial relevo os direitos: à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, decorrendo destes todos os demais que estão salvaguardados nos incisos I a LXXVII.

O referido artigo 5º arrola os chamados direitos e deveres individuais e coletivos. O dispositivo começa enunciando o direito de igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Apesar de ser uma declaração formal, não deixa de ter sentido especial essa primazia ao direito de igualdade, que, por isso, servirá de orientação ao intérprete, que necessitará ter sempre presente o princípio da igualdade na consideração dos Direitos Fundamentais.

Para José Afonso da Silva (1989, p. 171), os Direitos Fundamentais do homem-indivíduo, “são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado.”

A Constituição nos dá um critério para a classificação dos direitos que ela enuncia no artigo 5º, quando assegura a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade. O critério é o do objeto imediato do direito assegurado. Importante destacar que os direitos e garantias individuais receberam uma proteção extraordinária ao vedar ao poder constituinte derivado, a introdução de emenda que tenda a suprimi-los.

Outra garantia que recebeu idêntico dispositivo foi a da separação dos poderes, demonstrando que sem esta não há liberdade nem direitos humanos que possam estar salvaguardados. Segundo Paulo Bonavides (2000, p. 589), os direitos e garantias individuais, em nosso ordenamento jurídico, “receberam a mais sólida proteção constitucional vazada na cláusula de rigidez extrema do

§ 4o do artigo 60, que retira do alcance do legislador constituinte de segundo grau o poder de deliberar acerca de emenda porventura tendente a abolir aqueles direitos e garantias.”

Diante dessa exclusão tão peremptória, limitando materialmente a capacidade de deliberação do constituinte secundário, levanta-se uma questão interpretativa de relevante importância, qual seja, saber se os direitos sociais entram ou não naquela esfera de proteção absoluta.

Do ponto de vista hermenêutico, haveria a esse respeito duas respostas. A primeira se infere da especificidade e literalidade do § 4o do artigo 60, que parece circunscrever a proteção máxima contida no aludido dispositivo unicamente aos direitos e garantias individuais. Para que vingue tal interpretação, faz-se necessário confiná-la tão-somente àqueles direitos e garantias da concepção clássica peculiar ao Estado de Direito do movimento liberal. Com esse Estado de Direito, lograram referidas garantias e direitos um grau superior de normatividade ou juridicidade, o mais alto que se conhece, e por isso mesmo o de mais baixa impugnação no âmbito de um direito historicamente tão jovem quanto o direito constitucional. Longe se acha este, porém, de equiparar-se em rigor técnico de aplicabilidade – assim o digam as cláusulas programáticas – , ao velho direito privado da herança romana. Direito, enfim, cujos códigos se impregnaram de uma doutrina individualista assentada no binômio indivíduo e Estado, dois pólos impermeáveis de materialidade antagônica e confrontante, segundo os axiomas do liberalismo e sua filosofia de poder.

A interpretação restritiva do mencionado § 4o só é factível, pois, mediante conceitos jurídicos de aplicação rigorosa que estampam a face de um constitucionalismo desde muito abalado nas suas antigas bases de sustentação e legitimidade; seria, por conseqüência, um constitucionalismo inconformado com o advento de novos direitos que penetram a consciência jurídica de nosso tempo e nos impõem outorgar-lhes o mesmo grau de reconhecimento, em termos de aplicabilidade, já conferido aos que formam o tecido das construções subjetivistas onde se teve sempre por meta estruturar a normatividade constitucional dos direitos e garantias individuais.

As garantias constitucionais formuladas nas duas acepções – liberal e social – já vistas completam-se, demandam, sobretudo a primeira, um suplemento, que não chega, todavia, pelo seu conteúdo, a inculcar um raio de autonomia em ordem a legitimar o reconhecimento de uma terceira acepção de garantias constitucionais.

Com efeito, introduzida e positivada em grau máximo de intangibilidade no § 4º do artigo 60, deve-se entender que a rigidez formal de proteção estabelecida em favor dos conteúdos ali introduzidos, nomeadamente os respeitantes às duas acepções ora examinadas, não abrange apenas o teor material dos direitos da primeira geração, herdados pelo constitucionalismo contemporâneo, senão que se estende por igual aos direitos da segunda dimensão, a saber, os direitos sociais.

Os direitos sociais são o conjunto das pretensões ou exigências das quais derivam expectativas legítimas que os cidadãos têm, não como indivíduos isolados, uns independentes dos outros, mas como indivíduos sociais que vivem, e não podem deixar de viver, em sociedade com outros indivíduos. Entende-se que o reconhecimento dos direitos sociais requer a intervenção direta do Estado, tanto que são denominados também direitos de prestação, exatamente porque exigem, diferentemente dos direitos de liberdade, que o Estado intervenha com providências adequadas.

Para Norberto Bobbio (2000), os Direitos Sociais Fundamentais são três: direito à instrução, direito ao trabalho e direito à saúde. Os direitos sociais obrigam o Estado, como representante da inteira coletividade, a intervir positivamente na criação de institutos aptos a tornar, de fato, possível o acesso à instrução, o exercício de um trabalho, o cuidado com a própria saúde.

Enquanto os direitos individuais se inspiram no valor primário da liberdade, os direitos sociais se inspiram no valor primário da igualdade. São direitos que tendem a corrigir desigualdades que nascem das condições econômicas e sociais.

São compatíveis os direitos individuais e coletivos entre si? Ou são incompatíveis? A orientação de Norberto Bobbio (2000, p. 508), à qual nos filiamos, é no sentido de que “o reconhecimento de alguns direitos sociais fundamentais seja o pressuposto ou pré-condição para um efetivo exercício dos direitos de liberdade.”

Em extraordinário ensaio, publicado em 1946, mas escrito nos anos da guerra de libertação, intitulado *L'avvenire dei diritti di libertà*, Piero Calamandrei (1975, p. XXXVIII) escrevia que também os direitos sociais são direitos de liberdade, porque “constituem a premissa indispensável para assegurar a todos os cidadãos o gozo efetivo das liberdades políticas.”

Nessa mesma ótica, a Constituição Brasileira de 1988 assegurou os Direitos

Sociais no Título II, onde estão consignados os artigos 6º a 11. O artigo 6º declinou os direitos sociais, quais sejam: a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

Os Direitos Sociais são considerados Direitos Fundamentais da segunda geração, assim como os direitos coletivos ou de coletividade. Tais direitos tiveram, anteriormente, sua juridicidade questionada, sendo remetidos à esfera programática, por não conterem para a sua concretização aquelas garantias processuais dadas aos direitos de liberdade. Entretanto, as atuais Constituições, inclusive a Carta brasileira, elaboraram o preceito da aplicabilidade imediata dos Direitos Fundamentais. Logo, estando tais direitos incluídos no título concernente aos Direitos e Garantias Fundamentais, sua aplicabilidade passa a ser imediata.

Lembra, com proficiência, Paulo Bonavides (2000, p. 594) que “a Nova Hermenêutica constitucional se desataria de seus vínculos com os fundamentos e princípios do Estado democrático de Direito se os relegasse ao território das chamadas normas programáticas, recusando-lhes concretude integrativa sem a qual, ilusória, a dignidade da pessoa humana não passaria também de mera abstração.”

A observância, a prática e a defesa dos direitos sociais, a sua inviolável contextura formal, premissa indeclinável de uma construção material sólida desses direitos, formam hoje o pressuposto mais importante da dignidade da pessoa humana nos quadros de uma organização democrática da Sociedade e do Poder. Em razão disso, essa dignidade da pessoa humana foi erigida por fundamento de um novo Estado de Direito, no artigo 1º da Carta Constitucional brasileira.

Com efeito, sem a concretização dos direitos sociais não se poderá alcançar jamais “a Sociedade livre, justa e solidária”, contemplada constitucionalmente como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º). Cabe ressaltar que não há distinção de grau nem de valor entre os direitos sociais e os direitos individuais. No que concerne à liberdade, ambas as modalidades são elementos de um bem maior já mencionado, sem o qual tampouco se torna efetiva a proteção constitucional: a dignidade da pessoa humana.

É oportuno registrar a necessidade da hermenêutica constitucional a fim de socorrer tais direitos, para fazê-los realmente cumpridos e levados a sério em ordenamentos onde os postulados de Justiça e igualdade ainda não possuem

mecanismos suficientes de concretização. Em verdade, para tornar eficazes os direitos sociais, o Estado precisa ministrar duas distintas formas de garantia: a garantia jurídica e a garantia econômica; a primeira de natureza formal, a segunda de natureza material. Com respeito aos direitos fundamentais, a concepção liberal entendia, dogmaticamente, que bastava a garantia jurídica, não havendo necessidade da garantia econômica, porquanto esta já fora proporcionada pelo sistema mesmo de regulação de bens da sociedade burguesa, que fazia, assim, da abstenção intervencionista um artigo de fé, talvez o cânone mais festejado de seu Estado de Direito. (BONAVIDES, p.596).

Saliente-se, que os fatores econômicos objetivos e reais seriam decisivos para concretizar os direitos sociais. Quanto mais desfalcada de bens ou mais débil a ordem econômica de um país constitucional, mais vulnerável e frágil nele a proteção efetiva dos sobreditos direitos; em outros termos, mais programaticidade e menos juridicidade ostentam.

Enfim, só uma hermenêutica constitucional dos Direitos Fundamentais em harmonia com os postulados do Estado Social e Democrático de Direito pode iluminar e guiar a reflexão do jurista para a resposta alternativa acima esboçada, que tem por si a base de legitimidade haurida na tábua dos princípios gravados na própria Constituição (arts. 1o, 3o e 170) e que, conforme vimos, fazem irrecusavelmente inconstitucional toda inteligência restritiva da locução jurídica “direitos e garantias individuais” (art. 60, 4o, IV), a qual não pode, assim, servir de argumento nem de esteio à exclusão dos direitos sociais.

Desta forma, cabe ao Poder Judiciário, observando tais aspectos, dar plena eficácia aos Direitos Fundamentais não deixando apenas no papel as garantias constitucionais que foram criadas pelo legislador constituinte. Vale lembrar, que julgar com justiça apresenta-se como o desafio constante do juiz moderno, uma vez que se espera uma decisão não apenas jurídica mas, também, de conteúdo social. Afinal, muda a sociedade, a forma de pensar o Estado, surgem novas tecnologias, a globalização econômica passa a ser uma realidade; tudo isso conduz a emergência de novos Direitos Fundamentais – civis e políticos – que merecem a sua proteção.

## **2 Direitos civis e políticos versus internalização da economia.**

### **A necessária proteção da pessoa na atividade econômica**

Com o surgimento da Organização das Nações Unidas, em 1945, e com a aprovação e proclamação da Declaração dos Direitos Humanos, de 1948,

temos os grandes marcos da internacionalização dos Direitos Humanos. A partir daquela data considera-se cidadãos não apenas aos detentores dos direitos civis e políticos, mas a todos aqueles integrantes do âmbito da soberania de um Estado e deste Estado recebem uma variedade de direitos e, também, de deveres.

O processo de internacionalização dos Direitos Humanos traça uma nova concepção de direitos de cidadania que, outrora, com a Declaração dos Direitos do Homem e dos Cidadãos, de 1789, sob o influxo da burguesia do liberalismo econômico, expressavam o conjunto dos direitos individuais e políticos. Antes disso, a proteção aos direitos do homem limitava-se a apenas algumas legislações internas, como a inglesa de 1684, a americana de 1778 e a francesa de 1789.

A nova concepção de cidadania buscou afastar-se do conceito de soberania estatal absolutista, que concebia os Estados como únicos sujeitos de direito internacional público, com o escopo de salvaguardar os Direitos Fundamentais de todos os cidadãos. Nesse contexto, os indivíduos passam a ser sujeitos de Direito Internacional, que é dotado de mecanismos processuais eficazes para o resguardo desses direitos.

## 2.1 Direitos civis e políticos versus internalização da economia

O Direito Internacional dos Direitos Humanos vem se consolidando após a segunda Guerra Mundial (1939-1945), oriundo dos horrores do nazismo, foi construído a partir de uma normatividade internacional, até então inexistente. A estrutura normativa de proteção internacional aos Direitos Humanos, além dos instrumentos de proteção global, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, abrange, ainda, os instrumentos de proteção regional, pertencentes aos sistemas europeu, americano, asiático e africano. Os referidos sistemas são complementares, sendo que fica ao alvitre do cidadão que sofreu vulneração de direitos a escolha do aparato que mais o beneficie.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos se afirma a cada dia como um novo ramo do direito, dotado de princípios e regras, tendo como objetivo maior a proteção da dignidade da pessoa humana no âmbito nacional e internacional. O “direito a ter direitos”, segundo Hannah Arent (2000), passou a ser a referência fundamental de todo o processo internacionalizante, e não seria diferente com relação ao processo de transnacionalização dos mercados. A internacionalização da economia é um processo que se acentuou ao longo da segunda metade do século

XX, tendo como características marcantes a instantaneidade das informações e da comunicação, a padronização dos meios técnicos e a interconexão das economias de diferentes países. Embora a globalização econômica seja um fator preponderante, responsável pelo desenvolvimento das relações internacionais, por agir sob a égide das forças livres, ela acaba, muitas vezes, comprometendo os recursos naturais e o meio ambiente como um todo.

Quando se falou em globalização econômica pela primeira vez, a idéia foi colocada como uma panacéia: novas tecnologias e métodos gerenciais promoveriam, por si só, o aumento geral da produtividade, o bem-estar de todos e a redução do abismo social dentro e fora das nações. Entretanto, passados poucos anos, verificou-se situação diversa, com o acúmulo de riqueza nas mãos de poucos e o aumento das desigualdades sociais.

Ao lado dessa trágica realidade gerada pela globalização econômica, observou-se também a crescente degradação do meio ambiente e o uso descontrolado dos recursos naturais. Portanto, indispensável se faz que a sociedade recorra à pesquisa científica e tecnológica para auxiliar o almejado desenvolvimento sustentável.

## 2.2 A necessária proteção da pessoa na atividade econômica

A globalização propicia, em tese, um dinamismo econômico, da qual decorre a aceleração do progresso devido ao intercâmbio de conhecimento e às tecnologias. Entretanto, ainda existem países que se recusam a cumprir protocolos assinados para a preservação do meio ambiente.

Nesse contexto, como regular os direitos civis e políticos frente à transnacionalização dos mercados? Na regulação desses direitos é preciso encampar o pensamento de que a proteção dos Direitos Humanos, sejam civis ou políticos, na atualidade, envolve um exame interdisciplinar, “concita o intérprete a harmonizar fontes nacionais e supranacionais, reformula, em definitivo, o conceito de ordem pública, que se expande para os domínios da atividade econômica privada” (TEPEDINO, 1988, p. 107).

Verifica-se duas tendências contraditórias: de um lado, o intervencionismo supranacional sobre o direito interno da maior parte dos países europeus e americanos, a implicar rigoroso planejamento e pouquíssimo espaço para a soberania, valendo-se os centros de decisão de práticas notadamente autoritárias, na fixação das metas a serem alcançadas por cada país; e, de outro, um excessivo liberalismo entre as transferências de tecnologia, mão-de-obra

e investimentos, com a derrubada das barreiras alfandegárias nas relações internacionais, como forma de formar mercados supranacionais. Daí decorrem diversas conseqüências em termos hermenêuticos, no que tange aos direitos humanos na atividade econômica privada. (TEPEDINO, 1988, p. 114).

Portanto, há um choque entre as fontes do ordenamento interno e as fontes externas. Gustavo Tepedino (1988), sustenta que esse contraste normativo não pode aniquilar os valores internos que garantem a estabilidade social e o respeito aos princípios constitucionais nacionais. Lembra, ainda, que “prevalece, em todo esse complexo processo, a ótica e a lógica da maximização dos resultados e da minimização dos custos.”

Nesse quadrante, nota-se que os direitos civis, políticos e sociais dos países subdesenvolvidos passam a ser vistos como “custo econômico da produção, no panorama da competição internacional” (TEPEDINO, 1988, p. 115).

Há dois grandes desafios: a implementação de investimentos em fatores que tragam competitividade internacional e os investimentos sociais, que garantam o exercício da cidadania e uma cultura de Direitos Humanos. Sustenta Gustavo Tepedino (1988, p.115) que a busca da competitividade

acaba por significar uma importação de produtos já elaborados – a melhores preços de produção – e a exportação dos empregos necessários a produzi-los, já que outros países se encontram mais preparados tecnologicamente para a competição, resultando em ulteriores fatores de desemprego, exclusão social, atentados a valores existenciais, sendo certo que, no caso brasileiro, os modelos anteriormente adotados de protecionismo interno não trouxeram competitividade, senão a consolidação de grandes cartéis e monopólios.

É imperioso reconhecer a necessidade de se construir um modelo econômico que gere, ao mesmo tempo, riqueza e bem-estar, concomitantemente à promoção da coesão social e da preservação da natureza. O grande desafio da humanidade no século XXI está em desenvolver estratégias que garantam a sustentabilidade requerida, seja no âmbito social, econômico, jurídico, ecológico e cultural, a fim de resguardar os direitos de cidadania e obter Justiça social.

### **3 A produção legislativa ante a globalização econômica.**

#### **Superação do individualismo e a cláusula geral da proteção a dignidade da pessoa humana nas relações privadas**

A humanidade vem se defrontando com diversos problemas típicos da sociedade pós-industrial, dentre eles a dificuldade em compatibilizar o

crescimento econômico com a proteção ao meio ambiente. Verifica-se que não há uma divisão equitativa dos benefícios do desenvolvimento tecnológico e econômico-financeiro entre as nações. Na verdade, há uma assustadora concentração de capital nos países desenvolvidos em detrimento dos demais, levando a um desequilíbrio socioeconômico e tecnológico, daí decorrendo a miséria, a pobreza, o subdesenvolvimento, as graves injustiças sociais, a corrupção, as epidemias.

Esses problemas afetam todo o globo, gerando efeitos que se refletem em todas as direções, sendo mais sentidos no âmbito do consumidor e do ambiente, despertando a consciência de que urge implementar um consumo e um desenvolvimento sustentáveis. Nessa trajetória de descompassos econômicos e sociais, os direitos do consumidor e do meio ambiente foram alçados à categoria de novos Direitos Humanos Fundamentais.

Desta forma, indaga-se: como é possível a produção legislativa em contextos marcados pela velocidade e intensidade das transformações econômicas e pela proliferação de situações sociais novas e ainda não estruturadas? A produção legislativa não consegue atender a essas exigências da sociedade contemporânea.

### **3.1 As mudanças sociais e econômicas, a produção legislativa e reflexo na atividade judicial. Insuficiência da técnica legislativa regulamentar**

Atualmente, observa-se que, além do controle da constitucionalidade, aos tribunais, em geral, compete, a garantia direta contra lesões dos Direitos Fundamentais, a defesa de interesses difusos e o enfrentamento da obscuridade e ambigüidade dos textos legislativos, por vezes deliberada, em face dos difíceis processos de negociação. O juiz, como agente político (não partidário), é chamado a contribuir para a efetivação dos direitos sociais, procurando dar-lhes sua real densidade e concretude. Verifica-se que a politização do juiz deriva do fato de que ele soluciona litígios aplicando normas, que são condutoras de valores e expressões de um poder político. Não existe, assim, norma neutra. Logo, se o juiz é um aplicador de normas, não existe juiz neutro. Em verdade, no marco do Estado Constitucional de Direito, a atividade política e a atividade judicial estão estreitamente unidas pelo império do Direito.

Um outro aspecto da politização do juiz está no fato de que as constituições modernas contemplam normas de conteúdo poroso, a ser complementado pela praxis. E o Poder Legislativo derivado, por sua vez, em muitas situações,

não só não se esforça para preencher o vazio, senão prima por seguir a mesma técnica da legislação aberta, indeterminada. Incapaz de solucionar alguns megaconflitos modernos, muitas vezes o legislador acaba atribuindo ao Judiciário a responsabilidade de moldar a norma final aplicável.

O Judiciário não somente passou a solucionar os conflitos intersubjetivos de interesses, segundo o modelo liberal individualista, como também a atuar como órgão calibrador de tensões sociais, solucionando conflitos de conteúdo social, político e jurídico, além de implementar o conteúdo promocional do Direito contido nas normas constitucionais e nas leis que consagram direitos sociais. De qualquer forma, “essa politização do juiz, que é inegável dentro do Estado Constitucional de Direito, concebido como fonte e limite do direito, não pode, no entanto, chegar ao extremo de lhe permitir a substituição da racionalidade jurídica pela racionalidade política. (... omissis).” (GOMES, 1997, p. 47).

No que tange ao contexto antinômico, percebe-se que o produto legislado não está, também, imune a antinomias, ou seja, duas ou mais normas podem apresentar-se conflitantes. Nesse conflito de normas, a doutrina desenvolveu critérios mediante princípios jurídico-positivos para solucionar as antinomias aparentes. Quanto ao contexto lacunoso, verifica-se que o produto legislado está impregnado dos problemas relativos à incompletude do sistema jurídico, na visão de Uadi Lammêgo Bulos (1997, p. 127). É importante registrar que não há unanimidade na doutrina quanto à questão de existirem ou não lacunas na ordem constitucional. Cuida-se de questão aberta, jungida à concepção jurídica de sistema. Para Bulos (1997, p.127), se entendermos o sistema jurídico como sendo aberto, dinâmico, incompleto, abrigando normas, fatos e valores, “não há como considerar o dogma da plenitude hermética da ordem constitucional, do mesmo modo como não há uma plenitude da ordem jurídica em geral.” Com a devida venia ao aludido mestre, filio-me ao pensamento sistemático e ao conceito de sistema na Ciência do Direito na visão de Claus-Wilhelm Canaris (1996), no que concerne à ordem e à unidade como características do conceito geral de sistema, e, principalmente, à Teoria do Ordenamento Jurídico de Norberto Bobbio (1999), no sentido de pensar o sistema como uma unidade, com coerência e completude lógicas.

O princípio da unidade do sistema do Direito positivo é homólogo ao princípio da unidade no conhecimento jurídico-dogmático. A unidade de um sistema de normas é decorrente de um superior fundamento de validade desse

sistema – a Constituição positiva, ou, em nível epistemológico, a Constituição em sentido lógico-jurídico, ou seja, a norma fundamental. A unicidade decorre da possibilidade também gnoseológica (lógico-transcendental) de se poder conceber todo o material jurídico dado como um só sistema. O sistema da Ciência do Direito é dotado de critérios que permitem decidir se uma dada proposição pertence ou não ao sistema, bem como se ela apresenta coerência interna, ou seja, compatibilidade entre os elementos proposicionais integrantes dos subsistemas e, ainda, completude.

A experiência demonstra que há contradições entre as proposições normativas de um mesmo nível, entre leis constitucionais, entre leis ordinárias, entre regulamentos e entre outros atos normativos. Tais contradições são elimináveis pelo princípio extralógico da norma de nível mais elevado sobre a norma de nível inferior, ou pelo critério, também extralógico, da sucessão temporal (norma de mesmo nível revoga norma anteriormente promulgada); da norma geral que admite a contraposição contraditória de uma norma especial, estatuinto para todos os casos compreendidos num conjunto, menos para alguns que se excetuem.

Dentro do sistema jurídico é possível encontrar solução para qualquer problema, pois, nos casos de aparente incompletude da norma, os princípios do ordenamento jurídico apresentam a resposta para essas antinomias. Ainda que existam vazios normativos dentro do sistema, tais lacunas podem ser preenchidas ou colmatadas mediante a analogia, os costumes, os princípios gerais de direito e a equidade, com a observância dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade. Nota-se que o novo paradigma pós-positivista baseia-se na juridicidade dos princípios.

### **3.2 Superação do individualismo e a cláusula geral da proteção a dignidade da pessoa humana nas relações privadas**

Antigamente predominava a visão de que o Direito Civil seria um ramo distanciado do Direito Constitucional. Entretanto, com a dinâmica do mundo moderno, esta concepção tornou-se ultrapassada, sendo imperativa a análise da constitucionalização e da publicização no âmbito civil. Tal mudança justificou-se em virtude da necessidade de acompanhar os novos valores e os novos direitos salvaguardados pela Carta Constitucional de 1988, sendo fundamental que o operador do direito interprete e aplique o Novo Código Civil à luz da Constituição.

A constitucionalização é o processo que submete o direito positivo aos

fundamentos de validade estabelecidos na Constituição e a publicização é o processo de intervenção no setor legislativo infraconstitucional que objetiva reduzir o campo da autonomia privada com o escopo de tutelar a parte mais vulnerável da relação jurídica. A publicização apresenta-se como um fenômeno intervencionista estatal que tem gerado a autonomia de vários ramos novos do direito, dentre eles o Direito do Consumidor.

Verifica-se que o Estado brasileiro, após a Constituição de 1988, deixou de lado o modelo Liberal e passou a um paradigma Social, consagrando direitos individuais e coletivos que alcançam várias dimensões da cidadania. O Código Civil brasileiro de 1916 possuía uma ideologia liberal oitocentista, impregnada por um marcante individualismo jurídico. Assim, evidenciou-se o grande abismo entre os princípios e valores do Código Civil de 1916 e os princípios e valores presentes na sociedade pós-industrial, revelando a necessidade de romper com os padrões civilistas e adequá-los aos atuais princípios e regras constitucionais.

A complexidade da vida contemporânea demonstrou a incompatibilidade do Código Civil de 1916 com a ideologia constitucional estabelecida após 1988, não recomendando a continuidade daquele Código, seja pela emersão de novos direitos que passaram a exigir tratamento multidisciplinar e para os quais aquela codificação se mostrou inadequada, seja pelo fato de a patrimonialização das relações ali presentes contrastar com o princípio da dignidade da pessoa humana consagrado pela Carta Constitucional brasileira de 1988.

O grande desafio da atualidade é a repersonalização efetiva no Direito Civil, ou seja, o reposicionamento da pessoa humana como elemento central, passando o patrimônio a papel secundário. Outro desafio importante está na eficácia privada dos Direitos Fundamentais. Para tanto, é necessário efetivar concretamente os direitos humanos e de cidadania.

No Novo Código Civil observa-se a presença de valores como: afetividade, essencial valor da família; a função social como conteúdo merecedor de destaque, e não apenas como limite da propriedade, nas suas diversas perspectivas; o princípio da equivalência material das prestações e a defesa do contratante hipossuficiente, no contrato.

Todos esses valores e princípios devem ser considerados pelo aplicador do direito, uma vez que foram convolados a princípios e regras de índole constitucional, devendo nortear a realização do Direito Civil. Assim, o Novo

Direito Civil evoluiu rumo à concretização de todos os Direitos Fundamentais das pessoas, a fim de construir uma sociedade mais justa e cada vez menos excludente.

#### **4 Crítica que o novo paradigma da ciência pós-moderna traz para a ciência do direito em face da indispensável tutela dos direitos fundamentais e de cidadania**

A crítica que o novo paradigma da ciência na pós-modernidade apresenta para a Ciência do Direito reside na própria crise do Sistema Judiciário no sentido da busca de uma nova função social da magistratura e na construção de um novo perfil rente à pós-modernidade. A magistratura consciente dessa crise e da necessidade da sua superação deve, segundo Bistra Stefanova Apostolova (1998), “questionar os imperativos da cultura jurídica liberal, que se constitui como fator impeditivo de sua transformação em mediadores qualificados das novas formas de conflituosidade”.

A função dos juízes, ao longo do século XIX, estava orientada no sentido de legitimar a atuação do legislador que possuía um lugar de destaque político no contexto da distribuição dos poderes constitucionais. O distanciamento da atuação do juiz do campo da política visava assegurar a reprodução fiel do direito positivo legislado na resolução dos conflitos individualizados, garantindo, desta maneira, os direitos e as liberdades individuais. Em síntese, esse tipo de configuração das funções dos Magistrados correspondia ao entendimento de legitimidade e de distribuição do poder político num sistema orientado pelos imperativos do liberalismo.

A partir do final do século XIX, devido às transformações políticas, econômicas e culturais que marcaram o desenvolvimento do Estado moderno, começou também a ser modificado o significado sociopolítico das funções dos magistrados. No entanto, consoante Boaventura de Sousa Santos, foi só após a Segunda Guerra Mundial que, nos países centrais, se consolidou uma nova forma de Estado, o Estado-Providência. No que diz respeito aos países periféricos e semiperiféricos, o referido autor observa a não-adequação dessa cronologia às realidades históricas desses países, nos quais até os direitos de cunho liberal, chamados também de direitos de primeira geração ou direitos clássicos, são constantemente desrespeitados (SANTOS, 1996, p. 34-43).

No Brasil do final do século XX, a questão da implementação plena das bases do Estado de Bem-Estar Social continua sendo um tema polêmico. Não

obstante, a cultura jurídica e as práticas de aplicação do direito apresentam, nas últimas duas décadas, modificações significativas que as aproximam às características do Direito Social, base de sustentação jurídica e política do Estado-Providência (MACEDO JUNIOR, 1995, p.51).

Com o aumento da complexidade do Estado e o surgimento de novos grupos e atores sociais, fruto da atuação acentuada dos movimentos sociais no final da década de 70, a Sociologia do Direito constatou que o modelo liberal, no qual se embasava o exercício da magistratura, entrou definitivamente em crise, determinando a erosão da legitimação clássica da atuação dos juízes. Verifica-se, naquele período, a perda da importância do sistema judicial na resolução dos conflitos e o aumento de mecanismos privados de solução de litígios de caráter anti-social, tanto entre as camadas mais pobres da população, com o extermínio de moradores de rua, como entre as mais ricas, que, valendo-se do seu poder econômico, nem sempre se submetem à normatividade estatal.

#### 4.1 Crítica que o novo paradigma da ciência pós-moderna traz para a ciência do direito

Nesse contexto de crise institucional, o Poder Judiciário, mediante uma atuação criativa, pragmática e social do juiz, pretende superar tais desafios. Neste mister, se de um lado, o magistrado passa a ser protagonista ativo na efetiva concretização dos Direitos Fundamentais e de cidadania, por outro, deve embasar suas decisões numa visão humanista, multidisciplinar – melhor dizendo, transdisciplinar –, e pragmática, buscando novos espaços para o consenso.

Para Bistra Stefanova Apostolova, o sinal de uma práxis judicial adequada à demanda pós-moderna por direitos surgiu na época da transição democrática dos anos 80, protagonizada pela atuação do movimento Juízes Alternativos e da Associação Juízes para a Democracia. (APOSTOLOVA, 1998).

Eliane Botelho Junqueira interligou o surgimento dos Juízes Alternativos com o processo de democratização que tornou visível o confronto entre a ordem jurídica liberal e os conflitos de natureza coletiva, processo esse derivado da necessidade de garantia de direitos sociais mínimos para a maioria da população (JUNQUEIRA, 1993).

Os juízes desse Movimento entendem o Direito na sua função transformadora da sociedade, orientada pelos valores jurídicos do Estado Democrático de Direito, positivados na Constituição Federal. Não é diversa

a essência do uso alternativo do Direito, cujos adeptos se posicionam no sentido da defesa da parte mais fraca numa relação jurídica, na tentativa do resgate da dimensão social da atividade do juiz. Os referidos movimentos de juízes críticos visavam oferecer respostas adequadas à demanda por direitos dos Novos Movimentos Sociais, que questionavam a racionalidade formal do ordenamento jurídico, colocando em xeque o paradigma que está na base da atuação tradicional do Judiciário, abrindo a discussão sobre a função social da atuação do juiz no contexto da perda da legitimidade das funções clássicas das instituições estatais.

José Eduardo Faria sintetizou três linhas fundamentais para a compreensão da atuação dos adeptos ao direito crítico, que explicitam os termos da ruptura dos movimentos de juízes críticos com o paradigma positivista-legalista dominante na cultura jurídica brasileira. Em primeiro lugar, esses juízes percebem o ordenamento jurídico como um sistema incompleto e aberto, levando em consideração que ele reproduz as contradições sociais, econômicas e políticas da complexidade da sociedade brasileira. Em segundo lugar, os juízes críticos procuram a Justiça substancial e não a Justiça formal, valorizando as relações concretas dos homens e enfatizando, nesse sentido, a importância da contextualização da lei. E, por último, esses juízes vêem a sentença judicial não como fruto da subsunção lógica e obrigatória, mas como compromisso político entre exigências inconciliáveis (FARIA, 1992).

As interpretações divergentes dos textos legais começaram a transformar paulatinamente o processo jurídico, acentuando uma visão contemporânea do processo, segundo o qual o espaço do Judiciário transformou-se em uma reprodução do atual cenário político-social brasileiro marcado pelas ações coletivas e conflitivas dos vários atores sociais. Os conteúdos das sentenças sobre uma mesma questão variam em função das inclinações ideológicas e doutrinárias dos magistrados, fato revelador da luta simbólica entre os profissionais do campo (FARIA, 1992).

José Geraldo Sousa Júnior, no seu livro *Para uma crítica da eficácia do Direito*, estudou o pluralismo jurídico sob uma perspectiva sociológica, entendendo que no mesmo espaço político podem existir diversos sistemas jurídicos, decorrentes da multiplicidade das fontes do direito. Ele considera necessário fazer algumas diferenciações no conceito do pluralismo, já que percebe a insuficiência da convivência plural sob os critérios da liberdade formal e da tolerância “para a superação da desigualdade real subjacente

às conotações sócio-econômicas dos diferentes sistemas de valores”; nesse sentido, o pluralismo valorativo deveria fomentar o desenvolvimento da consciência crítica dos homens, visando à superação da desigualdade real (SOUSA JÚNIOR, 1984).

No Brasil, o movimento crítico dos juízes surgiu num momento em que as demandas dos setores da sociedade por direitos sociais e coletivos superavam as possibilidades da oferta dos códigos, inspirados em uma visão liberal-individual do mundo, e essas demandas exigiam do juiz uma interpretação crítica do Direito em condições de dar maior legitimidade à sua atuação de acordo com as aspirações dos novos movimentos sociais. Esses juízes, indo de encontro às rígidas rotinas burocráticas presas a exigências formais, procuraram a realização da justiça substantiva, atendendo às peculiaridades de cada caso concreto. Posicionando-se jurídica e eticamente ao lado da parte mais fraca da relação jurídica, eles opuseram-se ao predomínio do valor econômico.

Será possível que os magistrados atuem ao mesmo tempo na superação das desigualdades de oportunidades e na organização de um sistema judiciário, reconhecido por todos os atores sociais em confronto como o espaço institucional adequado para a discussão racional das diferenças? Na literatura jurídica há inúmeras críticas e indagações em relação à atuação dos juízes críticos, as quais refletem a complexidade do tema e a importância do debate para explicitar as conseqüências jurídicas, políticas e sociais do agir desses Magistrados.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior indaga: “em que medida, no contexto da sociedade pós-moderna, os adeptos ao uso alternativo do direito, que politizam o exercício da profissão, não contribuem para a transformação do Direito em um simples bem de consumo, fomentando uma relação pragmática do jurista com o mundo, típica do agir político?” (FERRAZ JÚNIOR, 1994). Não concordamos com esse posicionamento, visto que o juiz que observa a concepção pragmatista de Direito avalia comparativamente diversas hipóteses de resolução de um caso concreto tendo em vista as suas conseqüências. De todas as possibilidades de decisão, ele tenta supor conseqüências e, do confronto destas, busca escolher aquela que melhor corresponde às necessidades humanas e sociais, ao invés de se fechar dentro de seu próprio sistema, ou subsistema jurídico. Essa concepção de Direito implica a adoção de recursos não jurídicos em sua aplicação e contribuições de outras disciplinas em sua elaboração.

É de fundamental importância que a especialização dos juristas seja

complementada com novas sínteses que permitam obter as perspectivas necessárias para a concretização do Direito, dentre elas a concepção filosófico-pragmática. Não se pode fazer ciência social ou jurídica sem sentido histórico, experiencial, sem nenhum compromisso direto com as condições materiais da sociedade e com os processos nos quais os atores sociais estão inseridos.

Em face do processo de definição da função social do juiz contemporâneo, é oportuno destacar que, a despeito das referidas críticas aos juízes que conferem um uso alternativo ao Direito, e apesar de não compartilhar com várias de suas idéias, dentre elas a da incompletude do ordenamento jurídico, dada, ao meu sentir, a possibilidade de sempre haver uma resposta efetiva de cunho social, educativo e pedagógico através das decisões judiciais, dentro do ordenamento jurídico, inclusive com uma concepção pragmatista de direito, bastando para tanto observar os princípios e valores constitucionais. Contudo, entendo relevante e valorosa a busca dos juízes críticos em dar uma resposta efetiva de cidadania, principalmente durante os anos 80, época em que os valores e princípios democráticos estavam começando a se estabelecer como fundamentais à dignidade da pessoa humana.

Desta forma, verifica-se que a nova ordem do discurso que está produzindo o conhecimento jurídico, atualmente, segundo Bistra Stefanova Apostolova (1998), centra-se na compreensão do juiz como “agente político ativo na construção de uma nova ordem legal adequada aos tempos pós-modernos, nos quais o Direito e a Justiça são objetos de permanente luta, discussão e contextualização”. Para tanto, faz-se necessário obter novas abordagens pela via multidisciplinar, de forma humanista e pluralista.

#### **4.2 A imprescindível tutela dos direitos fundamentais e de cidadania**

A República Federativa do Brasil constituiu-se em Estado Democrático de Direito e estabeleceu a cidadania como um dos seus fundamentos, e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária como um dos objetivos fundamentais. Os direitos de cidadania cairiam no vazio caso não houvesse a efetiva previsão constitucional de acesso à Justiça.

O acesso à Justiça é fundamental à efetivação dos Direitos Humanos, tanto na ordem jurídica interna como na internacional. O cidadão necessita de instrumentos que possam efetivar seus direitos. Esse acesso efetivo à Justiça, como instrumento de garantia da plenitude da soberania, é um Direito

Social Fundamental. Mauro Cappelletti (1988, p.10-11), ao abordar o tema do direito ao acesso efetivo à Justiça e dos obstáculos a serem transpostos, enumera os seguintes: as custas judiciais e a dispendiosa solução formal dos litígios; honorários advocatícios; pequenas causas; tempo; possibilidades das partes e recursos financeiros; aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa; litigantes eventuais e litigantes habituais; problemas especiais dos direitos difusos; as barreiras ao acesso.

Os instrumentos que salvagam os Direitos Humanos adquirem especial importância no Estado Constitucional Democrático que deve promover, através de um sistema de princípios e regras processuais, o aperfeiçoamento da ordem jurídica, com o limite e controle do poder estatal, sendo que esta perspectiva não se contenta com um Estado de Direito formalista, que pode aceitar somente o império das leis, em um Estado legalista, que garante as formas de atuação estatal (BARACHO JÚNIOR, p. 154).

A Justiça constitucional é considerada como um instrumento extraordinário para a superação do tradicional conflito entre equidade e lei, Direito natural e Direito positivo. Configura um dos pressupostos basilares do Estado moderno, sendo um verdadeiro contrapeso entre o Poder Executivo, cada vez mais hegemônico, e o Poder Legislativo, marcado pela ambigüidade em sua estrutura e funcionamento (BARACHO JÚNIOR, p. 155).

A propósito, verificamos que o Estado brasileiro, a partir da Constituição de 1988, procurou dar uma especial atenção aos direitos individuais e coletivos, mormente através dos direitos de cidadania, mediante a facilitação do acesso à Justiça, com a tutela do consumidor e do meio ambiente, visando à defesa de uma vida sadia sob o prisma do consumo e do desenvolvimento sustentáveis para a proteção desta e das futuras gerações.

Cabe destacar que o preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil (2000, p.19) apresenta os pilares nos quais estão erigidos nosso Estado democrático, visando “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, (...omissis).”

Cabe lembrar que o conceito de cidadão e cidadania vem adquirindo particularidades, que não se esgotam na compreensão de ser cidadão aquele que participa dos negócios da cidade. A participação do cidadão no poder,

como característica da democracia, configura-se pela tomada de posição concreta na gestão dos negócios da cidade, isto é, no poder. Essa participação é consagrada através de modalidades, procedimentos e técnicas diferentes. Concepções como a de soberania e quem a detém; a noção de legitimidade e sobre que bases se fundamenta esta ou a diferença entre soberania nacional e soberania popular. No constitucionalismo ocidental, o princípio da soberania popular desponta: na Constituição francesa de 1793, a soberania reside no povo (BARACHO, 1995, p. 3).

A consolidação das garantias essenciais e a plena e efetiva aplicação das mesmas completam-se pela tutela jurisdicional. Essas normas promovem o reconhecimento de direitos subjetivos e o interesse legítimo, possibilitando que todo cidadão possa ingressar em juízo, para tutela de seus direitos e interesses.

A interpretação procura compreender os Direitos e Garantias Fundamentais, no Estado Constitucional, com reflexões, não apenas teórico-jurídicas, sobre a efetividade das normas. A exegese constitucional coloca em destaque o problema da força normativa das diretrizes constitucionais, através de regras e aplicações que tornam possível assegurar eficazmente a proteção do texto constitucional, a partir do controle das leis, por meio de sentenças interpretativas, que observem os princípios e valores constitucionais.

A democracia implica a participação dos cidadãos, não apenas nos negócios públicos, mas na realização de todos os direitos e garantias consagrados na Constituição e nos diversos segmentos do ordenamento jurídico global. O direito constitucional moderno inclui a garantia dos Direitos Fundamentais, que se efetiva por meio de ações constitucionais típicas, que se concretizam, também, por intermédio das ações, processos e procedimentos, que tornam possível a participação da cidadania, em seus diversos aspectos e conseqüências.

A completa proteção da cidadania depende de práticas institucionais, constitucionais, jurídicas, processuais e políticas, que protegem o ser humano nas mais variadas situações e posições.

Analisando os princípios constitucionais e seu caráter decisivo na atuação jurisdicional e na efetivação da cidadania, Baracho (1995, p.33) sustenta:

O princípio geral constitui a norma jurídica que exprime, de forma sintética, o conteúdo prescritivo de um amplo complexo de regras, cuja vigência prevê a emanção de normas de certa expressividade. O princípio constitucional deve ser examinado ao lado dos princípios supremos da Constituição material. Tem o princípio constitucional certas características que reforçam a aplicabilidade

da Constituição. Ao lado de princípios básicos podemos relacionar: o princípio democrático, o princípio pluralístico, o princípio ideológico, o princípio institucional, o princípio da igualdade, o princípio da tutela do trabalho, o princípio da tutela da pessoa e do ambiente, o princípio solidarista e o princípio internacionalista.

Tais princípios são destacados pelo mencionado autor como imprescindíveis à efetivação da garantia constitucional dos direitos fundamentais. A jurisprudência assenta-se nos valores constitucionais da igualdade e da solidariedade. Esses valores consolidam o exercício dos direitos individuais e coletivos, da liberdade, da segurança, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça como valores supremos.

O acesso à Justiça passa, desta forma, a ser um direito fundamental protegido pelo Estado Constitucional ao mesmo tempo em que é a garantia da efetividade de todos os demais Direitos Fundamentais.

## **Conclusão**

O desafio do juiz moderno está em julgar com Justiça, eis que ele deve valer-se dos princípios jurídicos, como o da razoabilidade e da proporcionalidade, num balanceamento dos interesses em conflito, observando sempre os fins sociais da lei e as exigências do bem comum, na fundamentação de suas decisões. É indispensável que o magistrado tenha prudência, pois ao aplicar a lei em cada caso, ele interpreta o fenômeno jurídico. A interpretação e aplicação possuem um conteúdo eminentemente prático da experiência humana, vez que se espera uma decisão não apenas jurídica, mas também de conteúdo social. Afinal, mudam a sociedade e a forma de pensar o Estado, surgem novas tecnologias, a globalização econômica passa a ser uma realidade; tudo isso conduz à emergência de novos direitos civis e políticos que merecem a sua proteção.

Vale lembrar que, após a proclamação da Declaração dos Direitos Humanos, de 1948, temos o grande marco do princípio do processo de internacionalização dos direitos humanos. A partir daquela data consideram-se cidadãos, não apenas os detentores dos direitos civis e políticos, mas todos aqueles integrantes do âmbito da soberania de um Estado e deste Estado recebem uma variedade de direitos e, também, deveres. Trata-se de uma nova concepção de direitos de cidadania que buscou se afastar do conceito de soberania estatal absolutista, com o escopo de salvaguardar os Direitos Fundamentais de todos os cidadãos.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos se afirma a cada dia como um novo ramo do direito, dotado de princípios e regras, tendo como objetivo maior a proteção da dignidade da pessoa humana no âmbito nacional e internacional. O “direito a ter direitos”, segundo Hannah Arendt (2000), passou a ser a base primordial de todo o processo internacionalizante, portanto, não seria diferente com relação ao processo de transnacionalização dos mercados que, na regulação desses direitos, a proteção dos direitos humanos, sejam civis ou políticos, na atualidade, envolvesse um exame interdisciplinar.

Dois grandes desafios advêm da globalização econômica – investir em fatores econômicos que tragam competitividade internacional, ou investir em fatores sociais, que permitam o exercício da cidadania e o fortalecimento de uma cultura de direitos humanos –, e representam duas faces de uma mesma realidade de aparente incompatibilidade e de difícil coexistência, para muitos, eis que demanda a construção de um modelo econômico que, simultaneamente, contemple a promoção social-econômica e a necessária preservação do meio ambiente.

O grande desafio da humanidade no século XXI está em desenvolver estratégias que garantam a sustentabilidade requerida, seja no âmbito social, econômico, jurídico, ecológico e cultural, a fim de resguardar os direitos de cidadania. Nesse contexto, marcado pela velocidade e intensidade das transformações econômicas e pela proliferação de situações sociais novas e ainda não estruturadas, verifica-se que a produção legislativa não consegue acompanhar tais demandas, a despeito de serem utilizadas técnicas como as cláusulas gerais que conduzem à acolmatação, pelo órgão julgador, dos fatos sociais frente à norma legislada, no sentido da concretização do Direito e da atualização da norma.

O contínuo crescimento e diversificação das necessidades da sociedade, no que concerne à regulação pelo Poder Legislativo, tornou insustentável o monopólio parlamentar; por conseguinte, a partilha da competência legislativa com o Poder Executivo vai implicar a extensão das competências próprias do órgão de controle da lei – o Poder Judiciário. Portanto, abandona-se a crença na auto-suficiência de um processo lógico-dedutivo que reduziria a interpretação a uma exegese do texto, e passa-se a destacar a importância decisiva da *applicatio* pela qual qualquer ato de interpretação constitui um aditamento de sentido.

As alterações produzidas no exercício da função jurisdicional não

só denunciam um crescimento inédito da sua influência social como, decididamente, arrancam os juízes do elenco de figurantes do Estado moderno, atribuindo-lhes um protagonismo a que, relutantes, acabaram por aceder. Em decorrência, o Judiciário enfrenta a articulação de um direito positivo, conjuntural, evasivo, transitório, complexo e contraditório, numa sociedade de conflitos crescentes, envolta na globalização econômica e, por isso, impõe-se a diversificação do Judiciário para atender às necessidades de controle da norma positiva. De outra face, inúmeras críticas têm sido feitas recentemente à atuação do Poder Judiciário no Brasil; contudo, carece esse Poder de melhores instrumentos de trabalho. A legislação nacional, além da técnica deficiente, é hoje de produção igualmente caótica, bem como deficientes são os instrumentos disponíveis ao Judiciário, porque já não se aceita a verdadeira liturgia do processo, o amor desmedido pelos ritos, que quase passaram a ter fim em si mesmos.

O Judiciário, nos tempos atuais, não pode se propor a exercer função apenas jurídica, técnica, secundária, mas deve exercer papel ativo, inovador da ordem jurídica e social, visto que é chamado a contribuir para a efetivação dos direitos sociais, procurando dar-lhes sua real densidade e concretude. O juiz deve estar atento às transformações do mundo moderno, porque, ao aplicar o Direito, não pode desconhecer os aspectos sociais, políticos e econômicos dos fatos que lhe são submetidos. Cabe ao juiz exercer a atividade recriadora do Direito através do processo hermenêutico, bem como adaptar as regras jurídicas às novas e constantes condições da realidade social e, com responsabilidade, deve buscar as soluções justas aos conflitos, sempre com a observância dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

O modelo pós-positivista vigente investe na juridicidade dos princípios ante a insuficiência da concepção jurídica normativista-legal diante da dinâmica da realidade social em contínua mutação e complexidade. Verifica-se que, de um lado, há o direito instituído formalmente e, de outro, a normatividade que emerge das relações sociais, o que leva à necessidade de novas condições sociais e teóricas para orientar a cognição do Direito e a atuação de seus operadores.

Nesse contexto, percebe-se a emergência de novos movimentos sociais e de novos sujeitos de direito neles constituídos, em decorrência do surgimento de novos conflitos e da ocorrência de um efetivo pluralismo jurídico. Trata-se de uma crise decorrente do esgotamento dos fundamentos que atinge todas as instituições sociais, não sendo diferente com relação à Ciência do Direito e

ao Sistema Judiciário, que não podem mais servir-se do referencial da cultura legalista que os construíram. Esse processo oportuniza o espaço de crítica sobre o próprio pensar e o agir dos juízes e assegura condições para o debate aberto sobre o Direito e a Justiça. Cuida-se de um apelo ao poder criativo dos juízes e, também, à renovação das instituições para abertura de novos espaços públicos e condições para o debate e para a construção de novos consensos, no sentido da plena concretização dos direitos de cidadania e do fortalecimento da cultura de Direitos Humanos.

## REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Version castellana: Ernesto Garzon Valdés. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.
- APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. *Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. 2. ed. São Paulo: Mandarin, 2000.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CALAMANDREI, Piero. *L'avvenire dei diritti di libertà*. Introdução à segunda edição de RUFFINI, F. *Diritti di libertà*, Florença: La Nuova Italia, 1946, reimp. 1975.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2006.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.
- CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre, 1988.
- CLAPHAM, Andrew. *Human rights in the private sphere*. Oxford: Clarendon Press, 1993.
- DINIZ, Maria Helena. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FACHIN, Luiz Edson. *O Direito Civil brasileiro contemporâneo e a principiologia axiológica constitucional*. *Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal*. 1º Simpósio de Direito Civil-Constitucional do TJDF. Brasília, p. 53-68, 21 a 25 de junho de 2004.
- FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito: os Juízes em face dos novos movimentos sociais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência?* *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p. 12-41, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Luís Flávio. A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

HESSE, Konrad. Derecho constitucional y derecho privado. Trad. Ignacio Gutierrez Gutierrez. Madrid: Civitas, 1995.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. A Sociologia do Direito no Brasil: introdução ao debate atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1993.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Forense, 2003.

LARENZ, Karl. Metodologia de la ciencia del derecho. Barcelona: Ariel, 1996.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. Revista de Informação Legislativa. Brasília. v. 3, n. 141, p.100-109, jan./mar, 1999.

MACEDO JUNIOR, R. P. A evolução institucional do Ministério Público brasileiro. In: SADEK, Maria Tereza (org.). Uma introdução ao estudo da Justiça. São Paulo: Sumare, 1995.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do Direito. Rio de Janeiro, 1995.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. T. IV. Coimbra: Coimbra, 1988.

MORAES, Germana de Oliveira. Controle jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo. São Paulo: Dialética, 1998.

\_\_\_\_\_. Controle jurisdicional da Administração Pública. São Paulo: Dialética, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. Revista da Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, v. 1, n. 6 e 7, p. 63-77, 1998/1999.

QUEIROZ, Cristina M. M. Direitos fundamentais: teoria geral. Coimbra: Coimbra, 2002.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. Fundamentos do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ROSS, Alf. Direito e Justiça. São Paulo: Edipro, 2000.

SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. A crise do Judiciário e a visão dos Juízes. Revista USP, São Paulo, n. 21, p. 34-45, 1994.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à Sociologia da administração da Justiça. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de; AGUIAR, A. R. A. (Orgs.). Introdução crítica ao Direito do Trabalho. Brasília, p.104-125, 1993. (Série O Direito Achado na Rua, v. 2).

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 11, n. 30, p. 29-62, fev., 1996.

SARMENTO, Daniel. A normatividade da Constituição e a constitucionalização do Direito Privado. Revista da EMERJ, v. 6, n.23, p. 272-297, 2003.

\_\_\_\_\_. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal. 1º Simpósio de Direito Civil-Constitucional do TJDF. Brasília, p. 97-177, 21 a 25 de junho de 2004.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. Para uma crítica da eficácia do Direito. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O juiz, seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas. Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro, v. 4, n.7, p. 103-116, jan./jun., 1998.

\_\_\_\_\_. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal. 1º Simpósio de Direito Civil-Constitucional do TJDF. Brasília, p. 11-35, 21 a 25 de junho de 2004.

VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. Teoria geral do controlo jurídico do poder público. Lisboa: Cosmos, 1996.

VIRGA, Pietro. Libertá giuridica e diritti fondamentali. Milano: Giuffrè, 1947.

# FALTA O TÍTULO

## **falta a assinatura**

falta o credito

## **ÁCIDO FÓLICO** Fazer Justiça Espargir o Bem Juízes – Escolas de Sabedoria

NÃO mais ao autismo, egocentrismo, agir como os “um-bigos do mundo”.  
SIM à integração social – Categorical – dever do ser.  
Medicinas preventivas, terapêuticas e jurídicas.

## **VERDADES PREFACIAIS**

### **I – Pessoalidade e personalidade**

1. Inadmissível encerrar o ser humano-juiz nos limi-tes da jurisdição do Poder Judiciário.

1.1 A essência humana será sempre um fim em si mesmo – Kant<sup>1</sup> – e o estar juiz uma dimensão temporária.

1.2 Em indissolúvel relação consigo e com os outros “eus” – racionais, Aristóteles<sup>2</sup> – transcenden-tes, Cristianismo – e o cosmos, para adquirir e transmitir conhecimentos, vivificar a perfeição, impor e consolidar a justiça, edificar a felicida-de humana, atingir a certeza e a infinitude.

2. A formação e aperfeiçoamento de seres humanos juízes aos realizares dos

objetivos assinalados e espargires dos bens extrajudiciais não se circunscrevem aos conheceres multidisciplinares para ins-truíres e sentenciaros justos, céleres e eficazes.

3. Complementam-se com os integram-se às palpitantes filosóficas, humanísticas, científicas e tecnológicas questões sociais a fim de in ou extra-judicial, andragógica e pedagogicamente semearem sazes teóricas e experimentais.

3.1. Respeitantes aos deveres, direitos pré, supra, infra, ultra constitucionais, jurisprudenciais e as garantias fundamentais ignorados pela maioria do povo e, por conseguinte, inexigidos.

3.2. Em especial aos acessos, amparos jurisdicionais aos seres, saberes, qualidades dos viveres, consciências, mentes, vontades, liberdades, dignidades, saúde, educações, culturas, pesquisas, medicinas e paramedicinas preventivas, terapêuticas, jurídicas.

3.2.1 Propositivas, minimizantes ou extirpadoras das dores físicas e padecimentos psí-quicos cotidianos persistentes e inexprimíveis.

## II – Instituições

1. As Escolas da Sabedoria são pólos irradiadores<sup>3</sup> de potencialidades dos conhecimentos, instruíres, cabedal de saberes, investigadores humanísticos iluministas, racionais e emocionais.

Cumpre-lhes dilatarem os seres humanos magistrados ao mundo, para este ser sua obra e imagem, qualificado no aventar de Teillard de Chardin<sup>4</sup>.

1.2 E igual, servirem à humanidade como dedicavam-se as Universidades Cristãs, desde Bolonha (1300), Oxford e Cambridge.

## III – Acatar

1. Indissociáveis, vige consciente e/ou inconsciente o preponderante

---

<sup>1</sup>A disposição nas livrarias e Bibliotecas com razoável acervo de obras humanistas. In: \_\_\_\_\_. KANT, I. *Crítica da Razão Prática*. [Tradução de Valerio Rohden]. São Paulo, Martins Fontes, 2003.

<sup>2</sup>ARISTÓTELES. *Ética Nicomaquéia*. In: \_\_\_\_\_. **Obras**. [Tradução de Francisco Sa-ramanch]. Madrid: Aguillar, 1982.

<sup>3</sup>LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988. P. 18-20.  
Auguste Etcheverry. *O Conflito Atual dos Humanismos*, Trad. Portuguesa de M. Pinto dos Santos. Porto: Tavares Martins, 1975.

Auguste Etcheverry. *O Conflito Atual dos Humanismos*, Trad. Portuguesa de M. Pinto dos Santos. Porto: Tavares Martins, 1975.

respeitar das pessoas, sociedade, Estado aos Magistrados, Poder judiciário e suas Escolas Judiciais<sup>5</sup>.

2. Classificados como valores seguros aos teleológicos garantir o existir, qualificar a vida material e intelectual, inviolentares a dignidade humana, a sã consciência, mente, vontade, liberdade e subsistir dos ecossistemas paradigmaticizados.

3. Ao compartilharem das valorosas ações humanas extra-jurisdicionais.

3.1 Imprimem-lhes o caráter da probidade e confiança nos criares, alimentares e executares de altruísticos propósitos necessários e úteis ao bem-estar da humanidade.

3.2. Escoimando as multiatividades das suspeitas de nutrirem ou favorecerem, por méto-dos obscuros, ilícitos, o reinar da corrupção onipresente e cultivada sobejamente por inúmeros brasileiros.

#### IV – Vínculo

1. Solidariedade e subsidiariedade constituem deveres imanentes e metafísicos dos seres nas múltiplas relações virtuosas exigíveis dos Magistrados e das suas Escolas.

2. Contra as dores físicas e psíquicos sofrimentos a flagelarem a humanidade e os animais, desde eras imemoriais.

3. A exigirem lutares para minimizá-las, extirpá-los e garantir a felicidade humana.

4. Entre os atuais incessantes labores, peculiarizados pelas significativas, simbólicas importâncias e repercussões preventivas, propícias à humanidade, assumem os apreenderes, difundires de noções e implantares do Ácido Fólico.

4.1. Em razão das relevantes categorias – Kant<sup>6</sup> – das funções cautelares relativas a doenças<sup>7</sup>, síndromas, defeitos genéticos, erros cromossomáticos, viroses, bacterioses, aci-dentes cerebrais-vasculares, etc.

---

<sup>5</sup>V. Código Deontológico dos Médicos Italianos – Dicionário de Bioética, p. 876.

<sup>6</sup>KANT, Immanuel. A Tábua das Categorias. In: \_\_\_\_\_. *Crítica da Razão Pura*. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

<sup>7</sup>HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. Verbete “Doença” – impressionante o rol, p. 1070.

4.1.1 E extensivas a mais de 4.000 malefícios biopsíquicos hereditários resultantes de falhas genéticas<sup>8</sup>.

4.1.2 Em breve, suscetíveis a prevenções com o mudar a estrutura do gene, 2.1 vitoriosas as pesquisas em curso<sup>2.1</sup>.

4.1.3 Até aplicá-las, prevalecerá o usar do Ácido Fólico.

4.2 Situações e estados – moléstias – a ensejarem apreciáveis e decididos pedidos deduzidos em juízo relacionados com a identidade *cor-pore et anima unus*.

4.3 Pertinente aos exames pré-natais, abortos, transplantes, clonagens, uso de embriões para colher células-tronco, técnicas não-invasivas ou invasivas possibilitar e limitar as pesquisas em seres humanos vivos<sup>9</sup> e outras temáticas mais.

4.4 Facultarem os extrajudiciais participares dos Magistrados, sistemas de personalidades ativas<sup>10</sup> - Escolas de Sabedoria dos Juízes – naquelas problemáticas sociais, individuais e coletivas.

4.4.1 Nas inter-relações enigmáticas e antro-pocêntricas das ascensões honoráveis dos seres humanos aos planos superiores tangíveis, intelectuais, emocionais, racionais.

Mediante procederes e concorreres com recursos humanos, materiais e incentivares os objetivos de fazer o bem em todas as suas formas.

Com apoiars em juízos críticos e criativos, dialetizados pela medicina jurídica<sup>11</sup> e os progredires científicos.

## V - Contribuíres

1. Mobilizado como antigo e natural parceiro da humanidade, considerada comunidade, ousou oferecer pensares, sem o engenho e a arte de Camões, mas

---

<sup>8,2.1</sup> STRATHERN, Paul. Crick, Watson e o DNA - Trad. Maria Luiza de A. Borges, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 2001.

<sup>9</sup> Código de Nuremberg, 1946, Declaração de Helsinque, 1975, pp. 244 – 246, documento internacional mais autorizado sobre princípios para pesquisas em seres humanos – redigida pela Associação Médica Mundial – Comissões Médicas Éticas, pp. 171 – 175. In Convenção dos Direitos do Homem e da Biomédica do Conselho da Europa, assinada em 4 de abril de 1949.

<sup>10</sup> Bertalanffy, Ludwig von – Teoria Geral dos Sistemas – Trad. Francisco M. Guimaraes, 3ª ed., Editora Vozes Ltda., Petrópolis, 1977, p. 256.

<sup>11</sup> Medicina Jurídica – Diferente da legal ou forense, dinamiza-se no âmbito do Jus Contendendum. IN: **Dicionário de Bioética** [Tradução de A. Maia da Rocha]. Aparecida, SP: Santuário / Vila Nova de Gaia, Por: Perpétuo Socorro, 2001. P. 697.

ferindo a advertência de não ir além dos sapatos<sup>12</sup>.

1.1 Hauridos e elaborados nos conviveres diretos por mais de 20 anos com seres humanos afligidos por alguns daqueles sofrimentos biopsíquicos.

1.2 E no estudar da literatura especializada cor-rente.

1.3 Agi.

1.4 Clarifico.

1.4.1 Sem qualquer relação de parentesco ou interesse expiatório de complexos de culpas.

1.4.2 Mas por impulsos de converter em realidade o amor aos outros “eus”, como preconizou Santo Agostinho<sup>13</sup>.

1.4.3 Acirrados aqueles elás ao constatar a verdade dolorosa de a maioria do povo, inclusive os integrantes das classes A e B<sup>14</sup>, desconhecem princípios rudimentares para assegurar-lhes, aos seus descendentes e à humanidade uma vida com saúde qualificadora – exigida pela dignidade humana.

1.4.4 Convicção sedimentada emergente da polpa viva da realidade objetiva de ignorarem a substância do ácido fólico e das suas profundas e extensivas propriedades preventivas, psíquicas e físicas contra graves enfermidades.

2. À sensibilidade e razão finalística dos seres humanos juízes, agregariam valores verem para “amarem” alguns flagelados, mas, sobretudo, acumularem saberes e, extra-judicialmente, envolverem-se nas pugnas preventivas e restaurativas.

3. Motivos para formatar o incluso:

3.1 Projeto Holístico: Culto à Dignidade Humana

3.1.1 Promoção “Ácido Fólico”.

3.1.2 Vertido para as línguas espanhola e inglesa, pela maior universalidade a visar atingir e favorecer o maior número possível de seres humanos.

3.2 Dirigido:

a) Aos alunos das escolas das séries fundamentais e cursistas das Universidades;

---

<sup>12</sup>Provérbio popular brasileiro.

<sup>13</sup>Santo Agostinho – “Ama et fac quod visa” – “quem tiver a atitude de amor, exprimi-lo-á em todos os seus atos concretos”. Apud Dicionário de Bioética – verbe-te: Bioética Clínica e Ética da Virtude – tradução para língua portuguesa A. Maia da Rocha, pp. 96- 99; Coleção Dois Mundos, Editorial Perpétuo Socorro, Vila Nova Gaia, Portugal, Editora Santuário Aparecida, São Paulo, 2001.

<sup>14</sup>Arbitrária classificação.

b) Erga omnes para precaverem-se, re-correndo às ciências médicas, para-médicas e às vias constitucionais e instituições jurisdicionais.

3.3 Infra reproduzido, em deferência ao inicial difundir e internacionalizar pela Federação Americana das Instituições de Conhecimentos, Educares, Culturalizares para Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados e Agentes do Ministério Público.

3.4 Consciente das imperfeições, rogo aperfeiçoem e divulguem.

# REFORMA DO PROCESSO COLETIVO: INDISPENSABILIDADE DE DISCIPLINA DIFERENCIADA PARA DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E PARA DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

**Teori Albino Zavascki**  
FALTA

## **I. Introdução**

Em estudo doutrinário publicado em 1995 observamos, a propósito da experiência brasileira até então desenvolvida no âmbito do processo coletivo, o seguinte:

“Os últimos anos marcaram no Brasil período de importantes inovações legislativas a respeito dos chamados direitos e interesses difusos e coletivos e dos mecanismos de tutela coletiva de direitos, destacando-se: a Lei nº. 7.347, de 24.7.85 (disciplinando a chamada ação civil pública), a Constituição de 1988 (alargando o âmbito da ação popular, criando o mandado de segurança coletivo e a legitimação do Ministério Público para promover ação civil pública e privilegiando a defesa do consumidor) e, finalmente, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078, de 11.9.90, que, entre outras novidades, introduziu mecanismo de defesa coletiva para direitos individuais homogêneos). A entusiástica utilização, que se seguiu,

dos novos mecanismos processuais nem sempre se deu de modo apropriado, às vezes por inexperiência de seus operadores - o que é compreensível -, outras vezes por se imaginar, equivocadamente, que enfim se tinha em mãos o remédio para todos os males: para destravar a máquina judiciária e para salvar a sociedade de todas as agressões, do Governo e dos poderosos em geral. É muito salutar, por isso, o processo de revisão crítica que se vem sentindo nos últimos tempos no sentido de coibir exageros e assim não só preservar do descrédito, mas valorizar e aperfeiçoar esses importantes avanços no campo processual. É com esse mesmo propósito que se buscará aqui reflexão sobre tema que a experiência diária evidencia ser foco de boa parcela dos equívocos: a distinção entre os mecanismos processuais para a defesa de direitos coletivos e os mecanismos para defesa coletiva de direitos. Com efeito, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor introduziu mecanismo especial para defesa coletiva dos chamados direitos individuais homogêneos, categoria de direitos não raro confundida com os direitos coletivos e difusos e por isso mesmo lançada com eles em vala comum, como se lhes fossem comuns e idênticos os instrumentos processuais de defesa em juízo. Porém, é preciso que não se confunda defesa de direitos coletivos (e difusos) com defesa coletiva de direitos (individuais)”<sup>1</sup>.

Passados todos esses anos, aquelas observações continuam, em nosso entender, cada vez mais atuais. Ainda hoje os precedentes da jurisprudência e os trabalhos doutrinários evidenciam que, na origem das principais controvérsias em matéria de processo coletivo, está a falta de adequada distinção entre direitos coletivos (transindividuais) e direitos individuais tutelados coletivamente, acarretando, com isso, enormes dificuldades de interpretação e grandes confusões na aplicação dos instrumentos processuais para a respectiva tutela jurisdicional. Os textos legislativos contribuem significativamente para que isso ocorra, na medida em que não se preocupam em traçar balizas nítidas daquela indispensável diferenciação. Eis a razão pela qual o tema deve ganhar especial destaque nesse momento, quando a comunidade jurídica nacional debate a criação do Código de Processo Coletivo.

---

<sup>1</sup>ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, v. 32, n. 127, p. 83-96, jul./set. 1995.

## **2. Distinção, sob o ponto de vista do direito material, entre direitos transindividuais e direitos individuais homogêneos**

Processo, todos sabemos, é instrumento para efetivação do direito material. “Para que o processo alcance o máximo de eficácia”, escreveu Galeno Lacerda, “suas regras e rito devem adequar-se, simultaneamente, aos sujeitos, ao objeto e ao fim” a que se destina.<sup>2</sup> Como todo instrumento há de adaptar-se (a) ao sujeito que o maneja (“O cinzel do Aleijadinho, forçosamente, não se identificava com um cinzel comum”), (b) ao objeto sobre o qual atua (“Atuar sobre a madeira ou sobre pedra exige instrumental diverso e adequado”) e (c) ao fim almejado (“Trabalhar um bloco de granito para reduzi-lo a pedras de calçamento, ou para transformá-lo em obra de arte, reclama de igual modo adequada variedade de instrumentos”).<sup>3</sup> É o enunciado sumário do princípio da adequação.

Se assim é, parece elementar que, na atividade de criação ou de reforma de instrumentos processuais, deve-se ter como principal preocupação a de amoldar tais instrumentos ao direito material a que buscam servir. Para direitos materiais sujeitos a diferentes formas de concretização devem ser disponibilizados meios também diferenciados. Por isso mesmo, a formatação do instrumento supõe prévia compreensão do direito material em benefício ele será empregado.

Compõem o universo de atuação do processo coletivo dois grandes domínios: o dos direitos coletivos *lato sensu* e o dos direitos individuais homogêneos. Direitos coletivos são direitos subjetivamente transindividuais (= sem titular determinado, razão pela qual são tutelados em juízo invariavelmente pelo regime de substituição processual) e materialmente indivisíveis (= são lesados ou satisfeitos necessariamente em sua globalidade, o que determina tutela jurisdicional também de forma conjunta e universalizada). Já os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais (= com titular determinado) e, portanto, materialmente divisíveis (= podem ser lesados ou satisfeitos por unidades isoladas), o que propicia a sua tutela jurisdicional tanto de modo coletivo (por regime de substituição processual) como individual (por regime de representação).

---

<sup>2</sup> LACERDA, Galeno. Comentário ao Código de Processo Civil, 7ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 25.

<sup>3</sup> LACERDA, Galeno. Comentários..., cit., p. 25

Sendo distintos e inconfundíveis os direitos coletivos lato sensu (= difusos e coletivos stricto sensu, ambos transindividuais) e os direitos individuais homogêneos, devem ser necessariamente distintos os mecanismos para a respectiva tutela jurisdicional. O direito positivo vigente permite estabelecer a seguinte e genérica discriminação: a ação civil pública, a ação popular e a ação de improbidade administrativa constituem instrumentos típicos para tutela de direitos transindividuais (= coletivos lato sensu); e a ação civil coletiva e o mandado de segurança coletivo são instrumentos típicos para a tutela coletiva de direitos individuais.

### **3. Atuais instrumentos para tutela de direitos transindividuais**

A ação civil pública, regulada fundamentalmente, pela Lei nº. 7.347, de 1985, é o protótipo dos instrumentos destinados a tutelar direitos transindividuais. Trata-se de procedimento especial de cognição completa e integral e com múltipla aptidão, aparelhado de mecanismos para instrumentar demandas visando a obter, isolada ou cumulativamente, provimentos jurisdicionais da mais variada natureza: preventivos, condenatórios, constitutivos, inibitórios, executivos, mandamentais, meramente declaratórios, cautelares e antecipatórios. A legitimação ativa, invariavelmente em regime de substituição processual, é exercida por entidades e órgãos expressamente eleitos pelo legislador, entre os quais se destaca o Ministério Público, que tem nesse mister uma das suas funções institucionais. A sentença de mérito faz coisa julgada com eficácia subjetiva erga omnes, salvo se improcedente o pedido por insuficiência de prova. Em caso de procedência, a sentença produz, também, o efeito secundário de tornar certa a obrigação do réu de indenizar os danos individuais decorrentes do ilícito civil objeto da demanda. E a execução, promovida pelos mesmos legitimados do processo cognitivo, também invariavelmente em regime de substituição processual, segue o rito processual comum, sendo que o eventual produto da condenação em dinheiro reverterá ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, previsto na Lei 9.008, de 21/03/95 e no Decreto 1.306, de 09/11/94.

A ação popular, regulada pela Lei 4.717, de 29/06/65, visa, a teor da Constituição de 1988 (art. 5º, LXXIII), a anular atos lesivos ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Caracteriza-se por

sua legitimação ativa, reservada a qualquer cidadão, que, em nome próprio, defende interesses da comunidade, consagrando assim, não apenas um importante predicado de cidadania, mas também uma inédita forma de tutela de interesses transindividuais por iniciativa particular. Guardadas as suas limitações, o objeto da ação popular se identifica, em muitos aspectos, com o da ação civil pública, nomeadamente no que se refere à proteção do patrimônio público e dos direitos e interesses difusos de natureza ecológica, histórica e cultural.

A ação de improbidade administrativa, prevista no art. 37, § 4º da Constituição e regulada pela Lei 8.429, de 02/06/92, visa a tutelar o direito transindividual dos cidadãos de ter um governo honesto, eficiente e zeloso pelas coisas públicas. Sob esse aspecto, guarda identidade de propósito com a ação civil pública e a ação popular. Delas se diferencia, entretanto, pela peculiaridade do seu objeto imediato: a ação não se destina propriamente a preservar ou recompor o patrimônio público ou a higidez dos atos da Administração, mas sim, fundamentalmente, a punir os responsáveis por ilícito de improbidade. Trata-se, portanto, de ação com caráter eminentemente repressivo. São notórias, sob esse aspecto, as suas semelhanças com a ação penal, semelhanças que se acentuam pela circunstância de que várias das sanções aplicáveis aos agentes de improbidade (perda do cargo público, suspensão de direitos políticos, restrição do direito de contratar com a Administração Pública, perda do produto do ato ilícito, multa pecuniária) têm conteúdo e natureza semelhantes aos das sanções penais. A identidade da função repressora aliada à semelhança substancial das penas, submete a ação de improbidade à observância de princípios do direito penal, nomeadamente o da legalidade, o da tipicidade, o da responsabilidade subjetiva, o do non bis in idem, o da presunção de inocência e o da individualização da pena. São profundas as conseqüências que isso acarreta no âmbito dessa peculiar ação civil, a justificar inclusive a formatação de seu procedimento (artigo 17 da Lei 8.429/92) por modo semelhante ao que rege o processo e julgamento dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos (artigos 513 a 518 do CPP).

#### **4. Atuais instrumentos para tutela coletiva de direitos individuais**

O outro grande domínio do processo coletivo é o da tutela coletiva de direitos subjetivos individuais, quando homogêneos. Consideram-se

homogêneos, para esse efeito, os direitos subjetivos pertencentes a titulares diversos, mas oriundos da mesma causa fática ou jurídica, o que lhes confere grau de afinidade suficiente para permitir a sua tutela jurisdicional de forma conjunta. Neles é possível identificar elementos comuns (= núcleo de homogeneidade) e, em maior ou menor medida, elementos característicos e peculiares, o que os individualiza, distinguindo uns dos outros (= margem de heterogeneidade). O núcleo de homogeneidade dos direitos homogêneos é formado por três elementos das normas jurídicas concretas neles subjacentes: os relacionados com (a) a existência da obrigação, (b) a natureza da prestação devida e (c) o sujeito passivo (ou aos sujeitos passivos) comum. A identidade do sujeito ativo (credor) e a sua específica vinculação com a relação jurídica, inclusive no que diz respeito ao quantum debeatur, se for o caso, são elementos pertencentes a um domínio marginal, formado pelas partes diferenciadas e acidentais dos direitos homogêneos, a sua margem de heterogeneidade.

A tutela de direitos individuais homogêneos tem como instrumento básico a ação civil coletiva, disciplinada, fundamentalmente, nos artigos 91 a 100 do Código de Defesa do Consumidor - CDC (Lei 8.078/90). Trata-se de procedimento especial com quatro características fundamentais, moldadas pela própria natureza dos direitos tutelados. Primeira, a repartição da atividade cognitiva em duas fases: uma, a da ação coletiva propriamente dita, destinada ao juízo de cognição sobre as questões fáticas e jurídicas relacionadas com núcleo de homogeneidade dos direitos tutelados; e outra, a da ação de cumprimento, desdobrada em uma ou mais ações, promovida em caso de procedência do pedido na ação coletiva, destinada a complementar a atividade cognitiva mediante juízo específico sobre as situações individuais de cada um dos lesados (= margem de heterogeneidade) e a efetivar os correspondentes atos executórios. É essa repartição da cognição a nota mais importante a distinguir a ação coletiva do litisconsórcio ativo facultativo. Se as atividades fossem aglutinadas, a ação coletiva não seria mais do que uma tradicional e enorme ação ordinária movida em regime litisconsorcial.

A segunda característica da ação coletiva é dupla forma da legitimação ativa. Na primeira fase, ela é necessariamente por substituição processual, sendo promovida por órgão ou entidade autorizado por lei para, em nome próprio, defender em juízo direitos individuais homogêneos. Já na segunda fase (ação de cumprimento), a legitimação se dá, em regra, pelo regime comum da representação.

A terceira característica diz respeito à natureza da sentença, que é sempre genérica: limitando-se a demanda ao núcleo de homogeneidade dos direitos individuais, a correspondente sentença de mérito fica também restrita aos mesmos limites. Ela fará juízo apenas sobre o an debeat ( = a existência da obrigação do devedor), o quis debeat ( = a identidade do sujeito passivo da obrigação) e o quid debeat ( = a natureza da prestação devida). Os demais elementos indispensáveis para conferir força executiva ao julgado - ou seja, o cui debeat ( = quem é o titular do direito) e o quantum debeat ( = qual é a prestação a que especificamente faz jus) - são objetos de outra sentença, proferida na ação de cumprimento (segunda fase).

A quarta característica da ação coletiva é a da sua autonomia em relação à ação individual, representada pela faculdade atribuída ao titular do direito subjetivo de aderir ou não ao processo coletivo. Compreende-se nessa faculdade: (a) a liberdade de litisconsorciar-se ou não ao substituto processual autor da ação coletiva, (b) a liberdade de promover ou de prosseguir a ação individual simultânea à ação coletiva, e (c) a liberdade de executar ou não, em seu favor, a sentença de procedência resultante da ação coletiva.

As normas processuais e procedimentais que disciplinam a ação civil coletiva em defesa do consumidor (artigos 91 a 100 do CDC da Lei 8.078/90) aplicam-se, por analogia, no que couberem, às demais hipóteses de tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, nomeadamente às que decorrem de demandas promovidas por entidades associativas, com base na legitimação prevista no art. 5º, XXI, da Constituição. Assim, em qualquer caso: (a) a ação coletiva não inibe nem prejudica a propositura da ação individual com o mesmo objeto, ficando o autor individual vinculado ao resultado da sua própria demanda, ainda que improcedente essa e procedente a coletiva; (b) quanto aos demais titulares individuais, a sentença da ação coletiva fará coisa julgada erga omnes, mas somente em caso de procedência do pedido; (c) a sentença genérica de procedência servirá de título para a propositura da ação individual de cumprimento, pelo regime de representação, consistente de atividade cognitiva de liquidação por artigos, seguida de atividade executória, desenvolvidas pelo procedimento comum do CPC e em conformidade com a natureza da prestação devida.

Outro instrumento de tutela coletiva de direitos individuais é o mandado de segurança coletivo. Ao atribuir a certos órgãos e entidades a legitimação ativa para, em nome próprio, buscar proteção para direitos líquidos e certos

pertencentes a terceiros, a Constituição de 1988 operou uma transformação qualitativa do mandado de segurança, conferindo-lhe dupla face: sem retirar-lhe a natureza de ação constitucional sumária, que por isso mesmo deve guardar os contornos essenciais do mandado de segurança original, agregou-lhe a condição de demanda coletiva que, sob pena de comprometer sua própria natureza, não faz juízo particular e individualizado dos direitos subjetivos tutelados e sim um juízo genérico, apenas sobre o núcleo de homogeneidade desses direitos.

Por ser mandado de segurança tem como características (a) a sumariedade do rito e (b) a tipicidade de objeto (proteção a direito líquido e certo ameaçado ou violado por ato abusivo ou ilegal de autoridade). E por ser ação coletiva tem como características (a) a repartição da atividade cognitiva, (b) o regime de substituição processual, (c) a sentença genérica e (d) a liberdade de adesão ou não do titular do direito individual ao processo coletivo. Também a sentença e a coisa julgada assumem perfil amoldado à dupla face da ação: só a sentença de procedência faz coisa julgada material; a sentença tem eficácia erga omnes, beneficiando a todos os substituídos processuais, que poderão promover a respectiva efetivação em seu favor pelo regime próprio da ação de cumprimento das sentenças proferidas em ação coletiva; todavia, o interessado que tiver optado por promover ou dar seguimento a ação individual para tutelar seu direito, ficará sujeito à sentença de mérito que nela for proferida, não se beneficiando e nem se prejudicando com o que for decidido no mandado de segurança coletivo.

## **5. Adaptação do processo às características naturais de cada espécie do direito material**

Qualquer que seja modelo processual que se queira adotar, qualquer que seja o nível de reforma que se venha a promover no modelo existente, há de se observar um referencial básico indispensável: o da natureza das coisas. Assim, consideradas as características naturais e próprias dos direitos transindividuais e dos direitos individuais homogêneos, substancialmente diferentes uns dos outros, é impossível negar-lhes tratamento processual especial em vários aspectos importantes. Eis alguns exemplos.

Em relação à tutela de direitos transindividuais: (a) por ser direito sem titular determinado, a legitimação ativa será necessariamente em regime de substituição processual, tanto na fase cognitiva quanto na fase executiva; (b) a

execução jamais será em benefício individual. Todavia, em se tratando de tutela de direitos individuais homogêneos: (a) a legitimação ativa é em regime de substituição processual apenas na fase em que se busca uma sentença genérica; a fase de cumprimento dessa sentença deve ocorrer, em regra, por regime de representação; (b) a execução se dá em favor do titular do direito individual.

Os direitos transindividuais são perfeitamente tuteláveis em procedimento de cognição completa e integral, que resulta, não em sentença genérica, mas em sentença específica, dirimindo por completo a controvérsia, como ocorre no procedimento comum ordinário. Já os direitos individuais, para serem tutelados coletivamente, devem ser submetidos a procedimento cuja cognição será, em maior ou menor medida, mas necessariamente, repartida em duas fases distintas, uma para as questões jurídicas que permitam tratamento uniforme e que trará como resultado uma sentença genérica, outra para as questões particulares de cada titular do direito individual tutelado.

Nos direitos transindividuais, independentemente de quem seja o substituto processual autor, a existência de duas ou mais ações decorrentes de causa única importa litispendência ou continência: o direito tutelado, que é indivisível, será o mesmo em todas elas, assim como as mesmas serão as partes da relação material (o beneficiado, embora indeterminado e indeterminável, é, em todas as ações, a mesma comunidade de pessoas). Já em se tratando de direitos individuais homogêneos a situação é completamente diferente. A pluralidade de ações, embora com causa comum e até mesmo quando movidas por um único substituto processual, não têm necessariamente o mesmo objeto e nem os mesmos beneficiados, já que o direito tutelado é, por natureza, divisível, comportando individualizações particulares. Isso significa dizer que entre as várias ações coletivas não há necessariamente relação de litispendência ou de continência, mas sim de conexão ou de prevenção. Essas circunstâncias, como se percebe, determinam a necessidade de tratamento diferente no que se refere às regras de competência.

Em relação a direitos transindividuais não se coloca o problema da relação entre processo coletivo e processo individual. Seus objetos são necessariamente distintos. O objeto da ação individual jamais será um direito transindividual. Esse problema somente existe – e é um dos pontos mais delicados do processo coletivo – em se tratando da tutela de direitos individuais homogêneos. Aqui, a identidade do objeto material acarreta, entre ação coletiva e ação individual, uma relação com uma profusão de vasos comunicantes, o que

exige, na formatação do processo coletivo, definições precisas a respeito, entre outros, dos seguintes aspectos: (a) grau de dependência entre uma e outra; (b) vinculação ou não do titular individual à ação coletiva; (c) efeitos da sentença e da coisa julgada da ação coletiva em relação à ação individual.

No que se refere à espécie de tutela permitida é também indispensável que se atente para a natureza do direito material tutelado. Em relação a direitos transindividuais, não há empecilho algum – muito ao contrário, tudo recomenda – que a ação comporte a mais ampla e variada modalidade de tutela jurisdicional (preventiva, reparatória, cominatória, constitutiva e desconstitutiva, etc.). Já em relação a direitos individuais homogêneos a situação é outra. Aqui, a modalidade de tutela jurisdicional supõe prévia definição de outros pressupostos, entre os quais, por exemplo, o grau de vinculação do titular do direito ao resultado do processo coletivo. Por exemplo, se for mantido o regime atual (que dá ao titular a liberdade de aderir ou não) a tutela jurisdicional cabível na ação coletiva só pode ser de espécie que permita o exercício dessa opção. Ademais, considerando que a tutela se dará necessariamente em processo de cognição parcial, que resulta em sentença genérica sobre os pontos comuns dos direitos homogêneos, a tutela correspondente só pode ser de espécie que permita essa repartição da atividade cognitiva. Tutela constitutiva ou desconstitutiva de direitos individuais homogêneos, por exemplo, não poderia, por sua natureza, ser objeto de processo coletivo.

A questão, ainda polêmica, da eficácia “territorial” da sentença, envolve problema típico de direitos individuais homogêneos, e não de direitos transindividuais. Quanto a esses – que são, por natureza, indivisíveis, só podendo ser satisfeitos ou lesados em sua integralidade – tal problema simplesmente não existe. A diferenciação de tratamento é, aqui também, indispensável.

## **6. Sugestões para as futuras reformas**

Os exemplos apontados denotam a indispensabilidade de tratamento processual diferenciado para cada espécie de direito material tutelado no processo coletivo. Nesse aspecto, as propostas de reforma até agora apresentadas merecem aperfeiçoamento. Embora nelas esteja previsto capítulo próprio para tutela de direitos individuais homogêneos, há, fora do referido capítulo, diversos dispositivos que se referem exclusivamente ao mesmo tema

(v.g., os arts. 6º, 7º e 14, do anteprojeto de jan./2006) e outros que a ele dizem respeito mas que estão disciplinados em conjunto com direitos transindividuais (arts. 3º, 4º, 8º, 9º, 10, 11, 12, etc.). A falta de um tratamento claramente diferenciado deixa sérias dúvidas em relação a vários outros dispositivos, cujo conteúdo pode ser aceito em relação a direitos transindividuais, mas não a direitos individuais homogêneos, e vice-versa, o que certamente acarretará problemas na sua aplicação (v.g., arts. 2º, caput e § 2º, 5º c/c 20, etc.).

O ideal, em nosso entender, é que haja uma nítida separação de tratamento entre as duas grandes espécies de direitos tuteláveis no âmbito do chamado processo coletivo, até porque a sofisticação dos instrumentos é muito mais necessária em relação à tutela coletiva de direitos individuais homogêneos do que em relação a direitos transindividuais. A rigor, considerando as atuais virtualidades do procedimento comum e dos destinados a cumprir obrigações de fazer e não fazer, não é exagero afirmar que, para tutela de direitos transindividuais, muito poucos pontos mereceriam tratamento especial. Ressalvada a peculiar tutela da probidade administrativa (que, por envolver a efetivação de direito sancionador, semelhante ao penal, certamente exige procedimento especial), para os demais direitos transindividuais alguns ajustes pontuais seriam suficientes: a legitimação ativa, o regime da coisa julgada, não muito mais. A experiência brasileira da ação popular evidencia isso com muita clareza. Ela sempre atendeu suficientemente a tutela de direitos transindividuais, inclusive o relacionado com o patrimônio público. E o que havia de novo e de avançado na ação popular, hoje está integralmente incorporado ao procedimento comum ordinário.

Na verdade, a atenção especial que o Código de Processo Coletivo deve dedicar é à tutela de direitos individuais homogêneos, como ocorre, aliás, com a experiência norte-americana da *class action*. Esse é o campo que apresenta singularidades, conforme antes assinalamos sumariamente. É em relação a ele que a prática judiciária enfrenta seus maiores problemas, ainda mais com a proliferação das hipóteses de legitimação ativa para tutela coletiva de direitos individuais patrocinada pela Constituição de 1988.

Não se desconhece que o tratamento diferenciado aqui preconizado encontra algumas barreiras de ordem prática, notadamente aquela imposta pela própria dificuldade, em muitos casos, de definir a natureza do direito material tutelado. Realmente, os conceitos e institutos jurídicos, concebidos, no plano teórico e para fins didáticos, em seu estado puro, nem sempre se

amoldam tão harmoniosamente assim à realidade social, que é dinâmica e multiforme. O pragmatismo da vida é mais fecundo em novidades do que a capacidade intuitiva do legislador e do intérprete do direito. As situações jurídicas novas assumem, não raro, configurações insuscetíveis de ser, desde logo, conciliadas ou apropriadas por modelos pré-estabelecidos. Todavia, a existência de situações que fogem dos padrões conceituais rígidos, de modo algum infirma a necessidade de empreender, no plano da instrumentalização processual, as devidas distinções e diferenciações. Quando as peculiaridades do caso concreto não puderem ser subsumidas direta e imediatamente aos gêneros normativos existentes, cumprirá ao aplicador da lei a tarefa de promover a devida adequação, especialmente no plano dos procedimentos, a fim de viabilizar a tutela jurisdicional mais apropriada para o caso. Também no domínio do processo coletivo - que, como no início acentuamos, tem vocação essencialmente instrumental - há de imperar o princípio da adequação das formas. E nas situações em que o direito material, para ser adequadamente tutelado, exigir meios excepcionais, caberá ao aplicador da norma promover a devida conformação dos instrumentos já existentes, valendo-se, para tal fim, dos recursos hermenêuticos da analogia e dos princípios que o sistema lhe oferece.

# O REGIME JURÍDICO- CONSTITUCIONAL DOS BENS PÚBLICOS DA UNIÃO: PERSPECTIVA HISTÓRICA E POSITIVA

**Humberto Martins**

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

## **1. Bens públicos: conceituação jurídica**

Os bens públicos são tradicionalmente definidos como aqueles do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno. Em contraponto, os bens particulares compreendem-se, por exclusão, como os que integram o patrimônio de pessoas naturais ou jurídicas, sem caráter público, “seja qual for a pessoa a quem pertencerem” (art. 98, CCB-2002).

## **2. Classificação tradicional dos bens públicos**

A classificação tradicional dos bens públicos é a que os separa em ‘de uso comum do povo’; ‘de uso especial’ e ‘dominiais’.

### **2.1. Bens de uso comum do povo**

São bens de uso comum do povo os destinados ao uso indistinto de todos, tais como rios, mares, estradas, ruas, praças, etc. (art.99, I, CCB-2002).

Em geral, atribuem-se a esses bens os caracteres da imprescritibilidade; insusceptibilidade de usucapião; inalienabilidade (salvo desafetação, nos termos da lei); impenhorabilidade, conforme os arts. 100-102, CCB-2002; o art.183, § 3o, CF/1988 e Súmula STF nº 340).

O uso dessa espécie de bem público, em princípio, prescinde de qualquer ato administrativo que o autorize. O uso normal pelos cidadãos é aceito e dispensa a intervenção do Estado para conceder, permitir ou autorizar. Em regra, o uso será gratuito; permitindo-se, excepcionalmente, a imposição de ônus, nos termos da lei (art. 103, CCB-2003).

O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar os efeitos da Lei nº 9.636/98, que dispõe sobre a regularização e administração dos bens imóveis da União, orientou-se no sentido de que é proibido o registro público de ocupações fundiárias que comprometam “a integridade das áreas de uso comum do povo” (art. 9º, II).

## **2.2. Bens de uso especial**

São bens afetados ou destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; locais onde se realiza a atividade pública ou onde está à disposição dos administrados um serviço público, ao exemplo de edifícios, museus, universidades, quartéis, estações ferroviárias, rodoviárias, aeroportuárias (art. 99, II, CCB-2002).

Seus caracteres podem ser assim resumidos: a) são imprescritíveis; b) insusceptíveis de usucapião; c) inalienáveis (salvo desafetação, nos termos da lei); d) impenhoráveis, conforme os arts. 100-102, CCB-2002; art. 183, § 3º, CF/88 e Súmula STF nº 340. À semelhança dos bens de uso comum do povo, os bens especiais necessitam da desafetação para que sejam validamente alienados, ao exemplo do que já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça: “(...) Somente é possível a transferência de domínio de bens imóveis pertencentes ao Poder Público quando se tratar de bens dominicais. Tanto os bens de uso especial – como se classificam os bens mencionados – quanto os de uso comum são inalienáveis enquanto conservarem essa destinação”.

Seu uso é restrito às determinações administrativas, às finalidades especiais do bem ou ao acesso aos serviços prestados. O cidadão encontra-se adstrito a horários, datas, modos de trajar e às restrições de ingresso em determinados setores do bem por questões de interesse público. Admitida, em alguns casos, a concessão ou permissão de uso do bem aos particulares, que atuarão como agentes colaboradores da Administração Pública.

## **2.3. Bens dominicais ou dominiais**

São bens que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades,

sendo destituídos de uso especial ou uso comum (art. 99, III, CCB-2002).

A natureza dos bens dominicais comunga dos seguintes caracteres: a) são imprescritíveis; b) insusceptíveis de usucapião; c) alienáveis (nos termos da lei); d) impenhoráveis, conforme arts. 100-102, CCB-2002; art. 183, § 3o, CF/88 e Súmula STF nº 340.

Sílvio Rodrigues, antes da vigência do novo Código Civil, defendia a tese da possibilidade de usucapião desses bens, especialmente quando inseridos na classe das terras devolutas. Essa orientação foi desconsiderada pelos tribunais, mormente o STJ, que se manteve estritamente fiel ao teor da Súmula STF nº 340: “Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”. O acesso aos bens dominicais depende de contrato ou ato administrativo, pelo qual a Administração outorga parcela de seu domínio ou de sua posse a particulares sob condições de exercício e limites temporais, a saber: locação, arrendamento, comodato, permissão de uso, concessão de uso, concessão de direito real de uso, enfiteuse.

### **3. Regime constitucional de bens públicos: classificação finalística**

#### **3.1. Bens dominicais**

##### **3.1.1. Terras devolutas em geral**

Esse conceito abrangia os bens públicos dominicais, excluídos os que, embora sem perder esse caráter, recebem uma qualificação jurídica especializada em razão de interesses constitucionais ou legais (art. 20, I, CF/88).

##### **3.1.2. Terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras**

São definíveis como bens públicos dominicais qualificados juridicamente de modo especializado, em atenção ao valor constitucional “fim especial de defesa das fronteiras” (art. 20, II, CF/88).

A Constituição Federal oferece o conceito de “faixa de fronteira” como requisito objetivo para qualificar essas terras devolutas como “indispensáveis à defesa das fronteiras”, assim entendida como “a extensão de terra de até 150 km de largura, ao longo das fronteiras terrestres, de caráter fundamental à defesa do território brasileiro, com ocupação e uso regulado em lei” (art. 20, § 2º, CF).

A Lei nº 6.634, de 02/05/1979 (DOU 03/05/1979 - RET 11/05/1979), é

a que dispõe sobre a faixa de fronteira, alterando o Decreto-Lei nº 1.135, de 3 de dezembro de 1970, havendo sido regulamentada pelo Decreto nº 85.064, de 26/08/1980.

Pela lei, portanto, “é considerada área indispensável à segurança nacional a faixa interna de 150 km (cento e cinquenta quilômetros) de largura, paralela à linha divisória terrestre do território nacional, que será designada como faixa de fronteira” (art. 1o).

Nessas áreas, ainda segundo a lei, são vedados diversos atos, ressalvado o assentimento prévio do “Conselho de Segurança Nacional” ao estilo da instalação de indústrias, lavra de minérios, construção de pontes, estradas, campos de pouso, aquisição de imóveis rurais por estrangeiros (art. 2o).

Destacando, ainda, o art. 8o da lei: “A alienação e a concessão de terras públicas, na faixa de fronteira, não poderão exceder de 3.000 ha (três mil hectares), sendo consideradas como uma só unidade às alienações e concessões feitas a pessoas jurídicas que tenham administradores, ou detentores da maioria do capital, comuns. § 1º - O Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional e mediante prévia autorização do Senado Federal, poderá autorizar a alienação e a concessão de terras públicas acima do limite estabelecido neste artigo, desde que haja manifesto interesse para a economia regional. § 2º - A alienação e a concessão de terrenos urbanos reger-se-ão por legislação específica.”

### 3.1.2.3. Situações particulares

A qualificação dessas terras devolutas como “indispensáveis à defesa das fronteiras” não as faz perder o caráter dominical. Entretanto, essa classificação tradicional mostra-se insuficiente para resolver situações particulares adiante assinaladas e de considerável complexidade.

### 3.1.2.4. O Conselho de Defesa Nacional

A Constituição Federal atribui competência ao Conselho de Defesa Nacional para propor os critérios e as condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo (art. 91, § 1o, III, CF).

A Lei nº 6.634, de 02/05/1979, acima referida, cuida do Conselho de Segurança Nacional como órgão consultivo para fins de autorização de atos relativos às terras devolutas em faixa de fronteira.

A Consultoria-Geral da União, em Parecer nº AGU/JD-3/2003, publicado no DOU de 9 de outubro de 2003, I Seção, p. 8 e 9, ante o problema da sucessão do Conselho de Segurança Nacional pelo Conselho de Defesa Nacional entendeu que: a) a competência do Conselho de Segurança Nacional foi, em parte, transferida para o Conselho de Defesa Nacional, no que concerne a assuntos relacionados com terras em faixa de fronteira; b) haveria uma diferença entre as atribuições dos referidos órgãos: ao Conselho de Segurança conferiu-se a prerrogativa de deliberar (ato de vontade) e ao Conselho de Defesa o mister de opinar (ato de aconselhamento), cabendo ao sr. Presidente da República o papel de decidir sobre o destino dessas glebas; c) o múnus presidencial pode ser delegado a Ministério.

### **3.1.2.5. Atividades de mineração em terras de fronteira**

O Decreto-Lei nº 227 de 28/02/1967 (DOU 28/02/1967), que instituiu o Código de Mineração, em seu art. 38, parágrafo único, remete à lei especial sobre terras devolutas em faixa de fronteira a normatização de concessões de lavra nos respectivos sítios.

Assim, considerando o interesse de mineração nas faixas de fronteira, devem ser consultados a Lei nº 6.634 de 02/05/1979; o Decreto-Lei nº 1.135, de 3 de dezembro de 1970, e o Decreto nº 85.064, de 26/08/1980.

Se for área indígena, o problema resolve-se pela regulamentação especial aplicável ao mencionado sítio, em vista da especialidade das terras indígenas, igualmente públicas e dominicais, mas regidas, nesse tocante, por indicação constitucional própria – art. 231, § 3o, que exige autorização do Congresso Nacional.

### **3.1.2.6. O caráter devoluto da terra na faixa de fronteira**

Há decisões do Superior Tribunal de Justiça exigindo que as terras, embora situadas em faixa de fronteira, possuam caráter devoluto para serem consideradas públicas (STJ – CC 175/RS - DJU de 28/08/1989, p. 13.676).

Portanto, é possível que existam terras particulares em faixa de fronteira, desde que não devolutas.

### **3.1.2.7. A discriminação das terras devolutas**

A Lei nº 4.947, de 06/04/1966 (DOU 11/04/1966), que fixa normas de Direito Agrário e dispõe sobre o Sistema de Organização e Funcionamento do Instituto Brasileiro de Reforma Agrária (IBRA), afirma competir ao “tomar as providências administrativas e promover as judiciais concernentes

à discriminação das terras devolutas existentes no Distrito Federal, nos Territórios Federais e na faixa de 150 (cento e cinquenta) quilômetros ao longo das fronteiras do País, respeitado o disposto na Lei nº 2.597, de 13 de setembro de 1955” (art. 5o), autorizando o Poder Executivo a ratificar as alienações e concessões de terras já feitas pelos Estados na faixa de fronteiras, se entender que se coadunam com os objetivos do Estatuto da Terra.

Daí a origem de terras particulares mesmo em faixas de fronteira. O prazo dessas concessões vem sendo objeto de sucessivas prorrogações, ao exemplo da Lei nº 10.363, de 28 de dezembro de 2001.

### **3.1.3. Participação dos estados, do Distrito Federal e dos municípios na exploração econômica**

É assegurada, nos termos da lei, 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 (art. 20, § 1o, CF).

### **3.1.4. Participação do Conselho de Defesa Nacional (CDN)**

Ao CDN compete propor os critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo (art. 91, § 1o, III, CF).

### **3.1.5. Terrenos de marinha e acrescidos (art. 20)**

São terrenos de marinha, em uma profundidade de 33 (trinta e três) metros, medidos horizontalmente, para a parte da terra, da posição da linha do preamar médio de 1831: a) os situados no continente, na costa marítima e nas margens dos rios e lagoas, até onde se faça sentir a influência das marés; b) os que contornam as ilhas situadas em zona onde se façam sentir a influência das marés. Para tais efeitos, a influência das marés é caracterizada pela oscilação periódica de 5 (cinco) centímetros pelo menos do nível das águas, que ocorra em qualquer época do ano (Decreto-Lei nº 9.760 de 05/09/1946 - DOU 06/09/1946).

A respeito dos bens de marinha, o Superior Tribunal de Justiça tem-se pronunciado que se tratam de bens públicos dominiais: “É notório que, após

a demarcação da linha de preamar e a fixação dos terrenos de marinha, a propriedade passa ao domínio público e os antigos proprietários passam à condição de ocupantes, sendo provocados a regularizar a situação mediante pagamento de foro anual pela utilização do bem”.

O contrato administrativo de enfiteuse, que vincula particulares e a União nos terrenos de marinha, “não se enquadra no conceito de relação de consumo, o que afasta a incidência do Código de Defesa do Consumidor”.

### **3.1.6. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (art. 20)**

São as terras habitadas pelos índios em caráter permanente as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (art. 231, § 1o, CF).

As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são bens públicos dominicais afetados à proteção sócio-antropológica das comunidades indígenas. É caso de propriedade vinculada ou reservada aos índios (STF). Tais bens recebem restrições à exploração econômica de suas riquezas, bem assim voltam-se à proteção das comunidades indígenas ali assentadas. A União é nua proprietária, os índios usufrutuários (STJ).

Embora reconhecidas como tais a priori, as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios demandam o ato formal de demarcação (art. 231, CF/88), a ser realizado pela União, com decreto concluindo esse processo (art. 67, ADCT; Lei nº 6.001 de 19/12/1973 - DOU 21/12/1973 - dispõe sobre o Estatuto do Índio).

Elas destinam-se à posse permanente dos índios, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (art. 231, § 2o).

O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei (art. 231, § 3o, CF).

É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, ad referendum do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco (art. 231, § 5o, CF).

São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (art. 231, § 6º, CF).

As terras espontânea e definitivamente abandonadas por comunidade indígena ou grupo tribal reverterão – por proposta do órgão federal de assistência ao índio e mediante ato declaratório do Poder Executivo – à posse e ao domínio pleno da União (Lei nº 6.001, de 19/12/1973 - DOU 21/12/1973 - dispõe sobre o Estatuto do Índio, art. 21).

Tem-se, então, um caso de transformação de terras indígenas em terras devolutas ou, caso sejam destinadas a outros fins, em bens de uso especial ou de uso comum do povo.

### **3.2. Bens de uso especial e bens de uso comum do povo**

Ambas as categorias foram explicitadas acima, quando apontados os ditames genéricos do Código Civil sobre o tema.

Importa, no entanto, referir aos seguintes tipos de bens, de árdua caracterização, já indigitados, porém, ainda por serem apreciados:

A) Meio Ambiente: É considerado 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, CF). Sua violação pode acarretar sanções administrativas, cíveis e criminais, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “A Lei ambiental, regulamentando preceito constitucional, passou a prever, de forma inequívoca, a possibilidade de penalização criminal das pessoas jurídicas por danos ao meio ambiente. A responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais advém de uma escolha política, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio ambiente, mas como forma mesmo de prevenção geral e especial.”

Ao Poder Público compete definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua

proteção; bem assim exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade (art. 225, § 1o, CF).

B) Floresta Amazônica, Mata Atlântica, Serra do Mar, Pantanal Mato-Grossense, Zona Costeira: Encartam-se no difícil conceito de patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais (art. 225, § 4o, CF).

A interpretação do art. 225, § 4º, CF/88, pelo Pretório Excelso, deu-se em ordem a que “além de não haver convertido em bens públicos os imóveis particulares abrangidos pelas florestas e pelas matas nele referidas (Mata Atlântica, Serra do Mar, Floresta Amazônica brasileira), também não impede a utilização, pelos próprios particulares, dos recursos naturais existentes naquelas áreas que estejam sujeitas ao domínio privado, desde que observadas as prescrições legais e respeitadas as condições necessárias à preservação ambiental. A ordem constitucional dispensa tutela efetiva ao direito de propriedade (CF/88, art. 5º, XXII). Essa proteção outorgada pela Lei Fundamental da República estende-se, na abrangência normativa de sua incidência tutelar, ao reconhecimento, em favor do dominus, da garantia de compensação financeira, sempre que o Estado, mediante atividade que lhe seja juridicamente imputável, atingir o direito de propriedade em seu conteúdo econômico, ainda que o imóvel esteja localizado em qualquer das áreas referidas no art. 225, § 4º, da Constituição” (RE 134.297-8/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22/09/1995).

C) Proteção do meio ambiente em terras devolutas, terras indígenas, terras dos estados e terras particulares: Tem-se, assim, a convivência dos seguintes suportes para esse patrimônio nacional em florestas:

a) Terras devolutas de proteção ambiental: Constantes do art. 20, de natureza pública dominical, mas, mediante ato próprio, destinadas à proteção de um “bem de uso comum do povo” (o meio ambiente), o que se pode dar por tombamento, criação de reservas, unidades de conservação ou florestas nacionais, atuando, em cada caso, uma qualificação jurídica própria, transformando-se em bens de uso comum (um parque ecológico) ou de uso especial (uma floresta em uma universidade ou uma área militar), ou, ainda, simplesmente mantendo a natureza dominical, mas restringindo o acesso de lenhadores ou caçadores.

b) Terras indígenas: Também constantes do art. 20, serão bens dominicais, acessíveis apenas aos índios ou a quem a lei estabelecer, utilizadas para suas próprias comunidades, segundo conceitos ínsitos à vida silvícola. Podem, no entanto, conforme acima exposto, ser destacados da natureza dominical e, mediante ato próprio, transformados em bens de uso especial ou de uso comum, respeitados os interesses antropológicos e culturais dos índios, tendo em vista um valor maior de preservação ecológica.

c) Terras devolutas dos estados arrecadadas para proteção de ecossistemas: São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais (art. 225, § 5o, CF). Submetem-se ao regime dominical, com restrições de alienação e de uso, podendo tornar-se bens de uso comum do povo ou de uso especial, conforme o ato próprio.

d) Terras particulares: Podem ser objeto de restrições administrativas, como servidões ou tombamento, bem assim serem alvo de desapropriação para proteção ambiental. Em qualquer caso, é necessária a indenização. O Supremo Tribunal Federal entende que o fato de uma gleba estar situada em florestas como a Amazônica ou a Atlântica não a torna pública, impondo-se a noção de 'patrimônio nacional' como mera qualificação jurídica da terra particular, com restrições ao proprietário, e, se for o caso, indenizáveis esses óbices.

#### **4. Conclusões**

O regime jurídico dos bens públicos da União é um dos temas de maior complexidade do Direito, na medida em que ultrapassa as fronteiras do Direito Constitucional e do Direito Civil, abrangendo o Direito Administrativo e o Direito Ambiental.

A forma assistemática com que o tema vem sendo trabalhado é, em grande medida, resultante do imenso arcabouço de leis e decretos, de diferentes regimes constitucionais, que se superpõem e dificultam a atuação do intérprete e, ainda mais, do aplicador da norma no âmbito administrativo.

Creio que é essencial o aprofundamento das tentativas doutrinárias de se impor uma sistematização conceitual ao tema, levando-se em conta fundamentalmente quatro princípios reitores: a) a defesa do interesse público; b) a preservação do meio ambiente, que, em muitos casos, ganhará relevo superior; c) o respeito à cultura e à tradição multissecular dos povos indígenas; d) a preservação da soberania nacional.

# LA COOPERACIÓN JUDICIAL EUROPEA EN MATERIA CIVIL

**Dra. Georgina Garriga**

Profesora titular interina de Escuela Universitaria, Universidad de Barcelona

## **I. Introducción**

El presente trabajo tiene por finalidad ofrecer un marco general relativo a la cooperación judicial que se ha implantado y todavía se está desarrollando en el ámbito de la Unión Europea.

Para ello hemos considerado oportuno dividir el trabajo en cuatro apartados: el primero de ellos está dedicado a identificar cuáles fueron los orígenes comunitarios de la referida cooperación judicial; el segundo apartado tiene por objeto mostrar el estado actual de la cuestión a la luz de la normativa comunitaria en vigor; por su parte, en el tercer apartado centraremos nuestra atención en la función que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas desarrolla acerca de la interpretación y aplicación uniforme del Derecho comunitario. Por último, el trabajo concluirá con una serie de consideraciones finales.

## **II. Construcción de la cooperación judicial europea a la luz de los tratados constitutivos <sup>1</sup>**

Para identificar los orígenes de la actual cooperación judicial europea en materia civil primero hemos de partir del dato de que en la actualidad esta materia es competencia de naturaleza compartida entre la Comunidad Europea y los Estados miembros. Ello a raíz de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam<sup>2</sup>, el primero de mayo de 1999, por el que se modificó el Tratado

de la Unión Europea (en adelante, TUE) y los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas (en lo sucesivo, CE). De este modo, el Tratado de Amsterdam llevó a cabo, entre otras consecuencias, la que se ha convenido en denominar “comunitarización” del Derecho internacional privado<sup>3</sup>, dado que atribuyó de manera expresa competencia a la Comunidad para “adoptar medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, de conformidad con el artículo 65” (artículo 61 c CE). De este modo, el sector de la cooperación judicial en materia civil, que hasta ese momento había sido

---

El presente texto constituye una versión completada de la conferencia que pronunció en el marco del “I Seminario Latinoamericano de Jueces” que tuvo lugar en Ouro Preto (Brasil) los días 10 y 11 de mayo de 2007.

<sup>1</sup> Sobre la evolución cronológica de la cooperación judicial en materia civil y mercantil véanse, entre otros, A. BORRÁS, “La cooperación judicial en materia civil en el Tratado de Maastricht”, *Perspectivas jurídicas actuales, Homenaje a Alfredo Sánchez-Bella Carswell*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces SA, 1995, pp. 387-395; A. BORRÁS, “Il Titolo IV del Trattato dell’Unione Europea”, *La cooperazione giudiziaria nell’Europa dei cittadini. Situazione esistente prospettive di sviluppo (Speciale documenti giustizia - 1, 1996)*, pp. 260-272; N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, “Aceleración de la justicia civil en la Unión Europea”, *Mecanismos de Cooperación Judicial Internacional*, 2006, pp. 15-18; J.L. IGLESIAS BUHIGUES, “La cooperación judicial internacional en materia civil”, *Cooperación jurídica internacional*, Edición a cargo de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, J.R. REMACHA y TEJADA, Colección Escuela Diplomática, Nº 5, 2001, pp. 47-58.

<sup>2</sup> Tratado de Amsterdam, de 2 de octubre de 1997 publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 340, de 10 de noviembre de 1997.

<sup>3</sup> La bibliografía dedicada a la referida comunitarización del Derecho internacional privado es vastísima, sirvan como ejemplos los siguientes: J.L. IGLESIAS BUHIGUES, “La cooperación judicial en materia civil (CJC) antes y después del Tratado de Amsterdam”, *Revista General del Derecho*, mayo 1998, núm. 644, pp. 5847-5862; P.A. MIGUEL ASENSIO, “El Tratado de Amsterdam y el Derecho internacional privado”, *Revista Jurídica Española, La Ley*, 1998, Vol. 2, pp. 1907-1909; P.A. MIGUEL ASENSIO, “La evolución del Derecho internacional privado comunitario en el Tratado de Amsterdam”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1998-1, Vol. L, pp. 373-376; A. BORRÁS, “Derecho internacional privado y Tratado de Amsterdam”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1999-2, Vol. LI, pp. 383-426; A. BORRÁS, “La comunitarización del Derecho internacional privado: pasado, presente y futuro”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2001, pp. 285-318; A. BORRÁS, “La proyección externa de la comunitarización del Derecho internacional privado: los datos del problema”, *Revista Jurídica Española, La Ley*, 2002, Vol. 5, pp. 1657-1667; Ch. KOHLER, “Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le Traité d’Amsterdam”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1999, N. 1, pp. 1-30; Ch. KOHLER, “Le Droit international privé européen après le Traité d’Amsterdam”, *Divenire sociale e adeguamento del Diritto*, *Studi in onore di Francesco Capotorti*, Giuffrè Editore, Milano, 1999, pp. 191-217; J. BASEDOW, “The communitarization of the conflicts of laws under the Treaty of Amsterdam”, *Common Market Law Review*, June 2000, vol. 37, No. 3, pp. 687-708; J. BASEDOW, “European conflict of laws under the Treaty of Amsterdam”, *International conflict of laws for the Third Millennium, Essays in honor of Friedrich K. Juenger*, edited by Patrick J. Borchers and Joachim Zekoll, Transnational Publishers, Inc. Ardsley, New York, 2001, pp. 175-192; F. POCAR, “La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una “european conflict of laws revolution”?”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2000, N. 4, pp. 873-884; S. LEIBLE, A. STAUDINGER, “El artículo 65 TCE: ¿Carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del Derecho internacional privado y procesal?”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2001, pp. 89-115; M. GARDENES SANTIAGO, “El desarrollo del Derecho internacional privado tras el Tratado de Amsterdam: los artículos 61 c) y 65 TCE como base jurídica”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2002, Vol. 11, año 6, pp. 231-249.

competencia estatal, pasó a añadirse al catálogo de las llamadas competencias compartidas de la CE mediante la traslación de esta materia del Título VI TUE (tercer pilar de la Unión Europea) al Título IV CE (primer pilar de la Unión Europea) que lleva por título “Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas”.

Ahora bien, si retrocedemos la vista al proceso de convergencia europea nos percatamos que en sus inicios el Tratado de la Comunidad Económica Europea, hecho en Roma el 25 de marzo de 1957, no preveía la competencia de la Comunidad Europea sobre el ámbito de la cooperación judicial, ya que sus objetivos se centraban fundamentalmente en ámbitos estrictamente económicos. Solamente su entonces artículo 220 TCEE (actual artículo 293 CE) establecía la competencia de los Estados miembros “para entablar negociaciones para asegurar a sus nacionales, entre otras ventajas, la simplificación de las formalidades del reconocimiento y la ejecución de las decisiones judiciales y de los laudos arbitrales”. A tenor de esta base jurídica, los Estados miembros solamente podían adoptar convenios internacionales, dado que la referida competencia no residía en la Comunidad Europea de ahí que los instrumentos de integración (reglamentos, directivas y decisiones) no pudieran ser adoptados. Haciendo uso de esta base jurídica, los Estados miembros adoptaron el Convenio de Bruselas sobre competencia judicial y reconocimiento de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de 27 de septiembre de 1968<sup>4</sup> que todavía está en vigor en relación a todos los Estados miembros en sus relaciones con Dinamarca<sup>5</sup>.

Sin embargo, no fue hasta los inicios de la década de los noventa en las que un Tratado fundacional de las Comunidades Europeas previó de manera expresa la política de la cooperación judicial en materia civil. En este sentido, el Tratado

---

<sup>4</sup> Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 27, de 26 de enero de 1998.

<sup>5</sup> El Reglamento nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil vino a sustituir al referido Convenio de Bruselas en las relaciones entre todos los Estados miembros excepto Dinamarca, de ahí que respecto a la misma el citado Convenio de Bruselas continúe en vigor. Ahora bien, la Comunidad Europea y Dinamarca adoptaron, el 19 de octubre de 2005, el Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil a los efectos de aplicar las disposiciones del Reglamento nº 44/2001 y sus normas de desarrollo a las relaciones entre la Comunidad y Dinamarca (Diario Oficial de la Unión Europea L 299, de 16 de noviembre de 2005). De conformidad con la Información relativa a la fecha de entrada en vigor del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil (Diario Oficial de la Unión Europea L 94, de 4 de abril de 2007), el referido Acuerdo entrará en vigor el primero de julio de 2007.

de Maastricht<sup>6</sup>, cuya entrada en vigor se produjo el primero de noviembre de 1993, supuso un hito fundamental en el proceso de convergencia europea porque creó la Unión Europea fundada sobre, por una parte, las Comunidades Europeas, (llamado pilar comunitario, constituido por la Comunidad Europea, la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (18.4.1951, cuyo plazo de vigencia expiró el 27.7.2002) y la Comunidad de la Energía Atómica (25.3.1957)) y, por otra parte, los otros dos pilares intergubernamentales, cuales son la Política Exterior y de Seguridad común (segundo pilar, Título V TUE) y la Cooperación en materia de justicia y de asuntos de interior (JAI) (tercer pilar, Título VI TUE). Estos dos últimos pilares persiguen asimismo los objetivos de la Unión (enumerados en el Título I del TUE) pero no utilizan instrumentos de integración, sino de cooperación intergubernamental, por lo que están al margen del sistema jurídico propio de las Comunidades, es decir, al margen del Derecho Comunitario aunque participan parcialmente del sistema institucional<sup>7</sup>.

En este contexto normativo, el entonces artículo K.3 TUE enunciaba expresamente la competencia de los Estados miembros en el ámbito de la “cooperación judicial en materia civil”. Competencia que podía desarrollarse a iniciativa de un Estado miembro o de la Comisión, por convenios aprobados por el Consejo, que debían finalmente ser adoptados por los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales<sup>8</sup>.

El citado artículo K.3 fue la base jurídica de los dos siguientes convenios que, no obstante, no llegaron a entrar en vigor: a) el Convenio sobre traslado y notificación de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil, de 26 de mayo de 1997 y b) el Convenio relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, de 28 de mayo de 1998. Asimismo, el citado artículo K.3 TUE fue también la base jurídica de la Acción Común del Consejo 96/277/ JAI, de 22 de abril de 1996 para la creación de un marco de intercambio de magistrados de enlace que permita mejorar la cooperación judicial entre los Estados miembros de la Unión Europea<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Tratado de Maastricht, de 7 de febrero de 1992 publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 224, de 31 agosto 1992.

<sup>7</sup> A. MANGAS MARTÍN, D.J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 3ª ed., 2002, reimpresión 2003, p. 62.

<sup>8</sup> J.L. IGLESIAS BUHIGUES, *op. cit.*, p. 51.

<sup>9</sup> Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 105, de 27 de abril de 1996.

El último gran paso en este ámbito fue, como adelantamos, la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam el primero de mayo de 1999. Como señalamos, este Tratado supuso el desplazamiento de la cooperación judicial en materia civil del tercer pilar intergubernamental al primer pilar comunitario. A raíz de cuyo desplazamiento la Comunidad Europea incrementó sus competencias comunitarias. En consecuencia, la Comunidad asumió competencia compartida con los Estados miembros en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil. La referida competencia está prevista en los artículos 61 a 68 del CE. Ahora bien, el punto de partida es el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea que establece, entre los objetivos que la Unión Europea debe perseguir, el de “mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia”. De este modo, el artículo 61 c) CE atribuye competencia al Consejo para “adoptar medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, de conformidad con el artículo 65” con la finalidad de lograr un espacio de libertad, de seguridad y de justicia<sup>10</sup>.

Ello ha provocado, entre otras consecuencias, que ciertos convenios internacionales celebrados entre los Estados miembros hayan sido transformados en instrumentos de integración comunitaria como, por ejemplo, el Convenio de Bruselas sobre competencia judicial y reconocimiento de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de 27 de septiembre de 1968 que fue modificado y adquirió la forma de reglamento comunitario adoptado por el Consejo: el Reglamento nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup>No obstante, la competencia comunitaria en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil está delimitada por los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad (artículo 5 CE). El primero de ellos significa que el poder legislativo que adopte las normas debe ser aquél que más cercano esté de los ciudadanos. En este sentido, corresponde, en primer lugar, a los Estados miembros adoptar las medidas encaminadas a reglamentar las relaciones entre los individuos. En su defecto, la Comunidad deberá asumir dicha función. Por lo tanto, la intervención institucional está sometida a un test de eficacia, puesto que la Comunidad solamente podrá ejercer su competencia normativa cuando la misma se conciba como más eficaz que la actuación estatal para alcanzar el fin comunitario previsto. Por otra parte, de conformidad con el principio de proporcionalidad “Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado”.

<sup>11</sup>Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 12, de 16 de enero de 2001 y sus posteriores modificaciones.

La posterior modificación del Tratado de la Comunidad Europea tuvo lugar mediante el Tratado de Niza, de 26 de febrero de 2001<sup>12</sup>, cuya entrada en vigor se produjo el primero de febrero de 2003. Ahora bien, este Tratado no alteró la competencia comunitaria por lo que a la cooperación judicial civil se refiere<sup>13</sup>.

En definitiva, por un lado, la cooperación judicial en materia civil está integrada en el primer pilar comunitario y, por otro lado, la “cooperación policial y judicial en materia penal” constituye el ámbito propio del tercer pilar intergubernamental. Esta diferencia relativa a la competencia de tales políticas es la causa de que los instrumentos normativos que desarrollan ambas áreas sean de naturaleza diversa. Así, las instituciones comunitarias adoptan instrumentos de integración para desarrollar la cooperación judicial en materia civil (reglamentos, directivas y decisiones), mientras que los Estados adoptan básicamente decisiones marco, normas convencionales, posiciones comunes y decisiones para llevar a cabo el desarrollo de la cooperación policial y judicial en materia penal.

En otro orden de consideraciones, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, de 30 de septiembre de 2003<sup>14</sup> contempla la política de la cooperación judicial en materia civil y penal en sus artículos III-269 a III-274<sup>15</sup>. En relación a la cooperación judicial en materia civil, ésta incluye desde la asistencia judicial internacional al reconocimiento de resoluciones judiciales y los conflictos de leyes. El propio precepto contempla incluso la previsión de que debe prestarse apoyo a la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia.

---

<sup>12</sup>Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 80, de 10 marzo 2001.

<sup>13</sup>En relación al sector de la cooperación judicial en materia civil, el Tratado de Niza modificó el procedimiento de adopción de normas de Derecho derivado por el Consejo al añadir un párrafo quinto al artículo 67 CE, en virtud del cual asentó el procedimiento de codecisión (artículo 251 CE) para la adopción de normas en el ámbito del Derecho internacional privado, a excepción del Derecho de familia en el que la unanimidad se consolidó. Sobre ello véanse, entre otros, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de Droit international privé”, RCADI, 2000, Vol. 287, p. 130; A. QUINONES ESCÁMEZ, “Compatibilidad de la norma de conflicto relativa a los efectos del divorcio con el Derecho comunitario”, Revista de Derecho Comunitario Europeo, 2001, N. 10, p. 647; A. BORRÁS, “Efectos respecto a terceros del ejercicio de competencia por la Comunidad Europea en el ámbito del Derecho internacional privado”, Revista Jurídica de la Universidad de La Laguna. Homenaje al Prof. Antonio Pérez Voituriez, 2001, Vol. 1, p. 114.

<sup>14</sup>Diario Oficial de la Unión Europea C 310, de 16 de diciembre de 2004.

<sup>15</sup>El artículo III-269 prevé la cooperación judicial en materia civil y los artículos III-270 a III-274 la cooperación judicial en materia penal. Asimismo, la cooperación policial está prevista en los artículos III-275 a III-277.

### **III. Estado actual de la cooperación judicial europea en materia civil**

Tras la descripción del proceso de construcción de la cooperación judicial europea en materia civil, a continuación nos disponemos a describir el estado actual de la citada cooperación a partir de la normativa de Derecho comunitario derivado, esto es, de la normativa que las instituciones comunitarias adoptan para desarrollar el contenido de los Tratados fundacionales, todo ello con la finalidad de lograr los objetivos que la Unión Europea persigue de entre los cuales cabría destacar el ya mencionado objetivo de alcanzar un espacio de libertad, seguridad y justicia (artículo 2 TUE) que garantice la libre circulación de las personas en el área comunitaria.

En consecuencia, en las líneas venideras describiremos cuál ha sido el desarrollo del Derecho comunitario respecto a la cooperación judicial en materia civil sin que ello impida que hagamos referencias puntuales a la cooperación judicial penal. Para ello, consideramos apropiado diferenciar, por un lado, la Decisión del Consejo 2001/470/CE de 28 de mayo de 2001 por la que se crea la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil (en adelante, RED Europea)<sup>16</sup> de, por otro lado, los instrumentos comunitarios materializados en reglamentos y directivas comunitarias que regulan ámbitos específicos de la cooperación judicial como, por ejemplo, la notificación de actos judiciales y extrajudiciales, la obtención de pruebas, etc.

**A) La Red Judicial Europea en materia civil y mercantil<sup>17</sup>** Por lo que se refiere a la Decisión del Consejo 2001/470/CE de 28 de mayo de 2001 por la que se crea la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil abordaremos, en primer lugar, sus antecedentes para seguidamente señalar sus características principales así como su interacción con otras redes judiciales nacionales, en particular, las conexiones que presenta con la Red Judicial Española de Cooperación Judicial Internacional.

Con el objetivo de describir los motivos que dieron lugar a la creación de la

---

<sup>16</sup>Diario Oficial de la Unión Europea L 174, de 27 de junio de 2001.

<sup>17</sup>Sobre la RED Europea véase M. del POZO PÉREZ, "Reflexiones sobre la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil e IBER-RED", Diario La Ley, Año XXVIII, Número 6717. Lunes, 21 de mayo de 2007, 14 pp. Asimismo, la RED Europea dispone de un sitio internet accesible en [http://ec.europa.eu/civiljustice/index\\_es.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/index_es.htm). En este sitio figuran los instrumentos comunitarios que afectan a la cooperación judicial en materia civil y mercantil clasificados por materias.

RED Europea debemos subrayar que la necesidad de una cooperación judicial entre los Estados miembros se ha hecho especialmente patente en las últimas décadas a raíz del notable incremento de los intercambios entre personas y sociedades de distintos Estados miembros que ha provocado, a su vez, el aumento de los procesos judiciales en los que están presentes elementos de extranjería y, por lo tanto, el número de comisiones rogatorias y otros actos de cooperación judicial internacional<sup>18</sup>. Todo ello requiere de una cada vez mayor colaboración entre los órganos judiciales y administrativos de los Estados miembros para proteger, facilitar y agilizar el acceso de los ciudadanos a la justicia así como que los procesos judiciales se desarrollen de manera más rápida y eficaz siendo respetuosos con la protección de las debidas garantías procesales.

El Consejo fue consciente de ello cuando en 1996 adoptó la ya citada Acción Común del Consejo 96/277/JAI, de 22 de abril de 1996 para la creación de un marco de intercambio de magistrados de enlace que permita mejorar la cooperación judicial entre los Estados miembros de la Unión Europea<sup>19</sup>. Posteriormente, el llamado “Plan de Acción de Viena del Consejo y de la Comisión, de 3 de diciembre de 1998 sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Amsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia”<sup>20</sup> puso de manifiesto la idea de crear una Red judicial europea en materia civil y mercantil. Esta idea cobró firmeza en el Consejo Europeo Extraordinario de Tampere celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999. En este Consejo se trató específicamente el espacio de seguridad, libertad y justicia y, por un lado, el Consejo Europeo invitó a la Comisión a que, en cooperación con otros foros pertinentes, como el Consejo de Europa, pusiera en marcha una campaña de información y publicara “guías del usuario” adecuadas sobre la cooperación judicial en la Unión y sobre los sistemas jurídicos de los Estados miembros. Asimismo, también solicitó que se estableciera “un sistema de información de fácil acceso mantenido y actualizado por una red de autoridades nacionales competentes” con el fin de facilitar el acceso a la justicia<sup>21</sup>. Además,

---

<sup>18</sup>EJ. FORCADA MIRANDA, “El auxilio judicial internacional y la red judicial española de cooperación judicial internacional”, *La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea*, Actas de seminarios, Universidad de Sevilla, 2005, p. 148.

<sup>19</sup>Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 105, de 27 de abril de 1996.

<sup>20</sup>Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 19, de 23 de enero de 1999.

<sup>21</sup>Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999, apartado 29.

por otra parte, en el citado Consejo se proclamó al principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales como la piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal en la Unión Europea<sup>22</sup>.

A raíz de tales mandatos, la Comisión tomó la iniciativa de crear la Red judicial europea en materia civil y mercantil que culminó con la adopción de la Decisión de 28 de mayo de 2001 por la que se crea la referida RED Europea y que tuvo como modelo a la Red Judicial Europea en materia penal creada mediante la Acción Común 98/428/JAI, de 29 de junio de 1998 adoptada por el Consejo<sup>23</sup>. Con posterioridad, asistimos al nacimiento del EUROJUST mediante la Decisión 2002/18/JAI, de 28 de febrero de 2002 adoptada por el Consejo<sup>24</sup> cuyo objetivo consiste en reforzar la lucha contra las formas graves de la delincuencia.

### A.1) Objetivos de la RED Europea

El objetivo general que preside la actividad de la RED Europea consiste en mejorar, simplificar y acelerar la cooperación judicial entre los Estados miembros. Para lograr el referido objetivo, la RED Europea persigue como objetivos inmediatos los tres que se enuncian a continuación: en primer lugar, facilitar la cooperación entre los Estados miembros en los ámbitos civil y mercantil tanto en los sectores en los que existen normas comunitarias en vigor como en los que no existe normativa vigente. Ahora bien, en los ámbitos en los que existen actos comunitarios en vigor, la RED Europea no tiene por objeto sustituir los mecanismos de cooperación que los referidos actos normativos establezcan. En segundo lugar, los esfuerzos de la RED Europea están orientados a mejorar la aplicación efectiva y práctica de la normativa comunitaria y de los convenios en vigor entre dos o más Estados miembros. Por último, la RED Europea persigue establecer un sistema de información dirigido al público en general y a los especialistas en particular<sup>25</sup>.

Las funciones que la RED Europea desempeña están vinculadas a los

---

<sup>22</sup>Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999, apartado 33.

<sup>23</sup>Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 191, de 7 de julio de 1998.

<sup>24</sup> Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 63, de 6 de marzo de 2002.

<sup>25</sup>Los tres referidos objetivos están enunciados en el artículo 3 de la Decisión 2001/470/CE de 28 de mayo de 2001.

objetivos que acabamos de enumerar. En este sentido, por lo que se refiere al objetivo de facilitar la cooperación entre los Estados miembros, la RED Europea debe procurar el buen desarrollo de los procedimientos de carácter transfronterizo y la agilización de las solicitudes de cooperación judicial entre los Estados miembros. Al respecto, deberíamos poner de relieve el “Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Decisión del Consejo nº 2001/470/CE por la que se crea una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil”<sup>26</sup> adoptado en mayo de 2006 en el que se deja constancia que la RED Europea ha conseguido reducir la tramitación de los requerimientos por medio de su sistema de relaciones directas entre los puntos de contacto<sup>27</sup>. Asimismo, la Comisión plantea la oportunidad y la ocasión de que la RED Europea “debería desempeñar un papel esencial en la asistencia a la aplicación de la ley de un Estado miembro por los tribunales de otros Estados miembros”<sup>28</sup>.

En relación a la aplicación efectiva y práctica de la normativa comunitaria y de los convenios internacionales en vigor entre dos o más Estados miembros, la RED Europea debe potenciar la correcta aplicación de los instrumentos comunitarios. En particular, el referido Informe de la Comisión<sup>29</sup> señala que han sido objeto de especial atención por parte de los miembros de la RED Europea los reglamentos que se citan a continuación: el Reglamento nº 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil<sup>30</sup>; el Reglamento nº 1346/2000 del Consejo, de 20 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia<sup>31</sup> y el Reglamento nº 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil<sup>32</sup>.

---

<sup>26</sup>SEC(2006) 579. Bruselas, 16 de mayo de 2006, COM(2006) 203 final.

<sup>27</sup>Informe de la Comisión, SEC(2006) 579, apartado 3.1.

<sup>28</sup>Informe de la Comisión, SEC(2006) 579, apartado 3.1.

<sup>29</sup>Informe de la Comisión, SEC(2006) 579, apartado 3.2.

<sup>30</sup>Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 160, de 30 de junio de 2000.

<sup>31</sup>Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 160, de 30 de junio de 2000.

<sup>32</sup>Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 174, de 27 de junio de 2001.

Asimismo, los puntos de contacto han elaborado guías prácticas sobre la aplicación del citado Reglamento nº 1206/2001 y del Reglamento nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental por el que se deroga el Reglamento nº 1347/2000<sup>33</sup>.

Ahora bien, debe destacarse que para mejorar la aplicación de los instrumentos comunitarios resulta sumamente importante que la información sobre los problemas de aplicación, que los órganos jurisdiccionales encuentran en la práctica, sea debidamente canalizada a los puntos de contacto para que éstos la trasladen a la RED Europea y pueda discutirse a nivel europeo. Al respecto, la Comisión en su Informe ha constatado que todavía no se ha alcanzado un nivel satisfactorio en la transmisión de la información. En este sentido, sería conveniente que las reuniones semestrales de los puntos de contacto se dedicaran a tratar tales dificultades concretas para mejorar la aplicación de la normativa comunitaria. En aras a alcanzar tal fin, la Comisión recomienda que la RED Europea pudiera utilizarse como “foro permanente de debate”<sup>34</sup>.

Por último, por lo que se refiere a la RED Europea como fuente de creación de un sistema de información accesible al público, debe indicarse que la RED Europea dispone de un sitio internet accesible desde marzo de 2003<sup>35</sup>. Este sitio ofrece la posibilidad de que el ciudadano y los profesionales accedan a la información relativa a 18 temas jurídicos en 20 idiomas oficiales y vinculados a todos los Estados miembros y al ordenamiento jurídico comunitario.

El Informe de la Comisión pone de relieve que el resultado de su consulta ha sido muy satisfactorio hasta el momento<sup>36</sup>.

## A.2) Composición de la RED Europea<sup>37</sup>

En relación a su composición, la RED Europea está constituida por los miembros que se detallan a continuación: a) puntos de contacto designados por

---

<sup>33</sup>Diario Oficial de la Unión Europea L 338, de 23 de diciembre de 2003.

<sup>34</sup>Informe de la Comisión, SEC(2006) 579, apartado 3.2.

<sup>35</sup>[http://ec.europa.eu/civiljustice/index\\_es.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/index_es.htm).

<sup>36</sup>Informe de la Comisión, SEC(2006) 579, apartado 3.3.

<sup>37</sup>Véase, el artículo 2 de la Decisión 2001/470/CE de 28 de mayo de 2001.

los Estados miembros; b) autoridades centrales previstas por los instrumentos comunitarios y convenios internacionales; c) magistrados de enlace y d) cualquier otra autoridad judicial o administrativa que ejerza responsabilidades en el ámbito de la cooperación judicial.

El Informe de la Comisión destaca que la designación de los puntos de contacto ha supuesto una media de entre dos y cinco por cada Estado miembro mientras que, por ejemplo, Grecia y Alemania designaron nueve y diecisiete puntos de contacto respectivamente. En tales casos, los Estados miembros deben garantizar su correcta coordinación<sup>38</sup>. Ahora bien, los Estados miembros que designen a más de un punto de contacto deberían nombrar uno principal para el intercambio de información en la RED Europea.

En relación a los puntos de contacto, éstos desempeñan como funciones: (i) proporcionar la información necesaria para la buena cooperación judicial entre los Estados miembros; (ii) facilitar la tramitación de las solicitudes de cooperación judicial; (iii) buscar soluciones a los problemas que puedan presentarse con motivo de una solicitud de cooperación judicial; (iv) colaborar en la preparación y actualización del sistema de información destinado al público y (v) colaborar en la organización de las reuniones de los puntos de contacto<sup>39</sup>.

En este punto debería subrayarse, de nuevo, la importancia de la adecuada y fluida comunicación entre los puntos de contacto y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros a los efectos de que los primeros estén debidamente informados de las dificultades a las que los jueces nacionales se enfrentan en los procesos de naturaleza transfronteriza que requieran de la cooperación judicial. En este sentido, la Comisión ha constatado que la información fluye adecuadamente en los menos de los diez Estados miembros que, como España, cuentan con Redes nacionales judiciales de cooperación judicial. Así, por ejemplo, en España el Acuerdo reglamentario del Pleno del Consejo General del Poder Judicial (en lo sucesivo, CGPJ) de 28 de mayo de 2003<sup>40</sup> aprobó la normativa reguladora de

---

<sup>38</sup>Informe de la Comisión, SEC(2006) 579, apartado 2.

<sup>39</sup>El artículo 5 de la Decisión 2001/470/CE de 28 de mayo de 2001 enumera detalladamente las funciones que competen a los puntos de contacto.

Por otro lado, téngase en cuenta que de momento los puntos de contacto sólo son accesibles directamente a las autoridades administrativas y judiciales de los Estados miembros, pero se está tomando en consideración que se amplíe también su acceso a los profesionales. Al respecto, véase, Informe de la Comisión, SEC(2006) 579, apartado 4.2.

<sup>40</sup>Boletín Oficial del Estado de 4 de junio de 2003.

la Red Judicial Española sobre Cooperación judicial internacional (en adelante, RED Española)<sup>41</sup> que ya venía funcionando de manera provisional desde 1999. En la actualidad, los artículos 81 a 85 del Reglamento 1/2005 de los Aspectos accesorios de las Actuaciones Judiciales aprobado por el Acuerdo del Pleno del CGPJ de 15 de septiembre de 2005<sup>42</sup> contienen el régimen aplicable a la RED Española.

Desde sus inicios, la RED Española estuvo integrada por 62 magistrados distribuidos por todo el territorio nacional y agrupados en dos divisiones: civil y penal. El Servicio de Relaciones Internacionales del CGPJ es responsable de su coordinación y de su adecuado funcionamiento. En particular, por lo que se refiere a su relación con las Redes judiciales de cooperación internacional existentes, los miembros de la RED Española prestan apoyo a los puntos de contacto integrados en las Redes Europeas e Iberoamericana. De este modo, la RED Europea tiene cuatro puntos de contacto en España localizados dos en el CGPJ (un vocal y un Letrado del Consejo) y dos en el Ministerio de Justicia (uno en la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional y otro en la Jefatura de Sección de Auxilio Civil)<sup>43</sup>. A lo que acabamos de decir, deberíamos añadir que todos los miembros de la RED Española son miembros de la RED Europea en materia civil y mercantil en calidad de autoridades judiciales designadas según el artículo d) de la Decisión 2001/470/CE de 28 de mayo de 2001.

Por último, merece destacar la utilidad práctica del Prontuario de Auxilio Judicial internacional<sup>44</sup>, elaborado por el CGPJ, que constituye una guía práctica en materia de cooperación transfronteriza. En esta guía constan, por un lado, los instrumentos normativos sobre cooperación judicial internacional en vigor en España y, por otro lado, la identificación de los puntos de contacto de la RED Europea, de la Red Judicial Europea en materia penal y de la Red

---

<sup>41</sup> En relación a la Red Judicial Española sobre Cooperación Judicial Internacional, el Consejo General del Poder Judicial tiene un sitio internet accesible en: <http://www.poderjudicial.es>. Asimismo, véase, J. FORCADA MIRANDA, op. cit, pp. 139-149.

<sup>42</sup> Boletín Oficial del Estado de 27 de septiembre de 2005.

<sup>43</sup> Por lo que se refiere a la identificación de cada uno de los puntos de contacto, puede consultarse el Prontuario de Auxilio Judicial Internacional elaborado por el CGPJ accesible en: <http://www.poderjudicial.es> (páginas 255 y 256).

<sup>44</sup> Accesible en: <http://www.poderjudicial.es>.

Iberoamericana de Cooperación Judicial en materia civil y penal. De todos ellos aparecen publicados detalladamente todos sus datos para facilitar su contacto. Los referidos datos se revisan y actualizan trimestralmente.

Volviendo la atención a la cuestión de los puntos de contacto de la RED Europea, la Comisión ha destacado que uno de los escollos más inmediatos a superar reside en el hecho de que algunos de los puntos de contacto no están disponibles con carácter exclusivo para la RED Europea. De ahí que su capacidad para desempeñar tareas para la misma sea limitada. Por este motivo, la Comisión recomienda que los puntos de contacto puedan dedicarse plenamente a la RED Europea en aras a favorecer su óptimo funcionamiento.<sup>45</sup>

### A.3) Funcionamiento de la RED Europea <sup>46</sup>

No podríamos concluir la sucinta exposición de la RED Europea sin dedicar unas líneas a su funcionamiento. La Decisión 2001/470/CE de 28 de mayo prevé dos tipos de reuniones: en primer lugar, la que engloba únicamente a los puntos de contacto cuya periodicidad es semestral y, en segundo lugar, las reuniones en las que convergen todos los miembros de la RED Europea a convocatoria de la Comisión cuando lo estime conveniente. En este sentido, el Informe de la Comisión destaca que la participación a las reuniones de los puntos de contacto alcanzó un nivel medio hasta el 2005, que representa un promedio de dos delegados sobre los cuatro posibles<sup>47</sup>.

## **B) Normativa de Derecho comunitario derivado en el ámbito de la cooperación judicial civil<sup>48</sup>**

Al margen de la Decisión 2001/470/CE de 28 de mayo de 2001 por la que se crea la RED Europea, otros instrumentos normativos comunitarios están favoreciendo que la cooperación entre las autoridades judiciales y

---

<sup>45</sup>Informe de la Comisión, SEC(2006) 579, apartado 2.1 y conclusión (1).

<sup>46</sup>El funcionamiento de la RED Europea está contemplado en los artículos 9 a 12 de la Decisión 2001/470/CE de 28 de mayo de 2001.

<sup>47</sup>Informe de la Comisión, SEC(2006) 579, apartado 2.2.

<sup>48</sup>En relación al funcionamiento de la normativa consagrada en los instrumentos normativos comunitarios vinculada a la cooperación judicial internacional puede consultarse el Atlas Judicial Europeo: [http://ec.europa.eu/justice\\_home/judicialatlascivil/html/index\\_es.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/index_es.htm).

administrativas de los Estados miembros sea más estrecha y eficaz. En este sentido, con carácter general, el ya mencionado Consejo Europeo Extraordinario de Tampere, celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999, declaró al principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales extranjeras como piedra angular del sistema de cooperación judicial internacional en materia civil y penal de la Unión Europea. Por consiguiente, en el referido Consejo Europeo Extraordinario quedó constancia de la necesidad de conseguir la supresión de las medidas intermedias para instaurar efectivamente el principio de reconocimiento mutuo<sup>49</sup>. Asimismo, el Consejo Europeo solicitó al Consejo y a la Comisión que adoptaran, a más tardar en diciembre de 2000, un programa de medidas para llevar a la práctica el principio de reconocimiento mutuo.

Respondiendo a tal petición, el Consejo presentó el 30 de noviembre de 2000 el denominado “Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”<sup>50</sup>. Este proyecto estableció una serie de etapas en los trabajos que debían desarrollarse en la Unión Europea con el fin de conseguir la supresión definitiva del exequátur en las siguientes materias<sup>51</sup>: patrimonial, derecho de familia, regímenes matrimoniales, sucesiones y testamentos.

El principio de reconocimiento mutuo empezó a proyectarse sobre ciertos instrumentos normativos relativos al ámbito del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales como, por ejemplo, en el Reglamento nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil<sup>52</sup>; en el Reglamento nº 1346/2000 del Consejo, de 20 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia<sup>53</sup>; en el Reglamento nº 2201/2003

---

<sup>49</sup>Véase, M<sup>a</sup> A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “La supresión del exequátur en el espacio judicial europeo: estado actual de la cuestión”, La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea, Actas de seminarios, Universidad de Sevilla, 2005, p. 30. Asimismo, véase, M. GUZMÁN ZAPATER, “Un elemento federalizador para Europa: el reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales”, Revista de Derecho Comunitario Europeo, 2001, Vol. 10, Año 5, pp. 405-438.

<sup>50</sup>Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 12, de 15 de enero de 2001, p. 2. Sobre el citado Proyecto véase, C. GONZÁLEZ BELFUSS, “El Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”, Revista Española de Derecho Internacional, 2000-2, Vol. LII, pp. 662-668.

<sup>51</sup>M<sup>a</sup> A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, op. cit., p. 30.

<sup>52</sup>Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 12, de 16 de enero de 2001.

<sup>53</sup>Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 160, de 30 de junio de 2000.

del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental por el que se deroga el Reglamento nº 1347/2000<sup>54</sup>; en el Reglamento nº 805/2004 del Consejo y del Parlamento Europeo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados<sup>55</sup> y en el Reglamento nº 1896/2006 del Consejo y del Parlamento Europeo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo<sup>56</sup>.

Por otro lado, la cooperación judicial internacional también se está desarrollando paulatinamente en otros sectores. Así, podríamos destacar, sin ánimo de que la enumeración sea exhaustiva, el sector de la asistencia judicial internacional. En este sector están en vigor los previamente citados: Reglamento nº 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil<sup>57</sup> y el Reglamento nº 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil<sup>58</sup>. Ambos instrumentos normativos vinieron a añadirse, por un lado, a los ya vigentes: Convenio de La Haya relativo a la notificación y traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, de 15 de noviembre de 1965<sup>59</sup> y al Convenio de La Haya relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, de 18 de marzo de 1970 y, por otro lado, a la Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, de 30 de enero de 1975<sup>60</sup>.

---

<sup>54</sup>Diario Oficial de la Unión Europea L 338, de 23 de diciembre de 2003.

<sup>55</sup>Diario Oficial de la Unión Europea L 146, de 30 de abril de 2004.

<sup>56</sup>Diario Oficial de la Unión Europea L 399, de 30 de diciembre de 2006. Téngase en cuenta que la entrada en vigor del referido Reglamento tuvo lugar el 31 de diciembre de 2006. Ahora bien, el mismo resultará aplicable a partir del 12 de diciembre de 2008, y ello a pesar de que sus artículos 28 a 31 resultarán aplicables ya desde el 12 de junio de 2008.

<sup>57</sup> Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 160, de 30 de junio de 2000.

<sup>58</sup>Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 174, de 27 de junio de 2001.

<sup>59</sup>El texto de los Convenios adoptados por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado puede consultarse en el sitio internet de la propia Conferencia: <http://www.hcch.net>.

<sup>60</sup>El texto de los Convenios adoptados por las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho internacional privado es accesible en: [http://www.oas.org/dil/esp/derecho\\_internacional\\_privado.htm](http://www.oas.org/dil/esp/derecho_internacional_privado.htm).

Por último, merece destacarse la Directiva nº 2003/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios<sup>61</sup>.

El común denominador que inspira la normativa comunitaria que acabamos de citar reside no sólo en utilizar mecanismos que aceleren el procedimiento de asistencia judicial internacional sino que además la referida normativa utiliza una serie de formularios normalizados cuya finalidad consiste en agilizar y simplificar dicho procedimiento. Ello porque sólo se requiere que las autoridades competentes en cada caso cumplimenten los referidos formularios con el idioma que, en su caso, cada Estado miembro haya aceptado a tales efectos<sup>62</sup>.

#### **IV. La cooperación judicial en materia civil y la participación del Tribunal de Justicia de las comunidades europeas**

En el presente apartado nos disponemos a abordar la participación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en lo sucesivo, TJCE) como garante de la interpretación uniforme del ordenamiento jurídico comunitario y ello porque resulta imprescindible que la normativa comunitaria sea interpretada y aplicada de manera uniforme por las autoridades judiciales y administrativas de los Estados miembros a los efectos de que la cooperación judicial sea plenamente operativa.

La entrada en vigor del Tratado de Amsterdam también afectó a la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En este sentido, la introducción expresa de un precepto en el Tratado de la CE en el que se atribuya al Alto Tribunal Comunitario competencia interpretativa sobre las disposiciones del Título IV CE (“Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas”), así como sobre la interpretación y la validez de las normas de Derecho derivado adoptadas en virtud de dicho Título, implicó no sólo abandonar la técnica de la elaboración de Protocolos anejos a los Convenios de Derecho complementario dependientes

---

<sup>61</sup>Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 26, de 31 de enero de 2003.

<sup>62</sup>Los formularios que cada uno de los instrumentos normativos requiere a fin de que sean cumplimentados por la autoridad competente son accesibles en el Atlas Judicial Europeo: [http://ec.europa.eu/justice\\_home/judicialatlascivil/html/index\\_es.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/index_es.htm).

de ratificación, sino también, ampliar el ámbito competencial del Tribunal de Justicia por razón de la materia.

Por lo que concierne a la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia, el artículo 68 CE<sup>63</sup> prevé el planteamiento de cuestiones prejudiciales tanto durante el transcurso de un procedimiento judicial (artículo 68.1 CE), como fuera de dicho procedimiento (artículo 68.3 CE).

Respecto de las cuestiones prejudiciales que pueden plantearse durante el transcurso de un procedimiento judicial, son aquellas que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros pueden plantear al Tribunal de Justicia cuando estiman conveniente que, para poder emitir sus fallos, requieren que, con carácter previo, el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre la interpretación de una determinada norma comunitaria. En tal caso, el pronunciamiento del TJCE vinculará no sólo al órgano jurisdiccional que planteó la cuestión prejudicial sino también a los órganos jurisdiccionales de todos los Estados miembros de la Unión Europea<sup>64</sup>.

Por lo que a las cuestiones prejudiciales se refiere, el apartado primero del artículo 68 CE restringe los órganos jurisdiccionales legitimados para plantear tales recursos si lo comparamos con lo previsto por el artículo 234 CE que prevé la competencia prejudicial del TJCE en relación al ordenamiento jurídico comunitario. En efecto, el párrafo primero del artículo 68 CE permite plantear una cuestión prejudicial solamente a los tribunales de los Estados miembros cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso según su derecho interno. Por consiguiente, el artículo 68 CE elimina la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales inferiores puedan plantear cuestiones prejudiciales. Por el contrario, el apartado segundo del artículo 234 CE establece que las instancias

---

<sup>63</sup>Con arreglo al artículo 68 CE: “1. El artículo 234 será de aplicación al presente título en las siguientes circunstancias y condiciones: cuando una cuestión sobre la interpretación del presente título o sobre la validez o la interpretación de actos de las instituciones comunitarias basados en el presente título se plantee en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano jurisdiccional pedirá al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. 2. El Tribunal de Justicia no tendrá en ningún caso competencia alguna sobre las medidas o decisiones adoptadas con arreglo al punto 1 del artículo 62 relativas al mantenimiento del orden público y a la salvaguardia de la seguridad interior. 3. El Consejo, la Comisión o un Estado miembro podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre una cuestión de interpretación del presente título o de actos de las instituciones comunitarias basados en el presente título. El fallo emitido por el Tribunal de Justicia en respuesta a tal petición no se aplicará a sentencias de órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que tengan fuerza de cosa juzgada”.

<sup>64</sup>Sobre la cuestión prejudicial, véase, A. MANGAS MARTÍN, D.J. LIÑÁN NOGUERAS, *op. cit.*, pp. 464-472.

inferiores puedan plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo sobre la interpretación del Tratado de la Comunidad y sobre la interpretación y validez de los actos adoptados por las instituciones comunitarias. Ahora bien, dada la naturaleza de *lex specialis* que el artículo 68 CE reviste, este precepto debería resultar aplicable con prioridad a las cuestiones prejudiciales que tengan por objeto cuestiones vinculadas al ámbito del Derecho internacional privado.

Los motivos por los cuales se restringió la legitimación activa en el marco del artículo 68 CE estriban fundamentalmente en la intención de limitar el planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el TJCE y la necesidad de lograr resoluciones judiciales rápidas<sup>65</sup>.

Contrariamente a lo previsto por el artículo 68 CE, el Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa extiende el sistema previsto por el actual artículo 234 CE también al ámbito de la cooperación judicial en materia civil. De este modo, después de que el artículo 28 prevea la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia, el artículo III-369 establece la legitimación activa. Así, a semejanza de lo previsto en el actual artículo 234 CE, dicho artículo III-369 prevé que puedan someter al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial tanto los órganos nacionales cuyas decisiones sean susceptibles de ulterior recurso, según sus derechos internos, como los órganos nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de posterior recurso. Mientras que en el primer caso, los tribunales gozan de la facultad de plantear el recurso, por el contrario, en el segundo caso, los órganos nacionales están obligados a someter la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.

Como indicamos al comienzo del presente epígrafe, las cuestiones prejudiciales pueden plantearse durante un procedimiento judicial, como acabamos de analizar, o al margen de un litigio. En este segundo caso, el apartado tercero del artículo 68 CE prevé la posibilidad de que el Consejo, la Comisión o los Estados miembros sometan al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial sobre la interpretación del Título IV o de los actos adoptados por las instituciones comunitarias en base al Título IV. En tal caso, como pone de relieve E. PÉREZ

---

<sup>65</sup>En este sentido, véanse, L.N. GONZÁLEZ ALONSO, “La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1998, N. 4, p. 515; N. FENNELLY, “The Area of “Freedom, security and justice” and the European Court of Justice- a personal view”, *International Comparative Law Quarterly*, 2000, Vol. 49, Part 1, p. 4; S. SÁNCHEZ LORENZO, “Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: el reglamento 44/2001” en S. SÁNCHEZ LORENZO, M. MOYA ESCUDERO, (editores), *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 41. Asimismo, en relación a las diferencias entre el artículo 68 CE y el artículo 234 CE véase, J.L. IGLESIAS BUHIGUES, *op. cit.*, pp. 54-56.

VERA, se trataría de una especie de recurso de interpretación “en interés del Derecho comunitario” referido a estas materias<sup>66</sup>. La introducción de este recurso en el articulado del Tratado de Amsterdam obedeció a la necesidad de paliar la limitación de la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia<sup>67</sup>.

## V. Consideraciones finales

Las libertades comunitarias generan un incremento constante e incesante de transacciones transfronterizas así como de relaciones entre nacionales comunitarios que se desplazan a otros Estados miembros cada vez con mayor frecuencia. Ahora bien, para que las referidas libertades comunitarias sean realmente efectivas se precisa de una más estrecha cooperación entre las autoridades judiciales y las administrativas de los Estados miembros.

En este sentido, la actividad legislativa comunitaria está respondiendo a esta sentida necesidad, puesto que su producción no cesa en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil como lo demuestran las diferentes propuestas existentes en este ámbito. Sirvan como ejemplo, la Propuesta de Reglamento en materia de procesos de escasa cuantía y la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

En este contexto, la RED Europea resulta ser un mecanismo especialmente idóneo para cohesionar y reforzar la cooperación entre los órganos judiciales y administrativos de los Estados miembros de la Unión Europea mediante no sólo la resolución de problemas prácticos sino también como mecanismo de ayuda a los efectos de llevar a cabo una interpretación y aplicación uniforme de los instrumentos comunitarios.

En definitiva, una verdadera y eficaz cooperación judicial entre los Estados miembros resulta especialmente necesaria en los procesos transfronterizos para salvaguardar el acceso de los ciudadanos a la justicia y el derecho de los mismos a que los procesos judiciales se desarrollen con las debidas garantías.

---

<sup>66</sup>E. PÉREZ VERA, “El Derecho internacional privado y la Unión Europea”, La Unión Europea ante el siglo XXI: Los retos de Niza, Actas de las XIX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 2001, 2003, p. 182. Asimismo, véanse, L.N. GONZÁLEZ ALONSO, op. cit., pp. 523-527; N. FENNELLY, op. cit., pp. 7-8.

<sup>67</sup>L.N. GONZÁLEZ ALONSO, op. cit., p. 524.

Este motivo justifica que el Proyecto por el que se instituye una Constitución para Europa no recoja el recurso de interpretación en interés de Derecho, puesto que el citado Proyecto no limita la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia al prever la legitimación activa de los órganos jurisdiccionales inferiores.

# O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA AOS 20 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL:

Notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal

## **Ingo Wolfgang Sarlet**

Doutor em Direito (Munique). Estudos em nível de Pós-Doutorado em Munique (Universidade de Munique e Instituto Max-Planck de Direito Social Estrangeiro e Internacional, como bolsista DAAD e Max-Planck) e Washington DC (Georgetown Center).

Professor Titular da Faculdade de Direito e do Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS. Professor do Doutorado em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha). Professor de Direito Constitucional e Teoria dos Direitos Fundamentais na Escola Superior da Magistratura (AJURIS). Juiz de Direito no RS.

## **Observações preliminares**

A inserção do direito à moradia no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 (doravante apenas referida como CF), além de algumas alterações na esfera legislativa – como dá conta, em especial, a edição do assim designado estatuto das cidades – foi sucedida por um número significativo de demandas e decisões judiciais invocando o direito à moradia, na sua condição de direito

---

<sup>1</sup>Na elaboração do presente artigo, utilizamos parte substancial de trabalhos anteriores de nossa autoria, cuidando-se, em especial, de uma revisão, atualização e ampliação significativa de artigo versando especificamente sobre a discussão em torno da penhora do imóvel do fiador, à luz da decisão do STF sobre o tema, ainda no prelo (Revista da AJURIS), mas que aqui foi aprofundada, além de vinculada a outras hipóteses que dizem respeito ao direito à moradia.

fundamental social. Assim, se mesmo antes da recepção expressa do direito à moradia este já era tido, por alguns representantes na doutrina e mesmo na esfera jurisprudencial, como implicitamente contemplado pela CF (embora já expressamente consagrado em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil), após sua incorporação ao texto do artigo 6º passou a não ser mais possível refutar a consagração deste direito fundamental e, portanto, passou a ser cogente (pelo menos, assim o deveria ser!) a consideração das conseqüências jurídicas de tal reconhecimento. Todavia, tal não significa dizer que a respeito de tais conseqüências jurídicas não se verifiquem uma série de controvérsias, que principiam já pela discussão em torno da própria fundamentalidade do direito à moradia, passando, além disso, pelo debate em torno do seu conteúdo e significado, especialmente, contudo, no que diz com sua possível eficácia e efetividade.

Dentre as aplicações correntes do direito à moradia, seja na esfera do direito internacional, seja na esfera jurídico-constitucional interna dos Estados, destaca-se a sua assim designada dimensão negativa, que diz com a tutela da moradia em face de ingerências oriundas do Estado ou de particulares. Nesta perspectiva e considerando de modo especial a experiência brasileira mais recente, acabou assumindo uma posição de destaque a discussão em torno da proteção da propriedade que serve de moradia ao seu titular ou para algum familiar. Com efeito, após uma série de decisões judiciais - inclusive do Superior Tribunal de Justiça (STJ) - vedando a penhora do imóvel utilizado para fins de moradia por parte do devedor em diversas hipóteses, o Supremo Tribunal Federal (STF) acabou por reconhecer, por ora no âmbito do controle incidental, a constitucionalidade da previsão legal que permite a penhora do imóvel residencial do fiador de contrato de locação. Tal decisão – ainda mais se lhe for outorgada eficácia *erga omnes* e efeito vinculante – diz respeito a um número expressivo de situações concretas e a vida de inúmeras pessoas, sem falar na sua conexão com casos semelhantes, como ocorre com a previsão legal da penhora em se cuidando de dívidas condominiais, assim como nos casos de execuções promovidas pela fazenda pública, dentre outros. Da mesma forma, a depender da força persuasiva da decisão e das suas razões subjacentes, mesmo em outras situações envolvendo a proteção da moradia poderemos vir a experimentar alguns reflexos importantes, sem que aqui nos estejamos a posicionar (ainda!) sobre as possíveis virtudes ou defeitos da decisão ora referida, bem como de algumas outras hipóteses envolvendo o direito à moradia

no Brasil. Certo é que a que a problemática específica (penhora do imóvel residencial) ora referida em caráter exemplificativo, se insere no contexto mais amplo dos deveres de proteção (não exclusivamente estatais) no âmbito do direito à moradia, dizendo respeito também a todas as outras possibilidades vinculadas à condição do direito à moradia como direito de defesa (negativo), como é o caso da proteção da moradia contra despejos arbitrários ou qualquer outro modo de violação do direito à moradia por ação ou mesmo omissão.

Na esteira dessas considerações, descortina-se já o nosso propósito de focar o direito (fundamental!) à moradia na ordem constitucional brasileira, designadamente na sua condição de direito negativo (defesa), com o que não se está a refutar nem a existência de uma dimensão positiva (prestacional) nem a sua relevância para a própria dimensão negativa (o dever de proteção estatal implica medidas positivas de cunho fático e normativo), mas apenas estabelecendo uma delimitação do objeto de nossa abordagem. Aliás, mesmo naquilo em que a moradia atua como direito negativo qualquer pretensão de completude da abordagem seria fadada à frustração, ainda mais levando em conta os limites espaciais do presente artigo. Assim, o que se pretende é acima de tudo revisitar o tema<sup>2</sup> para efeitos de, no plano da dimensão negativa e à luz de alguns exemplos, embora com ênfase na avaliação crítica da referida decisão do STF sobre a penhorabilidade do imóvel do fiador, analisar a possível eficácia e efetividade do direito à moradia como direito fundamental (em sentido formal e material) no Brasil. Para que isto seja possível, iniciaremos com a caracterização do direito à moradia como um direito fundamental, especialmente abordando o seu conteúdo e a sua assim designada dupla dimensão (ou função) negativa e positiva. Na seqüência, explorando já a condição do direito à moradia como direito negativo (ou de defesa), que constitui a preocupação central do presente estudo, passaremos a avaliar criticamente a questão da proteção da moradia contra a penhora tal qual enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal e algumas outras questões correlatas. Além disso, antes de iniciarmos o estudo propriamente dito, vale consignar que o acesso à moradia, ainda mais uma moradia compatível com

---

<sup>2</sup>V. o nosso “O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia”, in: MELLO, Celso D. de; TORRES, Ricardo Lobo (Dir.), Arquivos de Direitos Humanos vol. 4, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 137-193, onde também abordamos a dimensão positiva (prestacional) e outras questões vinculadas ao direito à moradia e aos direitos sociais em geral.

as exigências da dignidade da pessoa humana, segue constituindo um dos problemas mais relevantes a serem superados em termos de efetividade dos direitos sociais, seja no Brasil, seja em tantos outros Países marcados pela desigualdade. A considerar os rumos da doutrina e jurisprudência entre nós, nada mais oportuno do que avaliar, à luz dos desenvolvimentos mais recentes, pelo menos alguns dos aspectos jurídico-constitucionais que dizem respeito à tutela da moradia nestes vinte anos de vigência de nossa atual Constituição, no mínimo com o intuito de contribuir para o debate.

### **Breves notas sobre o direito à moradia como direito fundamental**

Muito embora o direito à moradia tenha sido incluído (expressamente) no rol dos direitos fundamentais sociais (art. 6º, da CF) por meio de emenda constitucional (EC nº 26, de 2000)<sup>3</sup>, sua condição de direito fundamental, a despeito de alguma doutrina que refuta a fundamentalidade dos direitos sociais, tem sido amplamente reconhecida na doutrina e na jurisprudência. O próprio Supremo Tribunal Federal, a despeito de ter, por maioria, chancelado a legitimidade constitucional da penhora do imóvel residencial do fiador<sup>4</sup> (decisão que será objeto de uma avaliação crítica logo adiante), reafirmou, em termos gerais, ser a moradia direito fundamental da pessoa humana. Por outro lado, mesmo que não se pretenda aqui aprofundar a questão, há que enfatizar que a defesa intransigente da fundamentalidade de todos os direitos e garantias contidos no Título II da Constituição Brasileira, sem prejuízo da existência de outros direitos fundamentais, seja decorrentes do regime e dos princípios (portanto, direitos expressa e implicitamente consagrados na Constituição, ainda que em outras partes de seu texto) e constantes dos

---

<sup>3</sup>O fato de a inclusão do direito à moradia no âmbito dos direitos sociais ter ocorrido por emenda constitucional apenas no ano 2000 não significa, contudo, que a moradia não tenha recebido já alguma tutela direta na Constituição e que, além disso, não poderia já ser considerada como direito fundamental social pelo menos implicitamente positivado. Neste sentido, v. o nosso já referido “O Direito Fundamental à Moradia na Constituição...”, p. 150 e ss. A respeito do histórico do direito à moradia na ordem jurídica brasileira, v. também INÁCIO, Gilson Luiz. *Direito Social à Moradia & Efetividade do Processo. Contratos do Sistema Financeiro de Habitação*, Curitiba: Juruá, 2002, p.38 e ss.; SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à Moradia e de Habitação. Análise Comparativa e Suas Implicações Teóricas e Práticas com os Direitos de Personalidade*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 104 e ss.; AINA, Eliane Maria Barreiros. *O Fiador e o Direito à Moradia*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 84 e ss. e, mais recentemente, GODOY, Luciano de Souza. *O Direito à Moradia e o Contrato de Mútuo Imobiliário*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 37 e ss.

<sup>4</sup>RE 407.688-8, Relator Ministro Cezar Peluso.

tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, tudo a teor do disposto no artigo 5º, § 2º da nossa Constituição.

Embora se saiba (pelo menos é a nossa convicção) que nem todos os direitos e garantias fundamentais expressamente anunciados no elenco do Título II de nossa Constituição encontram seu fundamento direto no princípio da dignidade da pessoa humana, e que, de qualquer modo (mesmo que haja uma conexão direta com a dignidade da pessoa), diversa a intensidade do vínculo entre dignidade e direitos fundamentais<sup>5</sup>, já que distinto o âmbito de proteção de cada direito em espécie, não poderíamos, por outro lado, deixar de reconhecer que é na dignidade da pessoa humana que reside o fundamento primeiro e principal e, de modo particular, o alicerce de um conceito material dos direitos fundamentais, o que evidentemente também se aplica aos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais em geral, bem como ao direito à moradia em particular.

Tais ponderações já deveriam, por si só, afastar qualquer leitura reducionista, designadamente naquilo em que – equivocadamente – se afirma que sustentamos uma concepção estritamente formal de direitos fundamentais. Em primeiro lugar, afirmar que são fundamentais<sup>6</sup> todos direitos expressamente consagrados na Constituição com o rótulo de fundamentais não significa que não haja outros direitos fundamentais, até mesmo pelo fato de que se deve levar a sério a já referida cláusula de abertura (na condição de norma geral inclusiva<sup>7</sup>) contida no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal. Vale lembrar, nesta mesma perspectiva, que sempre – mesmo antes da inclusão do polêmico § 3º no artigo 5º da Constituição – defendemos, acompanhando a melhor doutrina, a hierarquia constitucional e a fundamentalidade (neste caso material, vez que não incorporados ao texto constitucional) dos direitos humanos consagrados nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil. A sustentação da fundamentalidade de todos os direitos

---

5V. por todos, ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 79 e ss. Entre nós, enfatizando a ausência de uma fundamentação direta na dignidade da pessoa humana de todos os direitos consagrados na Constituição de 1988, v., em especial, o nosso Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988, 5ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 79 e ss.

<sup>6</sup>Pelo menos esta a leitura da nossa obra, seguramente inadequada, realizada por MAURÍCIO JUNIOR, Alceu, “Direitos Prestacionais, Concepções de Direitos Fundamentais e Modelos de Estado”, in: MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Dir.), Arquivos de Direitos Humanos vol. 7, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 4 e ss.

<sup>7</sup>Como bem lembra FREITAS, Juarez. A Interpretação Sistemática do Direito, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 206 e ss..

assim designados no texto constitucional (que alcança todo o Título II e, portanto, os direitos sociais do artigo 6º e os direitos dos trabalhadores), por sua vez, implica reconhecer pelo menos a presunção em favor da fundamentalidade também material desses direitos e garantias, ainda que possamos ter, a depender da orientação ideológica ou concepção filosófica professada, razões para questionar tal fundamentalidade. Mesmo para os direitos do Título II (que, reitera-se, não excluem outros, tanto fundamentais em sentido formal e material, quanto fundamentais em sentido apenas material) a posição adotada não está dissociada de critérios de ordem material, já que sem dúvida se cuida de posições que já de partida receberam no momento do pacto constitucional fundamente a proteção e força normativa reforçada peculiar dos direitos fundamentais pela relevância de tais bens jurídicos na perspectiva dos “pais” da Constituição (o que, aliás, aponta para uma legitimação também democrática!<sup>8</sup>), decisão esta que não pode pura e simplesmente ser desconsiderada pelos que (na condição de poderes constituídos!) devem assegurar a esses direitos sua eficácia e efetividade.

Aliás, não sendo o caso de aprofundar o debate, mas sim, espalhando eventuais dúvidas, enfatizar a nossa posição a respeito do tema, verifica-se que justamente o caso específico do direito à moradia, que não tinha sido como tal diretamente previsto no artigo 6º, demonstra inequivocamente que – justamente em função de parâmetros de ordem substantiva – estamos diante de um direito fundamental, ainda que se possa controverter a respeito de sua amplitude.

---

<sup>8</sup>Discutindo, ainda que não exatamente sob este ângulo, a questão da fundamentação dos direitos sociais como direitos fundamentais pelo prisma democrático (no caso, democrático-deliberativo) v., dentre outros, NETO SOUZA, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*. Um estudo sobre o papel do Direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.225 e ss., sustentando que os direitos sociais são (especialmente no campo do mínimo existencial) condições fundamentais para a democracia. Nesta mesma linha de abordagem (embora uma série de divergências entre o pensamento dos autores referidos e entre esses e a nossa concepção) v., ainda, entre outros, a recente e indispensável coletânea de CATONNI, Marcelo (Org). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2006 e, por último, a instigante contribuição de CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica Jurídica e(m) Debate*. O constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, especialmente o capítulo 7, onde é discutida a questão dos direitos sociais. Como contraponto, professando uma concepção de cunho mais substancialista (adotando aqui a terminologia mais habitual) v. o referencial trabalho de STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, Rio de Janeiro: Forense, 2004 (especialmente capítulos Ia V) e, do mesmo autor, *Verdade e Consenso*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, assim como SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004. Embora a nossa resistência às abordagens de cunho prevalentemente procedimental, ainda mais quando fundadas na teoria discursiva de Habermas (o que não temos condições de desenvolver aqui), não há como desconsiderar a relevância da discussão e a qualidade da doutrina produzida no Brasil nos últimos anos a respeito do tema, contribuindo para uma qualificação substancial do debate sobre a legitimidade e fundamentação dos direitos fundamentais e da própria ordem constitucional, a atuação do Poder Judiciário na defesa da Constituição e dos direitos fundamentais, entre outros temas que têm integrado a pauta acadêmica.

Com efeito, se as assim designadas “liberdades sociais” – com destaque para os direitos de greve e liberdade de associação sindical – assumiram e seguem exercendo papel relevante na contenção do exercício do poder econômico na esfera das relações sociais, os direitos fundamentais sociais em geral, notadamente na sua condição de direitos a prestações, objetivam, em primeira linha, uma compensação das desigualdades fáticas de modo a assegurar a proteção da pessoa (de qualquer pessoa) contra as necessidades de ordem material, garantindo uma existência com dignidade<sup>9</sup>. Por outro lado, útil lembrar que a intensidade da vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos sociais é diretamente proporcional em relação à importância destes para a efetiva fruição de uma vida com dignidade, o que, por sua vez, não afasta a constatação elementar de que as condições de vida e os requisitos para uma vida com dignidade constituam dados variáveis de acordo com cada sociedade e em cada época<sup>10</sup>.

<sup>9</sup>Cf. dentre outros, HÖFLING, Wolfram. “Anmerkungen zu Art. 1 Abs. 3 Grundgesetz”. In: SACHS, Michael (Org.). *Grundgesetz-Kommentar*. München: C.H. Beck, 1996, p. 109-110. assim como MAUNZ, Theodor & ZIPPELIUS, Reinhold. *Deutsches Staatsrecht*. 29ª ed. München: C.H. Beck, 1994, p. 182. Na França, a íntima ligação entre os direitos sociais e a dignidade da pessoa encontra-se referida por PAVIA, Marie-Luce. “Le Principe de Dignité de la Personne Humaine: um Nouveau Principe Constitutionnel”. In: CABRILLAC, Rémy, ROCHE-FRISON, Marie-Aenne & REVET, Thierry. *Droits et Libertés Fondamenteaux*. 4ª ed. Paris: Dalloz, 1997, p. 109-110, valendo-se do exemplo de um direito fundamental à moradia, a partir do reconhecimento da moradia como objetivo e valor de matriz constitucional pelo Conselho Constitucional. Também na Bélgica, sustenta-se que o direito a uma existência com dignidade implica o reconhecimento de um direito aos meios de subsistência mínimos, especialmente no âmbito da assistência social. Neste sentido, v. DELPÉRÉE, Francis. “O Direito à Dignidade Humana”. In: BARROS, Sérgio R. & ZILVETI, Fernando A. (Coord.). *Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 156 e seguintes. Assim também, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, cit., v. 4, p. 186 (ao menos é o que se infere da referência a diversos direitos sociais). Entre nós, v., dentre tantos, o nosso A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 8ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 329 e ss., assim como o pioneiro trabalho de TORRES, Ricardo Lobo. “O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais”, in: *Revista de Direito Administrativo*, nº 177, 1989, p. 20-49 (apontando-se aqui a existência de desenvolvimentos posteriores), NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. “O Direito Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana”. *Revista de Direito Administrativo* 219: 247, 2000, BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: Uma Reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático”, in: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, especialmente p. 308 e ss. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo, *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, todos apontando a vinculação do mínimo existencial com a dignidade da pessoa humana, ainda que existam variações importantes sobre a fundamentação, conteúdo e eficácia do assim designado mínimo existencial que podem ser encontradas tanto nos autores referidos em caráter ilustrativo quanto nos demais que têm dado atenção ao tema.

<sup>10</sup>Cf. a oportuna menção de MODERNE, Frank. “La Dignité de la Personne Comme Principe Constitutionnel dans les Constitutions Portugaise et Française”. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas Constitucionais – nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Ed., 1997, v. 1, p. 220.

No caso do direito à moradia, a íntima e indissociável vinculação com a dignidade da pessoa humana resulta inequívoca pelo menos no âmbito daquilo que se tem designado de um direito às condições materiais mínimas para uma existência digna e na medida em que a moradia cumpre esta função. Nesta perspectiva, talvez seja ao direito à moradia - bem mais do que ao direito de propriedade - que melhor se ajusta a conhecida frase de Hegel, ao sustentar - numa tradução livre - que a propriedade constitui (também) o espaço de liberdade da pessoa (*Sphäre ihrer Freiheit*)<sup>11</sup>. De fato, sem um lugar adequado para proteger a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, a depender das circunstâncias, por vezes não terá sequer assegurado o direito à própria existência física, e, portanto, o seu direito à vida. Aliás, não é por outra razão que o direito à moradia, tem sido incluído até mesmo no elenco dos assim designados direitos de subsistência, como expressão mínima do próprio direito à vida<sup>12</sup> e, nesta perspectiva (bem como em função de sua vinculação com a dignidade da pessoa humana) é sustentada a sua inclusão no rol dos direitos de personalidade<sup>13</sup>.

A reforçar esta linha de pensamento, relembra-se também aqui a lição de José Reinaldo de Lima Lopes, no sentido de que o direito à moradia inclui o direito de ocupar um lugar no espaço, assim como o direito às condições que tornam este espaço um local de moradia, de tal sorte que morar, de acordo com a correta acepção do autor, constitui um existencial humano<sup>14</sup>. Assim, o que se está a enfatizar, ao fim e ao cabo, é a direta vinculação do direito à

---

<sup>11</sup>Cf. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Frankfurt: Suhrkamp, 1991, v. 7, p. 102.

<sup>12</sup>Cf. CUNHA, Sérgio Sérvulo da. "Direito à Moradia". *Revista de Informação Legislativa* 127: 49, 1995. Também VIANA, Rui Geraldo Camargo. "O Direito à Moradia". *Revista de Direito Privado*, abril/junho 2000, p. 9, destaca a vinculação do direito à moradia com o direito à vida e uma existência digna. Registre-se, ainda quanto a este ponto, que também pelo prisma do direito internacional, o que decorre inclusive de previsão expressa do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, incorporado pelo Brasil em 1992, o direito à moradia, assim como o direito à alimentação, integra o direito a um adequado padrão de vida. Neste sentido, dentre tantos, CRAVEN, Matthew. *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – A Perspective on its Development*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 330.

<sup>13</sup>Neste sentido, destacando a vinculação com os direitos de personalidade, v., entre nós, em especial SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de, op. cit., p. 145 e ss., e, mais recentemente, também GODOY, Luciano de Souza, op. cit., p. 48 e ss.

moradia com a assim designada garantia (e direito) a um mínimo existencial, bem como com o que se tem chamado de um conteúdo existencial de outros direitos fundamentais<sup>15</sup>, como é o caso inclusive (a depender das circunstâncias) do direito de propriedade, assim como do direito à propriedade<sup>16</sup>.

Importa notar, ainda, que mesmo dentre os que, pelo menos em termos gerais, questionam a própria fundamentalidade dos direitos sociais, há quem admita o caráter fundamental (e, como tal, juridicamente exigível) de um direito à moradia, designadamente naquilo em que integra um direito às condições mínimas para uma existência humana digna, destacando-se, entre nós, o magistério de Ricardo Lobo Torres<sup>17</sup>. De qualquer sorte, não sendo o nosso intuito aprofundar a discussão a respeito da fundamentalidade dos direitos sociais, reafirmamos nossas ponderações anteriores no sentido de que, a exemplo dos demais direitos sociais expressa e implicitamente consagrados

---

<sup>14</sup>Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. “Cidadania e Propriedade: Perspectiva Histórica do Direito à Moradia”. Revista de Direito Alternativo, 1993, p. 121, igualmente sinalando a direta conexão do direito à moradia com o direito à vida (p. 133).

<sup>15</sup>Sobre o tema, v., dentre outros, o nosso A Eficácia dos Direitos Fundamentais, p. 329 e ss. No que diz respeito à consideração do direito à moradia como sendo vinculado a uma garantia do mínimo existencial, não se irá aqui desenvolver as diversas possibilidades de fundamentação deste mínimo existencial e nem a sua conexão com as diversas teorias sobre as necessidades da pessoa humana, que também podem servir de fundamento para um direito à moradia. A respeito destas questões, v., por exemplo, PISARELLO, Gerardo. Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible, Barcelona: Içaria, 2003, p. 23 e ss. Entre nós, no que diz com o direito à moradia e explorando esta senda (designadamente a conexão com uma teoria das necessidades), confira-se especialmente ALFONSIN, Jacques Távora. O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos e fundamentais à alimentação e à moradia, Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003.

<sup>16</sup>Cf., por todos, FACHIN, Luiz Edson. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>17</sup>Cf. TORRES, Ricardo Lobo. “O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais”. Revista de Direito Administrativo 177: 29, 1989, que, em paradigmático e pioneiro estudo sobre o mínimo existencial, destaca que este carece de um conteúdo específico, já que pode abranger qualquer direito, ainda que não originariamente fundamental, desde que considerado em sua dimensão essencial e inalienável. Não obstante neste primeiro estudo o ilustre doutrinador Fluminense não tenha feito menção expressa ao direito à moradia como exemplo de direito fundamental, tal veio a ocorrer, recentemente, em outro texto de crucial relevância para a discussão da problemática dos direitos fundamentais, admitindo que no concernente aos indigentes e às pessoas sem-teto a moradia é direito fundamental, integrando-se ao mínimo existencial e tornando obrigatória até mesmo a sua prestação pelo Estado (cf. TORRES, Ricardo Lobo. “A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos”. In: TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 289). Por outro lado, nem todos os autores incluem (pelo menos não explicitamente e como dimensão autônoma) a moradia no âmbito do mínimo existencial, como é o caso, entre nós, de BARCELLOS, Ana Paula de., A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais..., p. 289 e ss., embora a autora, ao sustentar a necessidade de uma assistência aos desamparados como concretização do mínimo existencial, ali tenha incluído a oferta pelo Estado de abrigos para passar a noite, o que em parte (mas apenas em parte!) contempla as exigências de um direito à moradia numa perspectiva mais alargada do que seja um mínimo existencial.

na Constituição, o direito à moradia comunga do pleno estatuto jurídico-constitucional dos direitos fundamentais, ou seja, integra o elenco dos limites materiais à reforma constitucional e, na condição de norma de direito fundamental, é sempre diretamente aplicáveis, a teor do que dispõe o artigo 5º, parágrafo 1º, da CF, muito embora se possa discutir a respeito das exatas dimensões de sua eficácia e efetividade<sup>18</sup>, o que precisamente irá ser objeto da nossa atenção nos próximos segmentos.

### **O direito à moradia como complexo heterogêneo de direitos (e deveres) negativos e positivos**

Ainda que se possa estabelecer, a depender dos critérios adotados, uma distinção entre o direito à moradia e o direito à habitação<sup>19</sup>, e iniciando a abordagem com algumas anotações sobre a questão terminológica, verifica-se que a nossa Constituição, ao referir-se ao direito à moradia no artigo 6º, o fez de forma genérica (que será também aqui seguida), desacompanhado de qualquer adjetivo. Tendo em conta a previsão, na esfera dos tratados internacionais, de um direito à moradia adequada (a exemplo do que ocorre com o Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, de 1966), ou mesmo, como é o caso da Constituição da Bélgica, de um direito a uma moradia decente, entre outros muitos exemplos que poderiam ser colacionados, a ausência de qualquer adjetivação não autoriza que o direito à moradia tenha o seu conteúdo esvaziado, no sentido daquilo que se tem designado de um mínimo vital (ou meramente fisiológico), portanto, situado aquém das exigências da dignidade da pessoa humana e do correspondente mínimo existencial. De qualquer modo, convém levar em consideração que a adjetivação tem o mérito inquestionável de afastar interpretações demasiadamente restritivas, que possam vir a reduzir excessivamente o objeto do direito à moradia ou (o que poderia dar no mesmo) deixá-lo na completa dependência do legislador infraconstitucional.

Na definição do conteúdo do direito à moradia, cumpre, ainda em caráter preliminar, traçar (dentre outras diferenciações possíveis) a sua distinção em

---

<sup>18</sup>Para maiores desenvolvimentos v. o nosso já citado *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 88 e ss.

<sup>19</sup>Neste sentido v. especialmente SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes. *Direito à Moradia e de Habitação*, cit. p. 141 e ss., destacando a vinculação entre ambos os institutos e, em termos gerais, compreendendo o direito de habitação (como o direito real de habitação, por exemplo) como uma possibilidade específica de assegurar a moradia, que assume contornos mais amplos.

relação ao direito de propriedade e ao direito à propriedade. Muito embora a evidência de que a propriedade possa servir também de moradia ao seu titular e que, além disso, a moradia acaba, por disposição constitucional expressa – e em determinadas circunstâncias - assumindo a condição de pressuposto para a aquisição do domínio (como no caso do usucapião especial constitucional urbano e rural), atuando, ainda, como elemento indicativo da aplicação da função social da propriedade, o direito à moradia – convém frisá-lo - é direito fundamental autônomo, com âmbito de proteção e objeto próprios, o que não elide a sua maior ou menor vinculação com outros bens (e correspondentes direitos e deveres) fundamentais. Ademais, adiantando já aspectos da discussão a ser travada na última parte, onde será examinada, entre outras, especialmente a questão da penhora do imóvel que serve de moradia ao fiador, a conexão com o direito a uma existência digna implica (como se irá desenvolver mais adiante) que em diversas situações o direito à moradia ocupe uma posição preferencial em relação ao direito de propriedade ou mesmo outros direitos. No mínimo há que admitir como justificadas uma série de restrições ao direito de propriedade, que, de resto (de acordo com previsão constitucional expressa!) encontra-se limitado pela sua função social, de tal sorte que já de há muito expressiva doutrina sustenta que apenas a propriedade socialmente útil é tutelada constitucionalmente<sup>20</sup>, o que evidentemente (especialmente naquilo em que estaria completamente afastada a tutela da propriedade que não cumpre uma determinada função social) é altamente controverso e não poderá aqui ser mais desenvolvido.

De outra parte, é preciso considerar, ainda mais levando em conta o direito constitucional positivo brasileiro, que se é verdade que mesmo sem a propriedade sobre um bem imóvel a pessoa, por si só, não estará necessariamente privada de

---

<sup>20</sup>Entre nós, vale lembrar a lição do saudoso Professor e Desembargador Gaúcho RUY RUBEN RUSCHEL, *Direito Constitucional em Tempos de Crise*, Porto Alegre: Sagra-Luzzatto, 1997, p. 145-155, alertando para a necessidade de uma releitura (à luz da Constituição e do princípio da função social da posse da propriedade) do art. 524 do Código Civil (de 1916) e da própria definição de posse, sustentando a necessidade do uso e gozo do bem secundum beneficium societatis. Também adotando esta linha de entendimento, convém lembrar, entre outros, os preciosos ensinamentos de FACHIN, Luiz Edson. “Novas Limitações ao Direito de Propriedade: do Espaço Privado à Função Social”. *Revista de Direito da Universidade de Santa Catarina* 11: 33-46, 1999; TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999; ARONNE, Ricardo. *Por uma Nova Hermenêutica dos Direitos Reais Limitados: das Raízes aos Fundamentos Contemporâneos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, todos convergindo no sentido de uma necessária interpretação dos institutos jurídicos sobre a posse e propriedade à luz da Constituição, da dignidade da pessoa e dos direitos fundamentais.

uma vida digna, o que, por outro lado, inevitavelmente ocorrerá em não dispor de uma moradia com padrões compatíveis com uma vida saudável, tal não significa que o direito de propriedade não assuma a condição de direito fundamental. Pelo menos não se poderá desconsiderar, a exemplo do que tem enfatizado Luiz Edson Fachin, que a propriedade, quando conectada com as exigências de uma vida digna, acaba sendo merecedora de uma tutela na medida em que cumpre precisamente uma função existencial e não meramente patrimonial<sup>21</sup>. Tal enfoque, em verdade, acaba por remeter-nos novamente à discussão em torno do caráter fundamental do direito de propriedade, que, visto sob prisma eminentemente patrimonial, poderia ser – como há quem sugira – considerado direito fundamental em sentido apenas formal<sup>22</sup>. De qualquer sorte, independentemente da discussão a respeito de qual a extensão da tutela jurídico-constitucional da propriedade, não se poderá olvidar aqui a necessidade de levar a sério a concepção constitucional de direitos fundamentais vigente, que, como já apontado anteriormente, contempla todos (mas não apenas estes) os direitos e garantias do Título II.

Estabelecidas estas primeiras diretrizes, verifica-se que, especialmente em função do silêncio da nossa Constituição no que diz com uma definição direta e mínima do conteúdo do direito à moradia, há que construir tal definição a partir de outros parâmetros normativos contidos na própria Constituição e extraídos de outras fontes normativas, de tal sorte que também para este feito assumem lugar de destaque as disposições contidas nos diversos tratados e documentos internacionais firmados pelo Brasil e já incorporados ao direito interno. Com efeito, naquilo em que versam sobre direitos fundamentais da pessoa humana, os tratados internacionais – pelo menos de acordo com a doutrina majoritária – possuem hierarquia constitucional, na condição de

---

<sup>21</sup> Cf. a notável contribuição de FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>22</sup> A respeito de uma possível distinção entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais, v. a interessante contribuição de FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantias. La Ley del más Débil*. Madrid: Ed. Trotta, 1999, p. 45-50. Desde logo, para não quedarmos omissos, destacamos que - compreendida pela perspectiva de seu conteúdo socialmente útil e de sua possível dimensão existencial - a propriedade constitui direito fundamental na sua dupla vertente formal e material, não apresentando necessariamente caráter exclusivamente patrimonial. De qualquer modo, considerando a ausência de hierarquia formal entre as normas constitucionais e tendo em conta a conhecida e prestigiada tese de JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. II<sup>2ª</sup> ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 40 e ss., no sentido de que, pelo menos em princípio, as normas constitucionais em sentido formal são também materialmente constitucionais, de tal sorte que eventual decisão em prol da relativização da propriedade, deverá ocorrer mediante uma cuidadosa ponderação de bens e levar em conta a maior ou menor conexão da propriedade com outros valores essenciais, notadamente, com a dignidade da pessoa humana.

direitos fundamentais pelo menos (naquilo que não contemplados no texto constitucional) em sentido material, integrando aquilo que se costuma também denominar – com inspiração na tradição jurídico-constitucional francesa - de um bloco de constitucionalidade<sup>23</sup>. Mesmo que assim não fosse, pelo menos – o que já seria de extrema utilidade em diversas circunstâncias – os tratados de direitos humanos devidamente incorporados são equivalentes à legislação ordinária federal e como tal devem ser aplicados.

Além disso, em face da sua íntima conexão com a dignidade da pessoa humana e o próprio direito à vida, verifica-se, desde logo, que na identificação (construção) do conteúdo de um direito à moradia, há que considerar os parâmetros mínimos indispensáveis para uma vida saudável, nos termos das exigências postas pela Organização Mundial da Saúde, no sentido de um completo bem-estar físico, mental e social, já que uma vida com dignidade em hipótese alguma poderá ser menos do que uma vida com saúde, à evidência não restrita à mera existência e sobrevivência física<sup>24</sup>. O que se constata, portanto, é que o conteúdo do direito à moradia (em outras palavras, o seu âmbito de proteção ou de aplicação) há de ser identificado também mediante uma interpretação simultaneamente tópica e sistemática<sup>25</sup>, que, além de observar a necessidade de um diálogo entre as diversas fontes do Direito (interno e internacional<sup>26</sup>) dialogue com os diversos direitos e deveres fundamentais que

---

<sup>23</sup>Cf., por todos, PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 43 e ss.

<sup>24</sup>Tal entendimento guarda coerência com a conceituação da dignidade da pessoa humana por nós apresentada em trabalho anterior, sustentando que “a dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.” (Cf. o nosso *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.*, 5ª ed., p. 62).

<sup>25</sup>Sobre o tema, remetemos ao já clássico FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

<sup>26</sup>Também ao direito à moradia, como de resto a todos os direitos humanos e fundamentais, aplica-se, portanto, a noção da observância necessária de uma juridicidade em rede, marcada por uma interpenetração normativa crescente e cada vez mais inclusiva das normas internacionais, mas também do recurso ao direito comparado. Neste sentido, explorando a questão em relação ao direito à saúde, v. a recente manifestação de LOUREIRO, João Carlos. “Direito à (Protecção) da Saúde”, in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 667 e ss.

com ele guardam conexão. É que também o direito à moradia, da mesma forma como ocorre com o direito à saúde e uma série de outros direitos (e bens) fundamentais, embora seja sempre um direito autônomo, encontra-se “marcado por zonas de sobreposição com esferas que são autonomamente protegidas”<sup>27</sup>, como é o caso, dentre outras, da vida, da alimentação, da saúde, da privacidade e intimidade, do meio ambiente e da propriedade, tudo a reforçar a idéia de que o Estado Democrático de Direito contemporâneo deve ser compreendido como sendo sempre um Estado Socioambiental, o que aqui não será explorado.

Neste contexto, complementando e iluminando os critérios já veiculados pelo direito (constitucional, legal e jurisprudencial) interno, há que ter presente os padrões internacionais desenvolvidos e difundidos pela Comissão da ONU para Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, naquilo que enunciam uma série de elementos básicos a serem atendidos em termos de um direito à moradia<sup>28</sup>:

- a) Segurança jurídica para a posse, independentemente de sua natureza e origem, incluindo um conjunto de garantias legais e judiciais contra despejos forçados;
- b) Disponibilidade de infra-estrutura básica para a garantia da saúde, segurança, conforto e nutrição dos titulares do direito (acesso à água potável, energia para o preparo da alimentação, iluminação, saneamento básico, etc.).

---

<sup>27</sup>Cf., novamente, LOUREIRO, João Carlos. “Direito à (protecção) da saúde”, in: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, op. cit., p. 666. Especificamente cuidando da relação entre o direito à moradia e outros direitos humanos e fundamentais v. PISARELLO, Gerardo, op. cit., p. 25 e ss. Entre nós, v. SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de., op. cit., p. 198 e ss., explorando a relação do direito à moradia com os direitos de personalidade.

<sup>28</sup>Tal como disposto no parágrafo 8º do Comentário-Geral nº 4 a respeito de um direito à moradia adequada editado pela Comissão de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU. A síntese ora efetuada foi extraída do relatório elaborado por SACHAR, Rajindar, “The Right to Adequate Housing: The Realization of Economic, Social and Cultural Rights”, p. 17-18, apresentado em 1993 pelo autor, à época relator da ONU para o direito à moradia, para o Comitê de Direitos Humanos da ONU, acessado pela internet no seguinte endereço: <http://www.undp.org/um/habitat/rights/s2-93-15.html>. No âmbito da literatura especializada, confira-se, ainda e de modo especial, PISARELLO, Gerardo, op. cit., p. 81 e ss., aprofundando a problemática do conteúdo normativo do direito à moradia também tendo em conta os parâmetros construídos no âmbito das relatorias especiais da ONU, bem como, mais recentemente, a relação de critérios apresentada por TEDESCHI, Sebastián, “El derecho a la vivienda a diez años de la reforma de la Constitución”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (Org), *Jurisdição e Direitos Fundamentais*, vol. I, tomo II, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 216 e ss., reproduzindo, em termos gerais, a listagem referida acima, mas com importantes comentários e acréscimos.

- c) As despesas com a manutenção da moradia não podem comprometer a satisfação de outras necessidades básicas.
- d) A moradia deve oferecer condições efetivas de habitação, notadamente assegurando a segurança física aos seus ocupantes.
- e) Acesso em condições razoáveis à moradia, especialmente para os portadores de deficiência.
- f) Localização que permita o acesso ao emprego, serviços de saúde, educação e outros serviços sociais essenciais.
- g) A moradia e o modo de sua construção devem respeitar e expressar a identidade e diversidade cultural da população.

Tais diretrizes, que não são exaustivas e que também desafiam uma exegese adequada e contextualizada, desnudam de modo emblemático aquilo que já havia sido anunciado, no sentido de que um direito à moradia digna não pode ser interpretado como sendo apenas um “teto sobre a cabeça” ou “espaço físico” para viver, pressupondo a observância de critérios qualitativos mínimos. Que a efetivação dos padrões estabelecidos pela ordem jurídica internacional reclama, por outro lado, uma exegese afinada com as peculiaridades de cada País e de cada região (já que é na realidade concreta de quem mora e onde se mora que é possível aferir a compatibilidade da moradia com uma existência digna), por sua vez, constitui premissa igualmente já destacada.

De outra parte, resulta evidente a conexão do direito à moradia (na sua dimensão compreensiva e complexa já indiciada) com o que já se tem designado de um direito à cidade, visto que, como bem averba Gerardo Pisarello, quando se abandona o âmbito restrito da unidade habitacional concreta, a vinculação da moradia com seu entorno e com o desenho urbanístico em geral é cogente<sup>29</sup>. Tal premissa, por sua vez, inequivocamente inspirou o legislador brasileiro na elaboração da Lei nº 10.257/2001 (o assim designado *Estatuto da Cidade*) que contempla todo um conjunto de princípios e diretrizes, além de prever uma série de instrumentos específicos, que não apenas objetivam a promoção

---

<sup>29</sup>Cf. PISARELLO, Gerardo, op. cit., p. 84 e ss. Importa registrar que também no Brasil tem crescido o número dos que discutem a noção de um direito (humano e fundamental) à cidade, em especial no que diz respeito à concepção de uma “cidade sustentável”, o que apenas reforça a já apontada necessidade de se ampliar os horizontes e inserir a questão do direito à moradia no contexto mais amplo e afinado com as exigências do conjunto dos direitos humanos e fundamentais, na perspectiva de um Estado Socioambiental de Direito. Dentre os diversos títulos que poderiam ser colacionados e que se inserem nesta perspectiva destacamos aqui a recente coletânea de PRESTES, Vanêsa Buzelato (Org), *Temas de Direito Urbano-Ambiental*, Belo Horizonte: Fórum, 2006.

e tutela da moradia das pessoas individualmente consideradas, mas busca avançar no que diz com uma inserção da moradia no espaço urbano como um todo, na perspectiva de um desenvolvimento sustentável<sup>30</sup>.

Assim, já a partir do exposto e de modo especial considerando o conjunto de obrigações que têm sido vinculadas à tutela e promoção da moradia no plano internacional e nacional, verifica-se também que são múltiplas as formas pelas quais podem os Estados efetiva o direito à moradia, aspecto que guarda conexão com o próximo segmento e que voltará a ser objeto de menção. Portanto, como bem demonstra o elenco de diretrizes que concretizam o conteúdo do direito à moradia, também a este se aplica a noção de que se cuida de um direito fundamental com um todo, de cunho compreensivo, e que, como já de há muito demonstrou Robert Alexy<sup>31</sup>, abrange um conjunto complexo e heterogêneo de posições (direitos e deveres) fundamentais, o que, por sua vez, guarda relação com a já consagrada lição de que o texto (dispositivo=enunciado semântico) não se confunde com a norma e nem esta com os direitos (e deveres) que possa vir a atribuir<sup>32</sup>. Assim, sem que aqui se vá aprofundar este aspecto, importa ter presente que também o direito à moradia abrange um complexo de posições jurídicas, visto exercer simultaneamente a função de direito de defesa e de direito a prestações (de cunho normativo e/ou material) e que, nesta dupla perspectiva, vincula as entidades estatais e, em princípio, também os particulares, sem que se pretenda aqui discutir se a eficácia nas relações entre particulares opera de forma exclusivamente indireta ou se há como aderir (como é o nosso caso e o da maioria da doutrina nacional e ao que parece do próprio Supremo Tribunal Federal) a uma eficácia em princípio direta<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup>Apenas em caráter exemplificativo, considerando já o expressivo número de publicações produzido nos últimos anos, v. ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Org), *Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade. Diretrizes, Instrumentos e Processos de Gestão*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

<sup>31</sup>Cf. ALEXY, Robert, *Teoria de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 240 e ss.

<sup>32</sup>Neste sentido v. novamente ALEXY, Robert. op. cit., p. 47 e ss. (especialmente p. 62 e ss.); entre nós, notadamente no que diz com a distinção entre texto e norma, vale lembrar o já clássico texto de GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Económica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 164 e seguintes, assim como a relevante contribuição de STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 16, que, dialogando com autores como José Joaquim Gomes Canotilho, Friedrich Müller e outros, acabaram influenciando toda a evolução doutrinária brasileira subsequente.

Muito embora se possa controverter a respeito do modo e intensidade desta vinculação (seja em relação aos órgãos estatais, seja em relação a particulares), assim como das possíveis conseqüências jurídicas a serem extraídas a partir de cada manifestação do direito à moradia, o que importa, por ora e para efeitos deste estudo, é que cientes da dupla dimensão negativa e positiva dos direitos fundamentais em geral (e não apenas dos assim designados direitos sociais), tal circunstância não altera o fato (e nem as conseqüências que disso se pode e se deve extrair!) de que na sua condição de direito (subjeto) de defesa o direito à moradia tem por objeto em primeira linha a sua não-afetação por parte do Estado, ao passo que na sua condição de direito a prestações, o direito à moradia terá por objeto a criação e estruturação de órgãos, a edição de normas que estabeleçam procedimentos de tutela e promoção dos direitos, o fornecimento de bens e serviços ou outras ações comissivas<sup>34</sup>.

É também nesta perspectiva que optamos por utilizar a expressão direito à moradia no seu sentido mais amplo possível, abarcando todo o conjunto de posições jurídicas e garantias que – mesmo que tenham alguma autonomia quando considerados individualmente – são todas vinculadas à garantia (positiva e negativa) de uma moradia digna para a pessoa humana. É por essa razão que mesmo que se possa sempre falar genericamente do direito à moradia, este abrange um conjunto de direitos de e à moradia (de tutela e promoção da moradia) ou de direitos habitacionais como também já tem sido referido, com o que não se está a excluir a existência de deveres fundamentais (conexos e autônomos) em matéria de moradia, que, por sua vez, não se

---

<sup>33</sup>Sobre o tema v. o nosso “Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (Org), *A Constituição Concretizada: construindo pontes para o Público e o Privado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2000, p. 107-163, onde sustentamos a tese de uma eficácia direta prima facie dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas. Na seqüência, limitando-nos aqui às monografias exclusivamente dedicadas ao tema, especialmente as teses de doutoramento de SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, STEINMETZ, Wilson, *Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. Especificamente versando sobre a eficácia dos direitos sociais nas relações privadas (tema abordado também em algumas das monografias citadas) v. o nosso “Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado”, in: *Revista de Direito do Consumidor* n° 61, janeiro-março de 2007, 90-125. No âmbito jurisprudencial, refere-se aqui a paradigmática decisão proferida pelo STF no RE 2201818-RJ, com destaque para o voto do Ministro Gilmar Mendes. Refutando a posição majoritária em prol de uma eficácia direta (embora não absoluta) e sustentando uma eficácia indireta v., entre nós, a despeito de se tratar apenas de um tópico da obra, DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 108 e ss.

<sup>34</sup>Desenvolvendo o tópico v. especialmente o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 182 e ss.

confundem com os assim chamados deveres de proteção (ou imperativos de tutela) que incumbem aos órgãos estatais.

Cientes, portanto, desta dupla dimensão positiva e negativa do direito à moradia e levando em conta os propósitos do presente trabalho, passa-se a explorar um pouco mais a assim designada dimensão negativa, já que é nesta perspectiva que também se irá, na última parte priorizar a análise crítica do entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da penhora do imóvel residencial do fiador, ainda que tal questão também guarde conexão com a dimensão positiva do direito à moradia e de outros direitos fundamentais. Aliás, justamente no caso da penhora é que se percebe claramente a conexão entre a dimensão negativa e positiva, visto que em primeira linha o que está em causa é se tanto o legislador (ao prever a possibilidade da penhora do imóvel do fiador) quanto o Supremo Tribunal Federal (ao decidir pela legitimidade constitucional da opção legislativa) desincumbiram-se do seu dever de tutela em relação ao direito à moradia e se o fiador que teve o imóvel penhorado possui um direito subjetivo (negativo) de impugnar com eficácia esta medida, por se tratar de uma ingerência constitucionalmente insustentável.

### **O direito à moradia na condição de direito de defesa: algumas possíveis manifestações**

No âmbito da assim denominada dimensão negativa ou daquilo que também tem sido chamado de uma função defensiva dos direitos fundamentais, verifica-se que a moradia, como bem jurídico fundamental, encontra-se, em princípio, protegida contra toda e qualquer sorte de ingerências indevidas. O Estado, assim como os particulares, tem o dever jurídico de respeitar e de não afetar (salvo no caso de ingerências legítimas) a moradia das pessoas, de tal sorte que toda e qualquer medida que corresponda a uma violação do direito à moradia é passível, em princípio, de ser impugnada também pela via judicial. É precisamente esta a dimensão – a função defensiva do direito à moradia – a que se referem as diretrizes internacionais acima mencionadas, quando utilizam os termos “respeitar” e “proteger”,<sup>35</sup> embora a proteção também envolva ações concretas (normativas e fáticas) de tutela da moradia contra ingerências oriundas do Estado ou de particulares, tudo a reforçar a nunca suficientemente lembrada conexão entre a dimensão negativa e positiva dos direitos fundamentais.

Na sua condição de direito (subjetivo) negativo ou de defesa, também

ao direito à moradia é aplicável, em termos gerais, a lição de Robert Alexy, especialmente quando demonstra que a dimensão negativa abrange: a) direitos ao não-impedimento de ações; b) direitos à não-afetação de propriedades ou situações (em suma, não-afetação de determinados bens jurídicos); c) direitos à não-eliminação de posições jurídicas<sup>36</sup>. Da mesma forma, assume destaque a assim designada proibição de retrocesso em matéria de concretização dos direitos sociais, que igualmente acaba sendo referida à dimensão negativa, não sendo o caso aqui de analisar se há ou não uma equivalência entre a proibição de retrocesso e as situações mencionadas por Alexy, especialmente quando se cuida de direitos à não-eliminação de posições jurídicas, onde também melhor se insere a figura do direito adquirido, apenas para citar um possível exemplo adicional<sup>37</sup>.

Sem que se pretenda neste estudo explorar todas as possíveis facetas de cada uma destas manifestações da dimensão ou função negativa, percebe-se, desde logo, que mesmo como direito de defesa (negativo) há todo um complexo de situações a ser levado em conta, que não podem ser pura e simplesmente equiparadas. De outra parte, resulta evidente que a dimensão negativa (com as posições jurídico-fundamentais que lhe são inerentes) atua visivelmente como indispensável meio de tutela da própria dimensão positiva, pois de nada adiantará assegurar (positivamente) o acesso a uma moradia digna, se esta moradia não estiver protegida (negativamente) contra ações do Estado e de terceiros.

Importa frisar, nesta quadra, que justamente aos direitos fundamentais considerados na sua dimensão negativa, não se costuma refutar sua direta aplicabilidade e o correspondente reconhecimento de posições subjetivas, o

---

<sup>35</sup>Fica o registro de que o dever de proteção do Estado, para além da imposição de um dever de respeito e não-violação (dimensão negativa propriamente dita) abrange a necessidade de praticar atos concretos no sentido de alcançar uma proteção minimamente eficaz do direito à moradia, que, por sua vez, pode ocorrer pela edição de atos normativos ou mesmo outros atos concretos destinados a salvaguardar a moradia (direitos a prestações normativas e fáticas), aspecto este que será considerado logo a seguir e que diz com a dimensão prestacional (positiva).

<sup>36</sup>Cf. ALEXY, Robert., op. cit., p. 186 e ss.

<sup>37</sup>A respeito da proibição de retrocesso v. especialmente o nosso A Eficácia dos Direitos Fundamentais, p. 442 e ss., assim como a recente monografia de DERBLI, Felipe. O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988, Rio de Janeiro: Renovar, 2007. No âmbito da doutrina estrangeira, v., por último a coletânea de COURTIS, Christian (Compilador), Ni Un Paso Atrás. La Prohibición de Regresividad en Matéria de Derechos Sociales, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006, com contribuições de vários autores sobre as experiências de diversos Países e também a aplicação da proibição de retrocesso na esfera internacional.

que, como bem se sabe, não é exatamente incontroverso quando se trata da dimensão positiva. Tendo por objeto ações negativas (exigindo o respeito e a não-ingerência na esfera da autonomia pessoal ou no âmbito de proteção do direito fundamental) não se verifica, em regra, a dependência direta (vale enfatizar este aspecto!) da realização destes direitos subjetivos negativos de prestações fáticas ou normativas por parte do sujeito passivo, o que, como já frisado, não afasta a dupla dimensão positiva e negativa dos direitos fundamentais. Com efeito, a posição subjetiva (direito subjetivo) negativa tem por objeto imediato a resistência a uma intervenção, por tanto, uma exigência de não-intervenção, ao passo que o direito subjetivo positivo tem por objeto direto um exigência de atuação, de prestação fática ou normativa.

Nesta linha de entendimento, vale a pena consignar o ensinamento de Vieira de Andrade, para quem, em se cuidando de direitos, liberdades e garantias (direitos de defesa, em última análise, há que acrescentar) e em ocorrendo a falta ou insuficiência de lei, “o princípio da aplicabilidade direta vale como indicador de exequibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se sua perfeição, isto é, a sua auto-suficiência baseada no caráter líquido e certo do seu conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui, incluídos o dever dos Juízes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a autorização de para esse fim os concretizarem por via interpretativa.”<sup>38</sup> Ainda que a dimensão negativa dos direitos fundamentais não exclua a existência de conceitos mais ou menos indeterminados – como é o caso justamente do direito à moradia - nada impede (ainda mais em se levando a sério o disposto no artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988) que tais conceitos não possam ter seu conteúdo definido pela via da intervenção judicial, quando for o caso, não podendo sua aplicação ser pura e simplesmente colocada na dependência de uma intermediação pelo legislador.

Que todos os direitos fundamentais (inclusive os direitos sociais) desencadeiam efeitos diretos e que não podem estar condicionados à prévia regulação legal, pelo menos no sentido de que geram para seu titular um direito subjetivo de cunho negativo, no sentido de situações prontamente desfrutáveis e que são, em primeira linha, dependentes apenas de uma abstenção por parte do sujeito passivo, também entre nós já tem sido sustentado há muito<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup>Cf. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Coimbra: Almedina, 1987, p. 256-257.

Sintetizando, podemos afirmar que, especialmente em se tratando de direitos de defesa (posições subjetivas negativas), a lei não se revela indispensável à fruição do direito, já que, de acordo com a concepção desenvolvida por Celso Antônio Bandeira de Mello, correspondem àquelas situações em que a norma constitucional outorga ao particular uma situação subjetiva ativa (um poder jurídico), cujo desfrute imediato independe de qualquer prestação alheia, bastando, para tanto (como também refere Luís Roberto Barroso), uma abstenção por parte do destinatário da norma<sup>40</sup>. Por outro lado, resulta evidente que, para além de uma posição jurídico-subjetiva (que, consoante já demonstrado, pode manifestar-se de formas diferenciadas), as normas constitucionais definidoras de direitos de defesa podem gerar uma série de outros efeitos, inclusive na esfera jurídico-objetiva, efeitos que, de resto, são comuns a todas as normas de direitos fundamentais<sup>41</sup>.

Que com o exposto não estamos a recusar uma eficácia plena e aplicabilidade direta aos direitos fundamentais na sua dimensão positiva (de direitos subjetivos a prestações) é bom fique registrado e apenas não será objeto de desenvolvimento em virtude do enfoque do presente trabalho<sup>42</sup>. Por outro lado, dizer que o direito à moradia (em outras palavras, o conjunto de posições jurídicas que lhe são inerentes) é, no plano normativo, diretamente aplicável,

---

<sup>39</sup>É o que, de há muito, advoga BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 106.

<sup>40</sup>Cf. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. “Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social”. *Revista de Direito Público* 57/58: 242,1981.

<sup>41</sup>É neste contexto, entre outros aspectos que poderiam ser citados, que a doutrina e jurisprudência germânicas passaram a reconhecer uma assim designada (e a terminologia não restou imune a críticas) eficácia irradiante dos direitos fundamentais, considerados também como elementos integrantes de uma ordem de valores objetiva, sobre o restante do ordenamento jurídico. Para uma compreensão da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, v. dentre outros, HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C.F. Müller, 1995, p. 133 e ss. Entre nós, v., a respeito da dimensão objetiva e seus desdobramentos, o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 167 e ss., bem como BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; “Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 152 e ss., SARMENTO, Daniel. “A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria”, in: MELLO, Celso Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Org.), *Arquivos de Direitos Humanos*, vol. IV, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 63-102, e, mais recentemente, DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 116 e ss.

<sup>42</sup>Sobre o problema da eficácia e aplicabilidade das normas de direitos fundamentais em geral, mas explorando com detalhes a questão dos direitos a prestações como direitos subjetivos, remetemos ao nosso já citado *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 268 e ss.

não significa dizer, a exemplo dos demais direitos fundamentais, que o direito à moradia possa ser considerado (mesmo na sua dimensão negativa) como sendo um direito absoluto, no sentido de completamente imune a restrições<sup>43</sup>. Assim, apenas para mencionar um entre tantos exemplos que poderiam ser referidos, a desocupação de área de proteção ambiental, estribada, portanto, em outro valor constitucional fundamental, poderá levar à desocupação e afetar o direito à moradia não apenas de uma pessoa ou família, mas de uma coletividade inteira, sem que tais objetivos possam ser alcançados de modo arbitrário, de tal sorte a impor um sacrifício do direito à moradia dos atingidos pelas medidas, já que haverá de se assegurar uma realocação das pessoas e um acesso a uma moradia digna. É também por esta razão que a normativa internacional (de modo especial a Agenda Habitat) e as diretrizes fixadas pelos organismos de controle impõem aos Estados a garantia de uma segurança jurídica efetiva da posse utilizada para moradia, seja pela edição de legislação regulamentando os desapossamentos, seja pela observância do devido processo legal e assegurando uma proteção adequada contra medidas arbitrárias, entre outros aspectos a serem considerados<sup>44</sup>.

Nas relações entre particulares, onde o direito à moradia, notadamente (mas não exclusivamente) na sua dimensão defensiva, também alcança eficácia e aplicabilidade, igualmente são comuns as situações de conflito entre o direito à moradia e outros bens fundamentais salvaguardados pela Constituição, destacando-se o direito de propriedade, como pode ocorrer precisamente numa ação movida pelo locador proprietário contra o inquilino. Justamente nesta perspectiva (embora a ressalva de que se trata também e mesmo em primeira linha de uma hipótese de vinculação do Estado) se enquadra, por exemplo, a discussão em torno da possibilidade (ou não) da penhora do imóvel que serve de moradia para o devedor e/ou sua família, que constitui justamente o tópico principal a ser enfrentado no próximo e último segmento.

---

<sup>43</sup> Com efeito, o fato de estarmos diante de normas de eficácia plena, capazes de gerarem todos os seus efeitos, inclusive na esfera subjetiva, não afasta a potencial restringibilidade destes efeitos, notadamente no que diz com o exercício dos direitos subjetivos, de tal sorte que a possibilidade de sofrer restrições não se constitui, em absoluto, um “privilegio” das assim denominadas normas de eficácia contida, consagradas no direito pátrio pela obra de José Afonso da Silva.

<sup>44</sup> Cf. aponta CRAVEN, Matthew, *op. cit.*, p. 335 e seguintes, consignando que o direito à moradia inclui o direito a não ser privado arbitrariamente da moradia

## **A discussão de alguns exemplos, com destaque para o problema da possibilidade (ou não) de penhora do imóvel residencial do fiador**

A despeito da evolução jurisprudencial precedente, que, especialmente a partir da inclusão do direito à moradia no artigo 6º da Constituição, passou a tutelar cada vez mais a moradia na condição de bem fundamental, notadamente nas hipóteses em que estava em causa a proteção da propriedade imobiliária utilizada para fins de moradia contra uma penhora (seja ampliando o âmbito de proteção do assim chamado bem de família, seja por aplicação direta do direito à moradia, hipótese, todavia, menos comum), o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida em 08 de fevereiro de 2006 (Recurso Extraordinário nº 407.688-8, relator Min. Cezar Peluso), acabou por considerar constitucionalmente legítima a penhora do imóvel residencial do fiador, tal qual autorizada pela legislação que excepcionou a regra geral da impenhorabilidade do bem de família (art. 3º, inciso VII, da Lei Federal nº 8009/90, na versão que lhe deu a Lei Federal nº 8.245/91). Considerando que a penhora do imóvel residencial constitui uma possível forma de violação do direito à moradia (pois se cuida de uma afetação do bem constitucionalmente tutelado e, portanto, de uma restrição e não mera regulamentação) coloca-se a questão do acerto da posição atualmente vencedora no Supremo Tribunal Federal, especialmente no que diz com a penhora do imóvel residencial do fiador, inclusive pela sua relevância em relação às demais exceções estabelecidas pela legislação e que têm sido objeto de maior ou menor dissídio doutrinário e jurisprudencial.

Embora não se pretenda adentrar todos os possíveis aspectos ventilados na decisão sobre a penhora do imóvel do fiador, alguns pontos chamam particularmente a atenção e reclamam uma avaliação crítica. Para tanto, faz-se necessária uma breve resenha dos principais argumentos colacionados tanto no voto do relator, Ministro Cezar Peluso, quanto nos demais votos proferidos. Iniciando pelo que disse o ilustre relator na sua fundamentação, verifica-se que boa parte das premissas que sustentam as conclusões podem ser facilmente ratificadas. Com efeito, após ter reconhecido que o direito à moradia é direito social e que constitui direito subjetivo que “compõe o espaço existencial da pessoa humana”, o relator, igualmente com acerto, averbou serem “várias, se não ilimitadas, as modalidades ou formas pelas quais o Estado pode, definindo-lhe o objeto ou o conteúdo das prestações

possíveis, concretizar condições materiais de exercício do direito social à moradia”. Mais adiante, na esteira da doutrina e dos parâmetros normativos acima apresentados, destaca o voto vencedor que o direito à moradia não se confunde, necessariamente, com o direito à propriedade imobiliária ou o direito de ser proprietário de bem imóvel, salientando, todavia (e neste passo já principia o encaminhamento da conclusão), que o direito à moradia pode, “sem prejuízo doutras alternativas conformadoras, reputar-se, em certo sentido, implementado por norma jurídica que estimule ou favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores”. Na seqüência, ao afirmar que a *ratio legis* da exceção legal à regra da impenhorabilidade reside justamente na garantia do acesso à moradia pela via da locação de imóveis, obstaculizada pela falta, insuficiência ou onerosidade de garantias contratuais lícitamente exigíveis pelos proprietários ou possuidores de imóveis de aluguel, o Ministro relator lança sua conclusão, no sentido de que a salvaguarda da exceção legal, por assegurar o acesso à moradia de uma classe ampla de pessoas interessadas na locação há de prevalecer em face do dano menor resultante para os fiadores proprietários de um só imóvel, ainda mais não sendo estes obrigados a prestar fiança. Para finalizar, averba o relator que “castrar essa técnica legislativa, que não pré-exclui ações estatais concorrentes doutra ordem, romperia equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com conseqüente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia”.

Em face do arcabouço argumentativo esgrimido no voto condutor da decisão, impõe-se uma série de considerações, parte delas ventilada no bojo dos outros votos proferidos, muito embora em boa parte sem maior desenvolvimento.

Desde logo, como bem lembrou o Ministro Eros Grau, autor de um dos três votos divergentes, é preciso considerar que a penhora recaiu sobre o único bem imóvel de propriedade do fiador, no caso, o imóvel que lhe serve de moradia, recordando, ainda, que a impenhorabilidade do imóvel residencial “instrumenta a proteção do indivíduo e de sua família quanto a necessidades materiais, de sorte a prover à sua subsistência”. Além disso, após enfatizar o vínculo entre a tutela do imóvel residencial e a salvaguarda da dignidade da pessoa humana, evoca simultânea violação do princípio isonômico, visto que o afiançado, que não pagou os alugueres, estaria beneficiado pela

impenhorabilidade, ao passo que ao fiador estaria subtraído o benefício. Mais adiante, já no embate direto com o Ministro-Relator, refuta o caráter programático das normas constitucionais, afirmando o seu efeito vinculante, bem como afastando o argumento de que a impenhorabilidade do bem de família causará forte impacto no mercado de locações, já que políticas públicas deverão assegurar este mercado de modo apropriado.

Muito embora não se possa imputar ao Ministro-Relator ter outorgado ao direito à moradia a condição de norma programática e a despeito de ter aquele esclarecido que a intenção é justamente proteger os que não são proprietários, já que estes constituem uma minoria no Brasil, seguem em aberto algumas questões vinculadas à argumentação do Ministro Eros Grau e que merecem reflexão mais detida.

A primeira diz respeito ao fato de que em se cuidando do único imóvel do fiador e servindo este de residência para aquele e/ou sua família, em princípio, não se pode simplesmente admitir o sacrifício do direito fundamental (e, no caso, possivelmente até mesmo uma violação da própria dignidade da pessoa humana) por conta de uma alegação genérica e ainda por cima desacompanhada até mesmo de dados comprobatórios, de uma tutela do direito à moradia de um conjunto maior de pessoas. A dignidade da pessoa humana, assim como o núcleo essencial dos direitos fundamentais de um modo geral, não pode ser pura e simplesmente funcionalizada em prol do interesse público, mesmo que este seja compreendido como interesse socialmente relevante de uma comunidade de pessoas. Importa recordar, nesta quadra, que embora legítimas, em determinadas circunstâncias, restrições a direitos fundamentais, estas devem respeitar os critérios da proporcionalidade e, acima de tudo, preservar o núcleo essencial do direito restringido. Aliás, é justamente no exame dos critérios da proporcionalidade que reside uma das lacunas da decisão ora comentada. Se aos órgãos estatais incumbe um permanente dever de proteção de todos os bens fundamentais e a restrição de algum direito encontra fundamento na tutela de outro, impõe-se, de qualquer modo, sempre a observância dos critérios da proporcionalidade na sua dupla acepção, pois tanto está vedado ao Estado intervir excessivamente na esfera de proteção de bens fundamentais quando atuar de modo manifestamente insuficiente (ou o que é pior, sequer atuar) na tutela do mesmo ou de outros bens fundamentais<sup>45</sup>.

Mesmo que aqui não se vá adentrar nas possíveis distinções entre os

institutos da proibição de excesso e de proteção insuficiente, importa pelo menos lançar algumas indagações em relação a esta perspectiva de abordagem do problema ora discutido. Assim, se de fato é plausível aceitar, a exemplo do que argumentou o Ministro-Relator, que a possibilidade da penhora do imóvel do fiador, por constituir garantia do contrato de locação, acaba também sendo um meio de assegurar o acesso à locação e, portanto, à moradia para quem não é proprietário, já no que diz com o critério da necessidade as coisas não parecem tão simples, pois, em havendo outros meios disponíveis, a opção deveria recair no meio menos gravoso, considerado como tal o que menos restringe o direito fundamental colidente, no caso, o direito à moradia do fiador e de sua família, pois sequer se está aqui argumentando com a tutela da propriedade na sua dimensão meramente patrimonial. O argumento de que não existem outras garantias para o crédito em execução é evidentemente falho, visto que não foi examinada a possibilidade de se lançar mão de outros meios, como, por exemplo, a exigência de fiador proprietário de imóvel que não seja residencial ou mesmo a utilização do seguro fiança, que, se fosse mais difundido e submetido a controle rigoroso, poderia inclusive gerar a total desnecessidade da utilização de garantias reais<sup>46</sup>. A não-utilização das alternativas referidas (ou mesmo de outras, que, de resto, também incumbe ao Estado disponibilizar no âmbito dos seus deveres de proteção!) não significa que não estejam disponíveis e que, portanto, não possam ser levadas em conta. Assim, vista a questão sob este viés, no mínimo haverá de se considerar a possibilidade de considerar, nas circunstâncias do caso, que a penhora do imóvel residencial (único imóvel do fiador) como violação da proporcionalidade. De outra parte, mesmo superado o exame do critério da necessidade, haveria de se avaliar a violação da assim

---

<sup>45</sup> A respeito desta dupla perspectiva (proibição de excessos e de proteção insuficiente ou deficiente) v., entre nós, especialmente SARLET, Ingo Wolfgang. “Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência”, in: Revista Brasileira de Ciências Criminais n° 47, março-abril de 2004, p. 60-122, assim como STRECK, Lenio Luiz. “Da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais”, in: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica n° 2 (2004), p. 243 e ss. Dentre a literatura estrangeira, notadamente no que diz com a aplicação da proibição de insuficiência e dos imperativos de tutela no âmbito do Direito Privado, v. o pioneiro e paradigmático CANARIS, Claus-Wilhelm, Direitos Fundamentais e Direito Privado, Coimbra: Almedina, 2003, tradução da edição alemã de 1999, onde o autor retoma e desenvolve seus estudos sobre o tema, que remontam já ao início dos anos 1980.

<sup>46</sup> V. também as referências de AINA, Eliane Maria Barreiros, O Fiador e o Direito à Moradia..., op. cit., p. 127 e ss., embora a necessidade de maior desenvolvimento do assunto.

designada proporcionalidade em sentido estrito ou, para quem assim o preferir, a ingerência no núcleo essencial do direito fundamental, que, quando detectada, implica a manifesta inconstitucionalidade do ato.

Sem que se vá aqui avançar mais neste exame, inclusive para fins de análise do atendimento das exigências também da proibição de proteção deficiente, a crítica mais contundente que possivelmente poderá ser direcionada é que tais questões, a despeito de sua relevância (pois inequivocamente este em causa uma restrição de direito fundamental) não chegaram a ser minimamente desenvolvidas na decisão.

Seguindo já outra linha de raciocínio, tanto o Ministro Joaquim Barbosa quanto o Ministro Gilmar Mendes, ambos secundados pelo Ministro Sepúlveda Pertence (este alegando que se poderia estar até mesmo chancelando a incapacidade civil do fiador!) enfatizaram, em síntese, que a regra legal que excepciona a impenhorabilidade não constitui violação do direito à moradia pelo fato de que o fiador voluntariamente, portanto, no pleno exercício da sua autonomia de vontade. Por mais que se deva admitir que a própria liberdade contratual expressa uma manifestação da mesma dignidade da pessoa humana que serve de fundamento ao conteúdo existencial da propriedade, quando, por exemplo, serve de moradia ao seu titular, não se pode olvidar que a ordem jurídica impõe limites significativos à autonomia privada, especialmente quando se cuida de hipóteses de renúncia a direitos fundamentais. A própria alienação voluntária da integralidade do patrimônio, em havendo herdeiros necessários ou eventualmente outros interesses a serem tutelados encontra limites em determinadas circunstâncias, sendo, se resto, no mínimo parcialmente equivocada a apontada identidade entre a venda e a prestação de fiança<sup>47</sup>, tal como afirmou o Ministro Cezar Peluso ao intervir no voto do Ministro Carlos Britto, que justamente invocou a indisponibilidade do direito à moradia. Se de fato é correta a tese, de resto sufragada por expressiva doutrina e inclusive acatada pelo voto do Relator, de que a moradia constitui um existencial humano, sendo, pelo menos naquilo em que revela uma conexão com a dignidade da pessoa humana, um direito de personalidade, não se pode deixar de reconhecer também a existência de um dever de proteção da pessoa contra si mesma, pelo menos no âmbito em que prevalece a indisponibilidade

---

<sup>47</sup>No mínimo, há que levar em conta que a venda do patrimônio resulta em benefício patrimonial para próprio vendedor (alienante) e que tal situação não pode ser pura e simplesmente equiparada à dação em garantia que poderá resultar na expropriação do imóvel!

do direito, o que ocorre justamente no plano da sua dimensão existencial<sup>48</sup>.

Da mesma forma, se em princípio se poderá afastar a existência de coação, também é correto que em muitas hipóteses resulta praticamente inexigível a negativa da prestação da fiança, especialmente nos casos de garantias prestadas por familiares próximos. Embora as hipóteses não sejam idênticas, a referência à difundida decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha<sup>49</sup>, que versava justamente sobre a liberação da responsabilidade por parte da filha (na fase da execução) que havia “espontaneamente” afofado um contrato de mútuo bancário do pai não nos parece impertinente. De outra parte, resulta evidente que a invocação da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial como fundamento para impedir a penhora do imóvel residencial deve ser aferida cuidadosamente à luz das circunstâncias do caso concreto, evitando-se uma utilização meramente retórica do argumento da dignidade e afastando-se a sua banalização, inclusive para que se evite uma equiparação entre a tutela da propriedade na sua dimensão eminentemente patrimonial e na sua dimensão existencial<sup>50</sup>.

Mesmo que seja, para efeitos de argumentação, possível aceitar o argumento de que, em princípio, houve livre (e informada!?) concordância com a disposição do imóvel residencial dado em garantia, também aqui não houve maior consideração das circunstâncias do caso concreto, pelo menos para investigar o efetivo caráter existencial da moradia ou mesmo a existência

---

<sup>48</sup>A respeito do tópico v. o nosso Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, p.115 e ss. Sobre as possibilidades e limites das renúncias em matéria de direitos fundamentais, no âmbito da literatura em língua portuguesa, v. especialmente NOVAIS, Jorge Reis. “Renúncia a Direitos Fundamentais”, in: MIRANDA, Jorge (Org). *Perspectivas Constitucionais*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 263-335. Cuidando da temática na perspectiva dos direitos de personalidade, v., dentre outros, MOTA PINTO, Paulo, “Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 61-84. Entre nós, v., por exemplo, MELLO, Cláudio Ari. “Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *O Novo Código Civil e a Constituição*, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.92 e ss.

<sup>49</sup>Cf. BVerfGE vol. 89, p. 214 e ss., onde prevaleceu justamente a tese de que a autonomia privada não pode ser entendida apenas num sentido formal, de tal sorte que, em determinadas circunstâncias, a pessoa pode e deve ser tutelada em face de disposições contratuais que lhe são desvantajosas.

<sup>50</sup>Neste sentido, referindo-se precisamente ao caso da penhora do imóvel residencial, as ponderações de ANDRADE, Fábio Siebeneichler de, “Considerações sobre a tutela dos direitos de personalidade no Código Civil de 2002”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (Org), *O Novo Código Civil e a Constituição*, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 106 e ss.

de alternativas viáveis de acesso a uma moradia decente para o fiador e sua família (por exemplo, pelo menos um trabalho com certa estabilidade e com remuneração compatível com o aluguel de uma moradia adequada), já que, convém sempre reiterar este aspecto, o direito à moradia não se confunde necessariamente com o direito de propriedade, o que não significa que este (ainda que não comprovada uma violação do direito à moradia) não possa merecer tutela jusfundamental autônoma, a depender da hipótese. O que importa nesta quadra é que não tendo sido efetuada uma avaliação mais detida do caso (para discutir os limites da renúncia) e em se tratando do único imóvel do fiador e sendo este utilizado para fins residenciais, haveria, por certo, de prevalecer pelo menos uma presunção (ainda que relativa) em favor da indisponibilidade e, portanto, também em prol da impenhorabilidade, no sentido de uma vedação *prima facie* da penhora.

Às ponderações tecidas, soma-se o argumento - também ventilado na decisão do STF (especialmente no voto do Ministro Celso de Mello) ora comentada - de que a possibilidade de penhora do imóvel residencial do fiador o coloca numa situação de desvantagem em face do devedor principal (locatário), pois este, caso titular de um bem de família, não poderia ter seu imóvel penhorado, visto que não abrangido pelas exceções à regra geral da impenhorabilidade estabelecida pela Lei nº 8.009/90, de tal sorte que verificada também uma ofensa ao princípio isonômico, tal como, aliás, já vinha sendo sustentado por alguma jurisprudência e doutrina<sup>51</sup>. Neste sentido, aliás, já se havia posicionado o Ministro Carlos Velloso, relator de decisão anterior contrária à penhora,<sup>52</sup> cuidando-se, portanto, de mais um aspecto a ser cuidadosamente ponderado. Com efeito, embora as hipóteses não sejam idênticas (devedor e fiador), um tratamento distinto, ainda mais levando em conta as conseqüências da penhora, reclama justificação racional e razoável. Por outro lado, mesmo que se possa partir da premissa de que não sendo idênticas as hipóteses, legítima, em princípio, a distinção no tratamento (é possível, por exemplo, alegar que o fiador, ciente da exceção legal, livremente deu o imóvel em garantia) a superação do argumento fundado na violação do

---

<sup>52</sup>Neste sentido v. AINA, Eliane O Fiador e o Direito à Moradia..., op. cit., p. 126. V. RE nº 352.940-SP.

<sup>53</sup>Sobre o tema, vale consultar as diversas propostas disponibilizadas e discutidas pelo COHRE (Centre of Housing Rights and Evictions), com representação bastante ativa no Brasil.

princípio da isonomia não afasta a necessária discussão em torno da violação direta e autônoma do direito à moradia do fiador ou mesmo da violação de sua dignidade da pessoa humana.

Ainda no que diz com a legitimidade da penhora do único imóvel residencial, embora as razões não sejam exatamente idênticas, visto haver outras variáveis a ponderar, assume relevo a discussão em torno da legitimidade constitucional das demais exceções previstas no artigo 3º (incisos I a VI) da Lei nº 8009/90. Como bem apontou o Ministro Gilmar Mendes, “cada uma dessas exceções contém uma valoração, uma ponderação realizada pelo legislador”, colocando-se a questão se em relação à opção legislativa efetuada em cada uma das hipóteses podem ser aplicadas as ponderações ora tecidas no que diz com a penhora do imóvel do fiador. Embora não seja o nosso intento adentrar a discussão de cada um dos casos, certo é que não se poderá, em face do demonstrado conteúdo existencial da propriedade sujeita à constrição e alienação forçada, pura e simplesmente cancelar uma presunção absoluta em favor da legitimidade constitucional da opção legislativa, já que esta – notadamente quando resultar em restrição de direito fundamental - há de ser testada à luz de cada hipótese e das circunstâncias do caso ao qual se refere.

Registre-se, nesta quadra, que a blindagem (absoluta ou relativa) contra uma penhora ou outra forma de constrição que resulte em expropriação do imóvel residencial constitui apenas uma das modalidades de tutela da moradia, no caso, da propriedade que serve à moradia. Com efeito, ainda que se possa admitir – em alguns casos e bem sopesadas as circunstâncias - a legitimidade da penhora e da conseqüente alienação forçada, isto não significa que não se deva ainda assim lançar mão de outra forma de proteção da moradia, por exemplo, suspendendo-se a execução até que tenha sido assegurada a colocação do devedor (ou fiador) em outro local, compatível com as exigências mínimas estabelecidas pelos parâmetros internacionais acima referidos. Não se deve olvidar que propriedade e moradia não se confundem necessariamente e que também a moradia fundada em posse aparentemente obtida sem justo título (e aqui não se poderá discutir o que significa justo título) pode resultar em posições jusfundamentais que exigem tutela e promoção. Que tal linha de raciocínio se aplica também a outras hipóteses em que esteja em causa a tutela da moradia, resulta evidente e não poderia pura e simplesmente ser desconsiderado.

Justamente nesta perspectiva assume relevo a discussão da proteção da

moradia (mesmo que não vinculada a um título de propriedade) contra despejos e desapossamentos arbitrários, igualmente objeto de acirrado debate doutrinário e jurisprudencial, além dos inúmeros projetos legislativos versando sobre o tema. Aqui se verifica que está em causa uma confluência da dimensão positiva e da dimensão negativa do direito à moradia, visto que é em primeira linha o Estado o principal responsável (no âmbito dos seus deveres de tutela) de editar um conjunto de atos normativos e outras medidas eficientes e que possam resultar em efetiva proteção da moradia, tanto contra ingerências por parte do próprio Estado, quanto por parte de particulares. Assim, para ilustrar algumas questões polêmicas e relevantes nesta seara, seguem alguns exemplos, que, embora não possam ser individualmente discutidos de modo pormenorizado, somam-se às considerações precedentes.

Na esfera jurisprudencial, vale colacionar decisão proferida pela 2ª Câmara Cível do TJRS na Apelação Cível nº 7000757571813, relatada pelo Des. Roque Volkweiss (27.09.2006), no bojo de demanda onde embora reconhecida a irregularidade da edificação promovida pelo requerido em ação demolitória, a execução da demolição (que foi reconhecida como necessária) somente poderia ocorrer se o Município, na condição de autor da demanda, garantisse às famílias ali residentes a colocação em outro local, assegurando-lhes moradia digna na mesma localidade. Dentre os argumentos manejados pelos julgadores, assume relevo a alegação de que houve também uma violação dos requisitos da proporcionalidade, notadamente por afetação do núcleo essencial do direito à moradia, especialmente em função de sua vinculação com a própria dignidade da pessoa humana. Embora não isolada, tal decisão certamente não corresponde à prática majoritária, mas guarda sintonia com os objetivos estipulados pela agenda internacional dos direitos humanos na seara da moradia, que reclama um determinado nível de segurança na posse e o acesso a meios alternativos de assegurar uma moradia digna, preocupação também presente em diversas propostas legislativas em trâmite atualmente no Brasil e que constitui elemento nuclear do direito à moradia como direito fundamental.

Neste sentido, destacam-se os estudos sobre eventuais alterações na legislação processual vigente, que, no campo da proteção da posse socialmente útil e da moradia, encontra-se em flagrante descompasso, ainda mais considerando a evolução normativa na esfera internacional, a Constituição Federal de 1988 e até mesmo o Código Civil de 2002. Neste sentido, dentre outras propostas apresentadas, refere-se aqui a sugestão da ouvidoria agrária no sentido de condicionar

a concessão de mandado de reintegração de posse à prova do cumprimento da função social do imóvel rural ou urbano no caso de litígios coletivos (inclusão deste requisito no inciso IV do artigo 927 do Código de Processo Civil) ou a necessária intervenção do Ministério Público e intimação da Defensoria Pública nos litígios coletivos sobre imóveis rurais e urbanos (§ 2º do artigo 928 do Código de Processo Civil). Da mesma forma, como, aliás, vem sendo discutido há muito tempo, necessários ajustes legislativos na seara da proteção da moradia nas ações de despejo residencial, especialmente para o efeito de limitar de algum modo a própria possibilidade da propositura da demanda, mas especialmente no que diz com a execução do mandado de despejo compulsório<sup>54</sup>.

Seguindo com a referência a alguns exemplos extraídos da jurisprudência, constata-se a existência tanto de avanços quanto de retrocessos. Assim, se é correta a exigência da prova segura de que o imóvel efetivamente serve de moradia à entidade familiar, não bastando a mera alegação como matéria de defesa<sup>55</sup>, é de se refutar o entendimento de que, uma vez confessado o inadimplemento dos locativos, pobreza e direito à moradia não são argumentos idôneos a justificarem uma modificação da sentença de procedência de ação de despejo<sup>56</sup>. Com efeito, neste último caso, embora se possa até admitir a procedência da ação, a depender das circunstâncias (embora não se possa concordar com a ausência de idoneidade dos argumentos fundados na pobreza e no direito à moradia), no mínimo deveria haver uma preocupação com a execução da sentença e a eventual garantia de uma moradia alternativa para a pessoa ou família despejada, tal como ocorreu no exemplo mencionado acima. Igualmente desconsiderando as exigências de tutela vinculadas ao direito à moradia como direito fundamental

---

<sup>54</sup>Cf., por exemplo, a decisão prolatada na apelação cível nº 70012124871, julgada pela nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (24.08.2005), relatora Desembargadora Marilene Bonzanini Bernardi.

<sup>55</sup>Neste sentido v. decisão na apelação cível nº 70005724158, julgada pela segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (18.03.2003), relatada pela Juíza Cláudia Maria Hardt.

<sup>56</sup>Este o caso, por exemplo, da decisão na Apelação Cível nº 70017188434, julgada pela 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (14.02.2007), relatada pelo Des. Otávio Augusto de Freitas Barcelos, onde, de resto, houve adesão à orientação do Supremo Tribunal Federal, no que diz com a legitimidade constitucional da penhora do imóvel residencial do fiador. Da mesma Câmara Cível, aliás, colaciona-se outra decisão que, além de afirmar o caráter programático do direito à moradia, nega-lhe a condição de direito individual (direito subjetivo), afastando inclusive a sua condição de direito subjetivo negativo, como se a moradia não correspondesse a uma necessidade concreta da pessoa individualmente considerada e a dignidade da pessoa humana não implicasse em direitos subjetivos individuais (v. Apelação Cível nº 70017624842, julgada em 14.02.2007, igualmente relatada pelo Des. Otávio Augusto de Freitas Barcelos).

e, o que é ainda mais preocupante, afirmando a sua dimensão eminentemente programática, registram-se decisões que, além de atribuir às exceções legais à regra da impenhorabilidade do bem de família natureza processual (sob o argumento de que apenas se aplica em demanda judicial), considerando-as aplicáveis aos contratos de locação prorrogados por prazo indeterminado, sustentam que mesmo a previsão constitucional expressa do direito à moradia não enseja o afastamento da previsão legal<sup>56</sup>.

Que a atribuição de caráter meramente programático ao direito à moradia, refutando até mesmo uma eficácia negativa da norma constitucional, representa um flagrante retrocesso em relação ao entendimento atualmente majoritário de que qualquer norma constitucional (mesmo quanto de cunho programático) é apta a gerar efeitos diretamente aplicáveis, dentre os quais o efeito negativo de impedir atos que lhe sejam manifestamente contrários. Aliás, convém frisar que nem o Supremo Tribunal Federal (do que dá conta o voto do Relator, Ministro Cezar Peluso), mesmo chancelando a legitimidade constitucional da penhora, o fez invocando o caráter programático do direito à moradia, visto que a sua condição de direito fundamental e direito subjetivo foi sempre ressalvada, e a decisão, como já demonstrado, não se pautou por esta linha argumentativa, mas em função especialmente da necessidade (já questionada) de tutela da moradia em um contexto mais amplo e da livre disposição do imóvel por parte do fiador.

### **Considerações finais**

Por mais que se possa avançar na discussão e avaliar outros argumentos, tenham sido, ou não, ventilados na decisão do Supremo Tribunal Federal e demais decisões referidas e comentadas, já é possível perceber o quanto uma solução constitucionalmente adequada em termos de tutela do direito à moradia, não só, mas especialmente nos casos de penhora do imóvel residencial do devedor ou fiador, reclama maior investimento argumentativo. Da mesma forma, verifica-se que se está apenas diante de mais uma dentre tantas questões decididas pelos Tribunais Superiores onde resta escancarado o quão falaciosa (ou, pelo menos, artificial) é a distinção entre matéria de fato e matéria de Direito. Além disso, a desconsideração de importantes dimensões do caso concreto aponta para a possibilidade de equívocos significativos no processo decisório e, o que é pior, de um resultado que pode implicar flagrante violação de princípios fundamentais e do próprio núcleo essencial de direito

fundamental, somente evitáveis mediante uma exegese simultaneamente tópica e sistemática, como necessariamente há de ser toda a interpretação<sup>57</sup>.

A situação, todavia, acaba sendo ainda mais grave se à decisão do Supremo Tribunal Federal em favor da legitimidade constitucional da penhora do único imóvel residencial for outorgada eficácia erga omnes e efeito vinculante, mormente se impeditiva pelo menos de uma divergência justificável à luz das circunstâncias do caso concreto, sem que se possa aqui adentrar a discussão em torno da legitimidade constitucional do efeito vinculante em decisões que sequer respeitam a maioria qualificada de votos exigida para a edição de uma súmula vinculante, sob o equivocado pretexto de uma mutação constitucional. Tão fundado é o receio, que já se verifica uma tendência, mesmo por parte de órgãos judicantes que antes consideravam inconstitucional a exceção legal permissiva da penhora, de, sem qualquer reflexão adicional (sequer para justificar minimamente as razões da alteração de seu convencimento e mesmo sem qualquer olhar para as circunstâncias do caso concreto) pura e simplesmente alterarem o seu posicionamento, afinando-o com a orientação ora imprimida pelo Supremo Tribunal Federal.

Importa enfatizar, nesta quadra, que não se trata aqui de fazer coro com os que pregam uma espécie de resistência teimosa e irrefletida às decisões do Supremo Tribunal Federal ou mesmo do Superior Tribunal de Justiça, pois a crítica que aqui se formula também abarca decisões que, igualmente sem maior reflexão e conexão com as circunstâncias do caso concreto (e da dignidade concreta das pessoas às quais dizem respeito os casos!) em várias hipóteses transformaram o discurso legítimo em prol do direito à moradia em instrumento de tutela de propriedades de luxo, como se propriedade e moradia fossem direitos idênticos e como se fossem direitos absolutamente blindados a qualquer limite ou restrição.

O que se buscou problematizar neste ensaio, foi justamente a necessidade de se exercer uma resistência em relação a soluções simplistas e generalizadas, e que a busca da melhor resposta implica avaliação criteriosa não apenas de algumas questões de ordem normativa e formal e não se coaduna com argumentos

---

<sup>57</sup>Sobre o tema v. as indispensáveis lições de FREITAS, Juarez, *A Interpretação Sistemática do Direito*, 4ª d., São Paulo: Malheiros, 2004, bem como de PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e Sistema Jurídico – Uma Introdução à Interpretação Sistemática do Direito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

fixados de modo prévio e absoluto. O que se espera é que o Supremo Tribunal Federal, assim como já o fez em matéria de saúde e até mesmo em relação a possíveis temperamentos do efeito vinculante na hipótese da vedação de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, siga de portas abertas, se não para uma reformulação radical do seu entendimento expresso pelo voto da maioria dos seus Ministros, pelo menos para uma possível flexibilização à luz das circunstâncias do caso concreto, pena de, no limite, acabar chancelando situações de extrema injustiça, postura que também se espera seja adotada pelos demais órgãos do Poder Judiciário, pela doutrina e também pelo legislador, na busca de parâmetros normativos constitucionalmente adequados e afinados com os deveres de proteção dos direitos fundamentais.

Tendo em conta todo o exposto e a despeito das críticas que se pode endereçar ao julgado do STF sobre a penhorabilidade do único imóvel residencial do fiador, parece correto afirmar que, transcorridos vinte anos da promulgação da nossa CF, as questões que envolvem a garantia de uma moradia digna passaram a ser cada vez mais discutidas na doutrina e na jurisprudência, isto sem falar em alguns desenvolvimentos importantes na esfera legislativa, como dá conta o assim designado Estatuto da Cidade, que, embora ainda distante de ser concretizado na extensão desejável, igualmente tem sido fator propulsor para um conjunto de medidas de mais diversa natureza e que, no seu conjunto, permitem que se adote uma postura mais otimista em relação ao futuro do direito a moradia no Brasil.

# CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO CULTURAL E O ORDENAMENTO TERRITORIAL E URBANO NA LEI 9605/98

**Eladio Lecey**

Desembargador aposentado do TJRS.

Professor de Direito Penal e de Direito Ambiental Penal.

Diretor da Escola Brasileira de Direito e Política Ambiental  
do Instituto O Direito por um Planeta Verde.

## **Introdução**

A Lei 9605/98, ao tipificar os crimes contra o meio ambiente, na seção IV, incluiu infrações penais contra o patrimônio cultural e o ordenamento territorial e urbano. Não obstante o posicionamento contrário de Luiz Regis Prado, entendo que acertadamente tratadas ditas condutas pela lei ambiental penal como delitos contra o ambiente.

Como muito bem ensina José Afonso da Silva, o ambiente compõe-se de um conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais, sendo conceituado como a interação do conjunto desses elementos que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas.

O meio ambiente, portanto, abrange não apenas elementos naturais, como água, ar, flora, fauna e solo, mas também culturais e artificiais, importando também o ordenamento do território em geral e do meio urbano em especial, já que dita ordenação implicará na qualidade dos referidos elementos. Assim, bem incluídas as condutas que dizem com tais valores dentre os crimes contra o meio ambiente. No mesmo sentido vem se manifestando a grande maioria

dos doutrinadores, como Ivete Senise Ferreira Nicolao Dino , José Eduardo Rodrigues , Vladimir e Gilberto Passos de Freitas .

A Lei 9605/98, em seus arts. 62, 63 e 65, parágrafo único descreve crimes contra o meio ambiente, principalmente, sob os aspectos artificial (urbano ou não) e cultural, mais comumente denominados crimes contra o patrimônio cultural, enquanto os artigos 64 e 65 “caput” tipificam delitos contra o meio ambiente relacionado ao ordenamento do território, inclusive à ordenação urbana, mais conhecidos como crimes contra o ordenamento urbano.

### **Crimes contra o Patrimônio Cultural**

O patrimônio cultural de nosso país na conceituação da Constituição Federal é constituído dos “bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira” (artigo 216, “caput”).

No rol de tais bens, segundo os incisos I a III do mesmo dispositivo constitucional, incluem-se as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver, bem como as criações científicas, artísticas e tecnológicas, que configuram bens de valor imaterial.

No inciso IV obras, objetos, documentos, edificações e espaços destinados às manifestações artístico-culturais, sendo ditas manifestações valores também imateriais; com relação aos espaços que as abrigam, no entanto, como muito bem destaca José Eduardo Rodrigues, não necessitam ter intrinsecamente valor cultural, bastando sejam utilizados em atividades culturais .

O inciso V, por sua vez, inclui os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico, bens materiais integrantes do patrimônio cultural.

Outros bens, sejam urbanos ou rurais, não explicitados nos referidos incisos, que configuram rol não taxativo, poderão igualmente integrar dito patrimônio, desde que preencham as qualificações do “caput” do art. 216 da Constituição Federal.

Para que o bem seja considerado patrimônio cultural não há necessidade de tombamento, exigência não incluída no “caput” do referido art. 216, sendo que no parágrafo primeiro estão arroladas várias outras formas além do tombamento (inventários, registros, vigilância e desapropriação), havendo, inclusive, genérica e expressa referência a “outras formas de acautelamento e preservação”.

A proteção penal ao patrimônio cultural encontra fundamento constitucional no § 4º do art. 216 que determina que os danos e ameaças serão punidos na forma da lei. Efetivamente, tratando-se de bens e interesses de relevância, a ponto de integrarem o patrimônio cultural brasileiro, como a Carta Magna qualifica, condutas a eles atentatórias merecem a tutela penal.

### **Crime de dano a bem do Patrimônio Cultural**

A Lei 9605/98 tipifica o delito de dano ao patrimônio cultural, com a seguinte descrição:

Art. 62. Destruir, inutilizar ou deteriorar:

I – bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial;

II – arquivo, registro, museu, biblioteca, pinacoteca, instalação científica ou similar protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial:

Pena – reclusão, de um a três anos, e multa.

Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena é de seis meses a um ano de detenção, sem prejuízo da multa.

Revogado tacitamente o art. 165 do Código Penal, sendo que o novo delito está mais bem delineado e proporciona maior tutela ao bem jurídico, não mais sendo exigido à configuração do crime o tombamento do bem, bastando a especial proteção por lei, ato administrativo ou decisão judicial. Ainda, as penas cominadas são um pouco mais severas do que as previstas no tipo revogado.

#### **2.1.1. Configuração do tipo**

##### **Elementos objetivos**

Configuram o tipo os verbos nucleares destruir, inutilizar ou deteriorar. Trata-se, portanto, de crime de ação múltipla, eis que prevista mais de uma modalidade de conduta, de conteúdo variável e alternativo, já que basta à sua caracterização uma das condutas previstas na norma incriminadora.

Destruir é aniquilar, fazer desaparecer, extinguir, demolir, enfim, exterminar. Inutilizar é tornar inútil, imprestável, invalidar. Deteriorar significa estragar, adulterar, desfigurar, alterar prejudicialmente, corromper. As três figuras podem ser entendidas como danificar em sentido amplo, ou seja, causar dano a bem do patrimônio cultural.

A figura típica geralmente é praticada através de conduta comissiva, do fazer o proibido. Poderá, no entanto, ser também realizada por omissão. Sabidamente, no reconhecimento da causalidade, nossa legislação penal restringiu sensivelmente o nexos causal entre a conduta omissiva e o resultado previsto no tipo. Para que a omissão possa ser considerada causa do resultado não basta haver contribuição de qualquer sorte, de conformidade com a teoria da equivalência das condições adotada como regra pelo art. 13 do Código Penal. É indispensável a denominada relevância jurídica da omissão, ou seja, que haja o dever de agir para evitar o resultado (dever de garantidor da não ocorrência do resultado) e que esse dever seja decorrente de lei, contrato ou ato voluntário ou que o sujeito da omissão tenha criado o risco da ocorrência do resultado. É o que determina o referido artigo 13, § 2o, “a”, “b” ou “c”.

Estando presentes tais deveres, sua omissão será considerada causa, configurando, pois, conduta típica, caracterizando crime comissivo por omissão, ou omissivo impróprio. Exemplificativamente, dentre os deveres legais, é de se destacar, relativamente ao tipo em análise, que, conforme artigo 19 do Decreto-Lei 25/37, o proprietário tem o dever de conservar o bem tombado. Assim, a omissão de tal obrigação legal caracterizará o crime do art. 62, como no caso da omissão de obras ou reparos necessários à conservação do bem que conduzam à deterioração, inutilização ou destruição do bem. Assim vem sendo reconhecido pela jurisprudência, como na decisão proferida pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina no julgamento da Apelação Criminal 2007.001769-7, sendo relator o Desembargador Torres Marques .

O objeto material, sobre o qual recairão as condutas comissivas ou omissivas descritas no tipo, poderá ser qualquer bem móvel ou imóvel, público ou privado. O inciso I do art. 62 refere genericamente bem especialmente protegido. O inciso II, por sua vez, até desnecessariamente em razão do contido no inciso anterior, explicita arquivo, registro, museu, biblioteca, pinacoteca, instalação para, ao final, prever genérica e analogicamente qualquer outro local ou estabelecimento similar.

### **Elemento normativo. Especial proteção. Norma penal em branco**

Para configurar-se o tipo em análise, indispensável tratar-se de bem dotado de especial proteção em razão de lei, ato administrativo ou decisão judicial. O art. 62, portanto, é norma penal em branco, complementada através daquelas formas explicitadas.

A especial proteção será decorrente do valor cultural do bem, assim entendido em seu sentido amplo, de modo a abranger valor histórico, artístico, paisagístico, turístico, científico, cultural estrito senso, monumental, arqueológico, paleontológico e outros a se enquadrarem naquele sentido lato de bem cultural.

Dentre os atos administrativos, o tombamento que é a declaração do valor cultural (lato senso) de determinado bem. No âmbito federal a competência para tal ato é do IPHAN. De se explicitar, no entanto, não ser mais indispensável o tombamento como já destacado anteriormente, eis que o art. 62 não o exige, ao contrário do que fazia o revogado art. 165 do Código Penal. Obviamente que se o bem for tombado também estará protegido penalmente. No sentido da desnecessidade de tombamento vem decidindo a jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, exemplificando-se com o julgado no Recurso em hábeas corpus 19.119-MG (2006/0042690-1), da Quinta Turma, em decisão unânime, relatada pelo Ministro Felix Fischer .

O art. 62 da Lei 9605/98 inovou ao prever que a especial proteção pode decorrer de decisão judicial, o que revela possibilidade de o Judiciário definir políticas públicas, no caso, destinadas à tutela e preservação do patrimônio cultural.

Relativamente à decisão judicial, interessante questionamento poderá decorrer quanto à abrangência do termo decisão judicial. Limitar-se-ia à sentença transitada em julgado, de modo que excluídas as decisões liminares e antecipatórias?

Como a norma penal não restringe, poderá a declaração decorrer de qualquer decisão judicial, sentença, liminar ou antecipatória. Tampouco indispensável o trânsito em julgado da decisão. Como destaca Nicolao Dino, a probabilidade (e o risco) de reforma da decisão judicial, se equipara à de anulação do ato administrativo instituidor da proteção, sendo que a admissibilidade da decisão não transitada em julgado estabelece simetria com a proteção decorrente do tombamento provisório que se equipara ao definitivo conforme art. 10 do Decreto-Lei 25/37 .

Ausente a especial proteção, o crime tipificado pelo art. 62 da Lei 9605/98 não estará configurado, podendo tratar-se do crime de dano previsto no art. 163 do Código Penal.

### **Elemento subjetivo**

O elemento subjetivo será o dolo ou a culpa.

O dolo contém elementos intelectivos, quais sejam, a consciência

da conduta, do resultado e do nexos de causalidade entre a conduta e o resultado. Dita consciência diz com o conhecimento de que o agente, com seu comportamento, está preenchendo os elementos do tipo. Dentre tais elementos, no caso do crime em análise, a especial proteção em razão de lei, ato administrativo ou decisão judicial. Assim, o autor da conduta deverá ter a consciência da especial proteção do bem cultural, de modo que ausente, estará configurado erro de tipo, já que haverá desconhecimento de elemento do tipo, de caráter normativo.

Prevista também, como destacado, a culpa que, sabidamente, se fundamenta na inobservância do dever de cuidado objetivo a causar resultado previsível objetivamente. A culpa é excepcional como orienta o art. 18, parágrafo único, do Código Penal. Interessante observar que no Código Penal não há previsão da forma culposa para o crime de dano, enquanto a lei ambiental penal previu o dano culposos, não apenas, saliente-se, no art. 62. Outros exemplos de dano culposos encontram-se nos arts. 38 e 40 da Lei 9605/98. Dita tipificação da forma culposa se justifica em razão da necessidade de prevenção especial, tendo em vista que grande parte dos danos ao ambiente promanam da inobservância do dever de cautela.

### **Sujeitos ativo e passivo**

Qualquer pessoa física, ou jurídica, poderá ser sujeito ativo do crime, inclusive o proprietário do bem dotado de especial proteção que o danifique, sendo que, como já foi destacado, até por omissão o proprietário da coisa poderá cometer o crime quando descumpra dever de preservá-lo.

Sujeitos passivos serão a coletividade, já que se trata de bem difuso, pessoa jurídica de direito público (União, Estado ou Município) e até o particular proprietário da coisa, caso não seja o sujeito ativo do delito.

### **2.1.2. Concurso de crimes**

Se um mesmo bem tiver sido declarado dotado de especial proteção em decorrência de seu valor cultural e também estiver protegido em razão doutro aspecto ambiental, exemplificativamente, por seu valor como recurso natural, em caso de dano a este bem, haverá concurso de crimes ou concurso aparente de normas? Por exemplo, na hipótese aventada por Nicolao Dino de o Poder Público realizar o tombamento de uma unidade de conservação (v.g. um parque nacional). O mencionado doutrinador inclina-se pelo reconhecimento

do concurso formal de crimes (no caso, arts. 40 e 62 da Lei 9605/98) se decorrentes de única ação.

Inclino-me também pelo concurso de tipos, pelas seguintes razões:

Havendo mais de uma conduta, mais de uma ação ou omissão e cada uma delas corresponder à descrição das condutas incriminadas em diferentes normas penais, haverá, por óbvio, concurso material de crimes que configura situação de concurso verdadeiro de normas. Todavia, se uma conduta constituir preparação, fase antecedente por exemplo, ou não representar maior dano ao bem atingido pela primeira conduta ou configurar exaurimento da ação prevista noutra norma, haverá antefato ou posfato impuníveis, o que para alguns constituiria também concurso aparente de normas, mas que, de qualquer sorte, terá a mesma solução: somente se pune uma conduta, qual seja, a principal.

Já quando houver única conduta ou um mesmo contexto de ação, a situação torna-se um tanto mais complicada e a nota de distinção entre os dois concursos de normas (na hipótese, concurso aparente e concurso verdadeiro que configurará concurso formal de crimes) está em precisar se a conduta una ou em unidade contextual ofendeu, ou colocou em perigo, um ou mais bens jurídicos tutelados pelas normas em conflito.

Acaso atingido ou ameaçado único bem ou interesse tutelado, ou existirem diferentes graus de violação do mesmo bem (perigo e dano) ou ainda quando a ofensa ou perigo a um bem ou interesse é meio, conduta inicial, elemento constitutivo da ofensa a outro bem ou interesse, haverá concurso aparente de normas porque a unidade não poderá configurar pluralidade de delitos, aplicando-se a norma preponderante segundo os princípios da especialidade, da subsidiariedade ou da consunção. Se ofendidos ou ameaçados mais de um bem ou interesse, tratar-se-á de concurso formal de crimes que implicará em concurso de normas.

O art. 62 tutela o meio ambiente sob seu aspecto patrimônio cultural enquanto, o art. 40 da Lei 9605/98, tutela o meio ambiente em seu aspecto natural, mais especificamente, o elemento flora. Assim, embora única área, no exemplo o parque nacional, estão sendo tutelados pelas distintas normas penais diferentes interesses, no caso o meio ambiente cultural e o meio ambiente natural (flora). Na situação aventada, de única conduta decorrerão ofensas aos dois interesses protegidos pelas diferentes normas penais. A violação de um interesse não terá sido, por óbvio, meio, conduta inicial, elemento constitutivo da ofensa a outro bem ou interesse.

Assim, entendo também pelo reconhecimento da pluralidade de delitos, sob a modalidade do concurso formal.

## **2.2. Crime de alteração do aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido**

Previsto na Lei dos crimes contra o meio ambiente, em seu art. 63 que revogou tacitamente o art. 166 do Código Penal, com a seguinte redação:

Art. 63. Alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida:

Pena – reclusão, de um a três anos, e multa.

### **2.2.1. Configuração do tipo**

#### **Elementos objetivos:**

Objetivamente, o tipo se caracteriza pela alteração do aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido. Alterar significa mudar, transformar, modificar total ou parcialmente. Aspecto há de ser entendido como a aparência e estrutura como a disposição e ordem das partes que compõem o objeto da modificação.

A propósito, o objeto material sobre o qual recai a conduta do sujeito ativo do delito será local ou edificação. Assim, tanto poderá ser um prédio ou qualquer imóvel que tenha especial proteção, elemento normativo que será analisado adiante.

A alteração, no entanto, para configurar o crime, há de ser prejudicial ao bem tutelado. Alteração que não comprometa o bem não merecerá a intervenção do Direito Penal em razão do conhecido princípio da lesividade. Lesão insignificante não configura o tipo penal.

Assim, alteração terá o sentido de deterioração, que configura degradação à edificação ou ao local. Ou seja, caracteriza dano ao bem especialmente protegido. Dano que também é elemento do crime tipificado pelo art. 62 da Lei 9605/98 recém examinado.

Conflito com o crime do art. 62

Interessa, portanto, examinar o concurso entre os dois dispositivos da Lei dos crimes contra o ambiente. O art. 62 tipifica o dano de forma genérica

enquanto o art. 63 criminaliza o dano através da alteração do aspecto ou estrutura, sendo mais específico. Ainda, o objeto material do tipo do art. 63 é também mais específico: apenas edificação ou local. Mais, a especial proteção prevista no mesmo tipo está mais especificada, já que em razão das qualidades enumeradas no referido art. 63, enquanto o tipo do art. 62 não faz tal especificação. Ainda, o crime do art. 63 contém mais outros elementos normativos especiais com relação ao tipo previsto no art. 62, quais sejam, a ausência de autorização da autoridade competente ou o desacordo com a autorização concedida. Ditos elementos não integram a conduta tipificada pelo art. 62.

Assim, a norma do art. 63 é especial em relação à do art. 62 que é genérica. Deste modo, configurado o concurso aparente de normas, preponderando o art. 63 pelo princípio da especialidade.

### **Elementos normativos do tipo**

#### **Norma penal em branco**

Trata-se o art. 63 também de norma penal em branco. Para que se configure o crime, a edificação ou local deverá ser especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão que são os mesmos elementos do tipo do art. 62, ao que nos reportamos ao observado, neste particular, na análise do referido delito. Não será tampouco exigível o tombamento do local ou edificação para que se configure o delito.

No caso do crime ora em exame, a lei especifica as razões da declaração de especial tutela. Ditas qualidades decorrem do valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico (exemplos, sambaquis, jazidas, etc.) etnográfico (relativo ao estudo de etnias, grupos sociais em especial primitivos) ou monumental.

Como observa José Eduardo Rodrigues, embora a lei não especifique o valor paleontológico (relativo a fósseis), enquadra-se no gênero valor cultural. O valor espeleológico (relativo a grutas, cavernas e outras cavidades naturais subterrâneas), por sua vez, inclui-se dentre os bens de valor ecológico .

Todos os valores enumerados no art. 63 poderão ser reunidos no gênero “valor cultural” em sentido amplo.

#### **Ausência de autorização ou desacordo**

Outro elemento normativo do tipo do art. 63 constitui a ausência de autorização da autoridade competente ou o desacordo com a concedida.

Presente a autorização ou a conformidade com a autorização deixará de se configurar o delito.

### **Elemento subjetivo**

Previsto apenas o dolo no aspecto subjetivo do tipo. Não tipificada a forma culposa. Todavia, em se tratando de dano a local ou edificação dotada de especial preservação e havendo culpa, penso que poderá se configurar o crime do art. 62, parágrafo único, que tipifica o dano genérico a qualquer bem de especial proteção declarada pelas formas de manifestação já especificadas. Se o dano decorrer de alteração do aspecto ou estrutura da coisa protegida, no entanto, enquadra-se na figura específica do art. 63 que não criminaliza a culpa.

Assim, não haverá como se punir a culpa como o tipo genérico do art. 62, já que na especificação deixou a norma de criminalizar a modalidade culposa. Ou seja, somente o dano culposos que não importe alteração da estrutura ou do aspecto dos bens mencionados é que poderá enquadrar-se no tipo do art. 62, parágrafo único da Lei 9605/98.

### **Sujeitos ativo e passivo**

Qualquer pessoa, física ou jurídica, poderá ser sujeito ativo do crime, Dentre elas o proprietário do bem tutelado.

Sujeitos passivos serão a coletividade, bem como a União, o Estado ou o Município. O proprietário do bem de especial proteção declarada, também poderá ser o sujeito passivo se não for o sujeito ativo do delito.

## **2.3. Crime de pichação, grafiteagem ou conspurgação de edificação ou monumento urbano**

Art.65. Pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano:

Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.

Parágrafo único. Se o ato for realizado em monumento ou coisa tombada em virtude do seu valor artístico, arqueológico ou histórico, a pena é de seis meses a um ano de detenção, e multa.

Trata-se de nova infração penal que antes do advento da Lei dos crimes contra o meio ambiente não era tipificada, sequer como contravenção. O bem jurídico protegido é o meio ambiente artificial urbano e o meio ambiente

cultural (patrimônio cultural). Efetivamente, na busca de uma boa e sadia qualidade de vida nas cidades, interessa a manutenção estética de suas edificações e monumentos, ou seja, na preservação da paisagem urbana, integrante que é do meio ambiente. As condutas de pichadores e grafiteiros sujam, conspurcam o ambiente e, em se tratando de coisa integrante do patrimônio cultural, danificam dito bem, merecendo, portanto, como danosas que são, a intervenção do direito criminal.

### 2.3.1. Configuração do tipo

#### Elementos objetivos

Caracteriza-se o tipo em análise pelos verbos pichar, grafitar ou conspurcar por outro meio. É crime de ação múltipla, de conteúdo variável, alternativo, bastando qualquer das condutas para sua configuração.

Pichar, termo originário de “untar com piche”, para configurar o crime, tem o sentido de sujar com escritos. Grafitar significa escrever palavras ou frases “geralmente de caráter jocoso ou informativo, contestatório ou obsceno” (Dicionário Aurélio) ou efetuar desenhos.

Conspurcar tem sentido mais genérico de sujar, macular, manchar, o que poderá ser por qualquer outro meio que não os já enunciados. Como exemplo doutro meio, as condutas de pintar, escrever, colar cartazes com o fim de propaganda eleitoral que já foram consideradas crimes pelo revogado art. 328 do Código Eleitoral.

Interessante destacar o entendimento de José Eduardo Rodrigues no sentido de que o tipo não inclui a pintura de painéis e grafites de conteúdo efetivamente artístico. Por vezes, inclusive, ditos trabalhos são realizados com incentivo do Poder Público. Constituindo legítimas manifestações culturais, não configurarão crime.

O objeto material sobre o qual recairá a conduta deve ser edificação ou monumento urbano. Poderá ser, então, casa, edifício, muro, viaduto, isto é, qualquer coisa edificada, construída, qualquer elemento do meio ambiente artificial.

A lei especifica monumento, servindo de (meros) exemplos estátuas, memoriais, ou seja, construção que reflete memória de pessoa ou fato de especial valor, histórico ou cultural em sentido lato. Aqui, portanto, entendo que além da paisagem urbana (objeto principal da proteção direta do art. 65) também tutelado (indiretamente) o patrimônio cultural, desde que não se

trate de bem objeto de especial proteção a configurar o tipo do art. 62.

Como o dispositivo legal especifica o bem, edificação ou monumento, há de ser urbano de modo que não protegido o localizado em área rural. Trata-se, entendo de elemento objetivo-normativo do tipo.

Os monumentos naturais, no entanto, tem tutela específica no art. 40 da Lei 9605/98, já que são unidades de conservação de uso sustentável. Acaso os atos de pichar, grafitar ou conspurcar de outro meio configurem dano a tais monumentos, caracterizado estará o crime do art. 40, em concurso aparente de normas, resolvido, entendo, pelo princípio da subsidiariedade.

### **Elemento subjetivo**

Somente previsto o dolo, não havendo especificação da culpa que, como já destacado, na forma do art. 18, parágrafo único do Código Penal, exige expressa previsão legal.

### **Sujeitos ativo e passivo**

Sujeito ativo poderá ser qualquer pessoa, até o proprietário da coisa atingida pela conduta delituosa. A respeito, Vladimir e Gilberto Passos de Freitas, ao analisarem o elemento subjetivo do tipo, o dolo, posicionam-se no sentido de que se o ato de grafitar, pichar ou conspurcar for efetuado com autorização do proprietário não se configurará o crime. Entendo, no entanto que, como o crime em questão é contra o meio ambiente urbano na situação exemplificada, o sujeito passivo é a coletividade, de modo que o proprietário, caso dê autorização, será considerado concorrente no delito, de regra, entendo, como partícipe.

O sujeito passivo, como destacado, é a coletividade, já que se trata de crime contra o meio ambiente, podendo o proprietário da coisa ser também sujeito passivo, desde que não seja autor, co-autor ou partícipe, pois ninguém pode, ao mesmo tempo, ocupar os dois pólos. Autolesão ou dano à própria coisa não configura crime em razão do princípio da lesividade, salvo quando ofende outro bem juridicamente tutelado. Justamente no caso do art. 65, como já observado, o bem protegido é o meio ambiente.

### **2.3.2. Forma qualificada**

Determina o parágrafo único do mesmo artigo que a pena será de seis meses a um ano quando o ato for realizado em monumento ou coisa tombada em virtude de seu valor artístico, arqueológico ou histórico. Trata-se, assim,

de circunstância qualificadora, o que origina o chamado tipo derivado. Não é mera causa de aumento da pena, já que cominadas sanções mínima e máxima distintas daquelas previstas no tipo básico, do “caput” do art. 65.

Interessante destacar que a qualificadora tutela o meio ambiente mais especificamente como patrimônio cultural. Como o parágrafo especifica a exigência de tombamento, configura norma penal em branco, já que complementado o dispositivo penal por outra norma que efetua o tombamento.

O legislador deixou de considerar a qualificadora do art. 65 quando o monumento ou a coisa forem declarados de valor cultural (lato senso) por outros atos de especial proteção, como a lei, o ato administrativo ou decisão judicial. Se não tiver sido objeto de tombamento haverá apenas a forma básica do tipo previsto no “caput” do art. 65.

### **2.3.3. Conflito de normas**

#### **Conflito com o art. 62**

Conspurar, no sentido de macular, sujar, que poderá ser pela ação de grafitar, pichar ou qualquer outra semelhante, de modo que atinja edificação ou monumento, configurará de regra o tipo do art. 65, “caput” ou parágrafo único (se a coisa for tombada). Todavia, se tais atos causarem dano significativo ao bem e se tratar de objeto de especial proteção por seu valor cultural lato senso em razão de lei, ato administrativo ou decisão judicial, tenha ou não havido tombamento, estará configurado, em concurso aparente de normas, o crime mais grave previsto no art. 62 da Lei 9605/98. Do confronto entre as duas normas (arts. 65 e 62) denota-se que uma somente será aplicada quando a conduta ali descrita não configurar elemento de crime mais grave. Relação de subsidiariedade tácita, portanto, prevalecendo a norma principal (art. 62) sobre a secundária (art. 65).

### **3. Crime contra o ordenamento do território**

Art. 64. Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida:

Pena –reclusão , de um a três anos, e multa.

### 3.1. Bem juridicamente protegido

O bem protegido é o meio ambiente, em qualquer de seus aspectos, natural, artificial ou cultural, mas através do ordenamento do território. A ocupação e o ordenamento do território, seja rural ou urbano, poderá ter, obviamente, reflexos no meio ambiente natural, artificial ou cultural. Por vezes poderá causar dano ou perigo a elementos do ambiente e poderá configurar crime contra tais elementos previstos noutras seções da Lei 9605/98 ou em normas doutros diplomas legais que também tutelam o ambiente. Por exemplo, a morte de espécime da fauna silvestre (art. 29), dano a floresta de preservação permanente (art. 38), dano a unidade de conservação (art. 40), causar poluição tipificada pelo art. 54 ou até dano a bem integrante do patrimônio cultural (art. 62).

Em qualquer das situações exemplificadas, embora possam decorrer do nocivo ordenamento ou da prejudicial ocupação do território, não estará configurado especificamente o crime previsto pelo art. 64. É bem verdade que a conduta (construção em solo não edificável) ali prevista poderá também atingir os elementos do ambiente protegidos pelas normas exemplificadas, situações em que poderemos estar frente ao concurso daqueles crimes com o tipificado pelo art. 64.

O tipo em análise protege especificamente o ambiente pelo fato de a conduta (construção) poder prejudicar o valor agregado ao solo por suas valiosas circunstâncias enumeradas no art. 64 (valor paisagístico ou histórico, por exemplo) e que dizem com a manutenção da qualidade do ambiente. Assim, poderá haver concurso de crimes entre o delito em análise e outros contra o ambiente, acaso atingidos distintos elementos como nas situações exemplificadas anteriormente.

O que se busca aqui destacar é que configura o crime do art. 64 a simples conduta de promover construção em solo não edificável pelas razões que a lei especifica. É uma conduta que diz, portanto, com o ordenamento, a ocupação do território, rural ou urbano potencialmente danosa aos valores ambientais e culturais enumerados.

### 3.2. Configuração do tipo

#### Elementos objetivos

Como elementos descritivos, apresenta o tipo “promover construção”, ou seja, realizar, viabilizar, executar, de qualquer forma proporcionar a construção (edificação em sentido amplo). A expressão abarca também a reconstrução,

ou seja, a reforma ou ampliação, como bem decidiu a Apelação Criminal 2002.72.07.008763-8/SC, da Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª. Região, relatada pela Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère

### **Elementos objetivos normativos**

Dita construção há de ser em solo e, portanto, em bem imóvel, rural ou urbano, já que a lei não faz qualquer restrição. Exemplos: uma praça, um parque.

Ao solo hão de serem agregados elementos normativos. Primeiramente, deverá se tratar de solo não edificável, ou seja, não passível de receber construção, edificação, em razão de determinada peculiaridade, valor a ser preservado e que poderá ser atingido e prejudicado pela construção. A vedação se estende, por força de lei, ao entorno do bem não edificável, imóveis circunvizinhos que, em si não teriam valor especial agregado, mas cuja construção poderá prejudicar aquele bem não edificável especialmente valioso e protegido.

Outros elementos normativos deverão ser agregados e estão enumerados no art. 64, os quais configuram a razão da vedação da edificação no solo. Tais elementos vêm a ser o valor paisagístico, ecológico, artístico, arqueológico, etnográfico ou monumental. Não é exigível tombamento do bem.

### **Norma penal em branco?**

Entende José Eduardo Rodrigues que a não edificabilidade do solo deve resultar de lei, ato administrativo ou decisão judicial, aplicando-se por analogia os arts. 62 e 63 da Lei 9605/98 . Em tal sentido seria o art. 64, de conclusão, norma penal em branco.

Evidentemente, dita vedação à construção poderá decorrer daqueles atos, mas penso que não necessariamente. Entendo que a não edificabilidade poderá decorrer daqueles valores enumerados sem que seja indispensável qualquer ato formal de declaração. Trata-se de elemento normativo e não de norma penal em branco já que o texto do art. 64 nada contém neste sentido. Será a vedação decorrente de valor inerente ao bem, ao solo, por suas qualidades enumeradas. Mero juízo de valor a ser emitido pelo intérprete da norma.

### **Elementos normativos ainda. Ausência ou desacordo com autorização**

Para que se configure o tipo outros elementos de ordem normativa

são exigidos: que a conduta seja realizada sem autorização da autoridade competente, qual seja, que tenha competência na tutela do patrimônio cultural, já que o ordenamento do solo aqui está sendo regulado na proteção daquele elemento do meio ambiente. Como bem observa Nicolao Dino, equipara-se à ausência a obtenção com base em dados falsos ou meio fraudulento, como o conluio entre o solicitante e o outorgante .

Como a lei explicita, também configurará o crime a conduta realizada em desacordo com a autorização concedida.

### **Elemento subjetivo**

Não há previsão da forma culposa. Assim, apenas o dolo será o elemento subjetivo do tipo em questão.

### **Sujeitos ativo e passivo**

Como na regra da Lei dos crimes contra o meio ambiente, qualquer pessoa, física ou jurídica, poderá ser sujeito ativo do tipo do art. 64. Mesmo o proprietário do solo não edificável poderá ser autor, co-autor ou partícipe do crime, hipótese, destaque-se, bastante provável.

Sujeito passivo, em se tratando de direito difuso, sempre a coletividade será e, secundariamente, o proprietário do bem acaso não seja sujeito ativo.

## **4. Conclusões**

Do texto apresentado, podemos extrair as principais conclusões já anunciadas no resumo:

1. O patrimônio cultural e ordenamento territorial urbano constituem aspectos do meio ambiente e configuram os bens jurídicos protegidos pelas normas que descrevem os crimes previstos na seção IV da Lei 9605/98.

2. Como destacado na análise de cada um dos tipos, configuram bens autonomamente tutelados, de modo que possível o concurso de crimes quando, de uma mesma conduta decorrer danos ao patrimônio cultural ou ao ordenamento urbano e a outros aspectos do meio ambiente tutelados noutros dispositivos penais da mesma lei.

3. Em razão das qualidades dos bens protegidos, justificam-se elementos normativos e normas penais em branco.

4. Relativamente ao patrimônio cultural, de se destacar não mais necessário o tombamento do bem, no que ampliada a proteção penal.

5. Admissível a definição de políticas públicas na preservação do patrimônio cultural, o que vem expressamente reconhecido nos tipos penais analisados.

6. O titular do bem dotado de valor cultural ou do solo não edificável poderá ser considerado sujeito ativo do crime, tendo em vista a autonomia do meio ambiente como bem tutelado pelas normas penais incriminadoras, relativamente ao interesse individual, sendo a coletividade o sujeito passivo principal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Crimes contra o meio ambiente: uma visão geral, em *Direito Ambiental em Evolução 2*, coordenação de Vladimir Passos de Freitas, Juruá.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal* – Barcelona, Ariel.
- \_\_\_\_\_. *Bases críticas de un nuevo derecho penal* – Bogotá – Temis.
- \_\_\_\_\_. *Perspectivas atuais do direito penal econômico*, em *Fascículos de Ciências Penais*, v.4, n.2.
- COSTA JR., Paulo José. *Direito Penal Ecológico* – Forense Universitária.
- COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e, Bello Filho, Ney de Barros e Castro e Costa, Flávio Dino – *Crimes e infrações administrativas ambientais* – Comentários à Lei n.º 9605/98, Editora Brasília Jurídica.
- FERREIRA, Ivette Senise. *A tutela penal do patrimônio cultural* – Editora Revista dos Tribunais.
- FREITAS, Gilberto Passos de. *Poluição sonora, aspectos legais* – Editora Unisanta.
- \_\_\_\_\_. *Do crime de poluição*, em *Fretas, Vladimir Passos de, Direito Ambiental em Evolução* – Juruá.
- FREITAS, Vladimir Passos e Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza* – Editora Revista dos Tribunais.
- LECEY, Eladio. *Novos direitos e Juizados Especiais* – Revista de Direito Ambiental 15, e Revista da AJURIS n.º 77.
- MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro* – Malheiros Editores.
- MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *Alguns aspectos sobre a Lei dos Crimes Ambientais* – Revista de Direito Ambiental 19.
- MARCHESAN, Ana Maria Moreira, Steigleder, Annelise Monteiro e Cappelli, Silvia. *Direito Ambiental – Série Concursos*, Editora Verbo Jurídico.
- MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*, Editora Revista dos Tribunais.
- \_\_\_\_\_. *A nova tutela penal do meio ambiente* – Revista de Direito Ambiental 16.
- PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente*, Editora Revista dos Tribunais.
- RODRIGUES, José Eduardo. *A Evolução da proteção penal do patrimônio cultural. Crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural*. Revista de Direito Ambiental, vol.1.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*, Malheiros Editores.
- \_\_\_\_\_. *Fundamentos constitucionais da proteção do meio ambiente* – Revista de Direito Ambiental n.º 27.
- TIEDEMANN, Klaus. *Poder Económico y Delito* – Barcelona, Ariel Derecho.