

DIGESTO

A REVISTA JURÍDICA DO ISM – INSTITUTO SILVIO MEIRA

1^a EDIÇÃO

ANDRÉ AUGUSTO MALCHER MEIRA
BRUNO MENEZES COELHO DE SOUZA
CESAR BECHARA NADER MATTAR JÚNIOR
FREDERICO ANTONIO LIMA DE OLIVEIRA
ROBERTA MENEZES COELHO DE SOUZA
(COORDENADORES)

FREDERICO ANTONIO LIMA DE OLIVEIRA
(COORDENAÇÃO GERAL)

DIGESTO

A REVISTA JURÍDICA DO ISM – INSTITUTO SILVIO MEIRA

1^a EDIÇÃO

*EM HOMENAGEM AO CENTENÁRIO DE NASCIMENTO DO
JURISTA SILVIO AUGUSTO DE BASTOS MEIRA*



Belo Horizonte
2019

CONSELHO EDITORIAL

Álvaro Ricardo de Souza Cruz	Jorge Bacelar Gouveia - Portugal
André Cordeiro Leal	Jorge M. Lasmar
André Lipp Pinto Basto Lupi	Jose Antonio Moreno Molina - Espanha
Antônio Márcio da Cunha Guimarães	José Luiz Quadros de Magalhães
Bernardo G. B. Nogueira	Kiwonghi Bizawu
Carlos Augusto Canedo G. da Silva	Leandro Eustáquio de Matos Monteiro
Carlos Bruno Ferreira da Silva	Luciano Stoller de Faria
Carlos Henrique Soares	Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Claudia Rosane Roesler	Luiz Manoel Gomes Júnior
Clémerson Merlin Clève	Luiz Moreira
David França Ribeiro de Carvalho	Márcio Luís de Oliveira
Dhenis Cruz Madeira	Maria de Fátima Freire Sá
Dircêo Torrecillas Ramos	Mário Lúcio Quintão Soares
Emerson Garcia	Martonio Mont'Alverne Barreto Lima
Felipe Chiarello de Souza Pinto	Nelson Rosenvald
Florisbal de Souza Del'Olmo	Renato Caram
Frederico Barbosa Gomes	Roberto Correia da Silva Gomes Caldas
Gilberto Bercovici	Rodolfo Viana Pereira
Gregório Assagra de Almeida	Rodrigo Almeida Magalhães
Gustavo Corgosinho	Rogério Filippetto de Oliveira
Gustavo Silveira Siqueira	Rubens Beçak
Jamile Bergamaschine Mata Diz	Vladimir Oliveira da Silveira
Janaína Rigo Santin	Wagner Menezes
Jean Carlos Fernandes	William Eduardo Freire

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos reprodutivos, sem autorização expressa da editora.

Impresso no Brasil | Printed in Brazil

Arraes Editores Ltda., 2019.

Coordenação Editorial: Fabiana Carvalho

Produção Editorial e Capa: Danilo Jorge da Silva

Revisão: Responsabilidade do Autor

340.1 Digesto: em homenagem ao centenário de nascimento do jurista Silvio Augusto de Bastos Meira: a
P467 Revista Jurídica do ISM – Instituto Silvio Meira / Coordenação geral de Frederico Antonio Lima de
2019 Oliveira; [coordenado por] André Augusto Malcher Meira [et al.]. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019.
212 p.

ISBN: 978-85-8238-582-1
ISBN: 978-85-8238-583-8 (E-book)
Vários autores.

1. Direito geral. 2. Teoria do direito. I. Oliveira, Frederico Antonio Lima de (Coord. Geral). II. Meira, Silvio Augusto de Bastos. III. Meira, André Augusto Malcher (Coord.). IV. Souza, Bruno Menezes Coelho de (Coord.). V. Mattar Junior, Cesar Bechara Nader (Coord.). VI. Oliveira, Frederico Antonio Lima de (Coord.). VII. Souza, Roberta Menezes Coelho de (Coord.). VIII. Digesto – A Revista Jurídica do ISM. VIII. Instituto Silvio Meira – ISM. XI. Título.

CDD(23.ed.)-340.1
CDDir – 340.1

Elaborada por: Fátima Falci
CRB/6-700

MATRIZ

Av. Nossa Senhora do Carmo, 1650/loja 29 - Bairro Sion
Belo Horizonte/MG - CEP 30330-000
Tel: (31) 3031-2330

FILIAL

Rua Senador Feijó, 154/cj 64 - Bairro Sé
São Paulo/SP - CEP 01006-000
Tel: (11) 3105-6370

www.arraeseditores.com.br
arraes@arraeseditores.com.br

Belo Horizonte
2019

INSTITUTO SILVIO MEIRA - ACADEMIA DE DIREITO

DIRETORIA

André Augusto Malcher Meira
Presidente

César Bechara Nader Mattar Jr
Vice-presidente

Bruno Menezes Coelho de Souza
Diretor Secretário

Roberta Menezes Coelho de Souza
Diretora Cultural

Eduardo Vera-Cruz Pinto
Diretor Geral em Lisboa

Raimundo Chaves Neto
Diretor em Lisboa

Ana Patrícia Lima Freire
Diretora em Lisboa

MEMBROS

MEMBROS BENEMÉRITOS

1. ALUÍSIO AUGUSTO MARTINS MEIRA
2. MARIA BETÂNIA FIDALGO ARROYO
3. MAURO IMBIRIBA CORRÊA

MEMBROS EFETIVOS

1. ADHERBAL MEIRA MATTOS
2. ADRIANA MALCHER MEIRA ROCHA
3. ALEX LOBATO POTIGUAR
4. ANA MARIA RODRIGUES BARATA

5. ANTONIO JOSÉ DE MATTOS NETO
6. ÂNGELA SERRA SALLES
7. BRUNO MENEZES COELHO DE SOUZA
8. CESAR BECHARA NADER MATTAR JR
9. CLODOMIR ARAÚJO JR
10. CLÓVIS CUNHA DA GAMA MALCHER FILHO
11. ELDER LISBOA DA COSTA - (in memoriam)
12. ERNANE MALATO
13. EVA FRANCO
14. FABRÍCIO VASCONCELOS DE OLIVEIRA
15. FREDERICO ANTÔNIO LIMA DE OLIVEIRA
16. GABRIELA HOLANDA CASTRO
17. HOMERO LAMARÃO NETO
18. JEFERSON ANTÔNIO FERNANDES BACELAR
19. JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO
20. LUCIANA MALCHER MEIRA NEVES
21. LUIZ ALBERTO GURJÃO SAMPAIO DE CAVALCANTE ROCHA
22. MARCELO HOLANDA
23. MARIA STELA CAMPOS DA SILVA
24. MARINA ANDRADE DA GAMA MALCHER
25. MARINA PANTOJA BERNARDES
26. MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE
27. NEY MARANHÃO
28. PASTORA DO SOCORRO TEIXEIRA LEAL
29. PAULO DE TARSO DIAS KLAUTAU FILHO
30. RAPHAEL SAMPAIO VALE
31. RENAN VIEIRA DA GAMA MALCHER
32. ROBERTA COELHO DE SOUZA
33. RUI FRAZÃO DE SOUSA
34. VICTOR AUGUSTO DE OLIVEIRA MEIRA
35. ZENO VELOSO

SÓCIOS CORRESPONDENTES

1. ANA PATRÍCIA LIMA FEIRE - PERNAMBUCO E LISBOA
2. AURÉLIO WANDER BASTOS - RIO DE JANEIRO
3. AURINEY BRITO - AMAPÁ
4. AUSTRÉIA MAGALHÃES CÂNDIDO - SÃO PAULO
5. CARMELA GRUNE - RIO GRANDE DO SUL
6. EDUARDO SERUR- PERNAMBUCO
7. ELIZA GONÇALVES DIAS - CEARÁ

8. MARIANNA CHAVES - PARAÍBA E COIMBRA
9. RAIMUNDO CHAVES NETO - CEARÁ E LISBOA
10. RICARDO BEZERRA - PARAÍBA
11. ROBERTO VICTOR PEREIRA RIBEIRO - CEARÁ
12. RODOLFO PAMPLONA FILHO - BAHIA
13. RODRIGO LIMA VAZ SAMPAIO - SÃO PAULO
14. JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO - SÃO PAULO

REALIZAÇÕES ISM

- I. CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO (SET/2013) - BELÉM
- II. CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO (SET/2014) - BELÉM
(em homenagem a Egydio Machado Salles)
- III. CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO (MAIO/2015) - LISBOA
- IV. CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO (SET/2015) - BELÉM
(em homenagem a Zeno Veloso)
- V. CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO (ABRIL/2016) - LISBOA
(em homenagem a Clóvis Malcher)
- XVIII. CONGRESSO INTERNACIONAL E XXI CONGRESSO IBEROAMERICANO DE DIREITO ROMANO (AGOSTO/2016) - BELÉM (em homenagem a Clóvis Malcher)
- VI. CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO (MAIO/2017) - LISBOA
(em homenagem a Daniel Coelho de Souza)
- XXIV. FÓRUM DE CIÊNCIA PENAL (SETEMBRO/2017) - FORTALEZA
- VISITA OFICIAL NA OMC - ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (ABRIL/2015) - GENEbra/SUÍÇA
- I. CONGRESSO LUSO-ÍTALO-BRASILEIRO DE DIREITO (23 e 24 de ABRIL de 2018) - VATICANO/ROMA/ITÁLIA (em homenagem a Arnaldo Meira)
- VII. CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO (18 e 19 de OUTUBRO de 2018) - LISBOA/PORTUGAL (em homenagem a Adherbal Meira Mattos)

PRÓXIMAS REALIZAÇÕES

- II CONGRESSO ÍTALO-LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO (25 e 26 de MARÇO de 2019) - ROMA/ITÁLIA (em homenagem ao centenário do nascimento do jurista Silvio Meira)
- SIMPÓSIO DE DIREITO ROMANO (14 de MAIO de 2019) - RIO DE JANEIRO (em homenagem ao centenário do nascimento do jurista Silvio Meira)
- ENCONTRO DO COLÉGIO DE PRESIDENTES DAS ACADEMIAS JURÍDICAS DO BRASIL (9 e 10 de OUTUBRO de 2019) - BELÉM (em homenagem ao centenário do Silvio Meira e Orlando Bitar)

PRÊMIO SILVIO MEIRA - LISTA DE PREMIADOS

- ANA PATRÍCIA LIMA FREIRE
- CÉSAR BECHARA NADER MATTAR JR
- CLÓVIS CUNHA DA GAMA MALCHER (*in memoriam*)
- CLÓVIS CUNHA DA GAMA MALCHER FILHO
- DANIEL QUEIMA COELHO DE SOUZA (*in memoriam*)
- DÉBORA BEMERGUY ALVES
- FREDERICO ANTÔNIO LIMA DE OLIVEIRA
- FREDERICO COELHO DE SOUZA (*in memoriam*)
- GUARANY JR
- JEFERSON ANTÔNIO FERNANDES BACELAR
- MARIA TERESA DA COSTA MACEDO
- MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE
- PAULO ARTHUR CAVALCANTE KOURY
- RAIMUNDO CHAVES NETO
- ROBERTO VICTOR PEREIRA RIBEIRO

HINO DO INSTITUTO SILVIO MEIRA

Letra e música: Vicente José Malheiros da Fonseca
Belém (PA), 28 de fevereiro de 2018

*Instituto Sílvio Meira
Nossa fonte do saber,
Entidade cultural
Para o estudo do Direito.*

*Salve nosso grande jurista!
Mestre do Direito Romano,
Que tanto orgulha o Pará
Tu és universal,
Sílvio Meira imortal,
E nas lições que deixaste,
Não há nada que afaste
Esse nosso ideal.*

*Sempre em prol da cultura
Base da educação
E na pesquisa, na cátedra,*

*Da ciência jurídica
Que inspira a canção.*

*Vamos cantar neste hino
Nosso Instituto querido,
Casa de Sílvio Meira,
Romanista, escritor,
Eternal professor.*

*Salve nosso grande jurista!
Mestre do Direito Romano,
Que tanto orgulha o Pará
Tu és universal,
Sílvio Meira imortal,
E nas lições que deixaste,
Não há nada que afaste
Esse nosso ideal.*

* O compositor elaborou diversos arranjos para o “Hino do Instituto Sílvio Meira”: Canto e Piano; Canto, Quinteto de Metais, Percussão e Piano; Canto, Banda Sinfônica, Percussão e Piano; Orquestra de Cordas; e Orquestra Sinfônica.

** O Hino foi oficializado pela Resolução nº 01/2018, da Diretoria do Instituto Sílvio Meira, de 13 de setembro de 2018.

QUEM FOI SILVIO MEIRA?

Silvio Augusto de Bastos Meira, nome literário Silvio Meira, advogado, professor Catedrático e Emérito da UFPA, jurista, jurisconsulto, humanista, germanista, romancista, escritor. Homem de todas as letras. Filho do senador Augusto Meira com Anésia de Bastos Meira, nasceu em Belém do Pará no dia 14 de maio de 1919. Em 1924 iniciou os estudos primários no “Instituto Vieira”, concluindo em 1929. No ano seguinte, aos 11 anos, ingressou no Gynásio Paraense (Colégio Paes de Carvalho), onde organizou um jornal intitulado “Nihil”, com seis exemplares. Em 1935, aos 16 anos, termina o curso ginásial e realiza o curso pré-jurídico, quando inicia os estudos na língua alemã com a professora Otília Müller Schumann. Aos 18 anos escreve seu primeiro livro, “A conquista do Rio Amazonas”, onde conta a história do navegador Pedro Teixeira e, aos 19, escreve seu primeiro romance “Mato Grande”, inédito até hoje, quando, também, teve publicado no importante “Jornal do Commercio” um trabalho sobre Frederico Schiller, de sua autoria. Em 1937, ingressa na Faculdade de Direito do Pará. Em 1940, ainda acadêmico de direito, realiza concurso para o Ministério do Trabalho, conquistando o primeiro lugar entre 400 candidatos, assumindo como secretário do Tribunal Regional do Trabalho. Gradua-se em direito no ano de 1942, com o título de “laureado”, sendo o orador oficial da turma. Em 1943, desliga-se do Tribunal do Trabalho e é nomeado diretor da Junta Comercial do Estado do Pará. Inscrito na OAB-PA sob o nº 305, foi advogado militante por mais de 30 anos. Completou seus estudos humanísticos em bolsa de estudos na Alemanha, França e Itália, nos anos de 1957 a 1962. Em todas as missões ao exterior manteve contato pessoal com eminentes romanistas, tendo várias de suas obras traduzidas para vários idiomas.

Projetou-se no Pará como legislador (constituinte de 1946), presidente da Comissão que elaborou o projeto da Constituição Política do Estado em 1947 e membro da que elaborou a de 1967, presidente da Comissão de Constituição e Justiça, contribuiu para a redação do Código Civil de 2002, presidente do Instituto dos Advogados do Pará (IAP) e vice-presidente da OAB-PA na gestão de Daniel Coelho de Souza e Egydio Salles. Silvio Meira também foi deputado estadual (líder da maioria), consultor geral da Prefeitura de Belém, consultor geral do Estado, membro do Conselho Estadual (desde a sua fundação em 1969) e do Conselho Federal de Cultura (1971 a 1977), bem como 1º suplente de deputado federal e de senador da República.

Além dos inúmeros cargos que exerceu, era membro de várias entidades culturais, nacionais e estrangeiras, tais como a Academia Brasileira de Letras

Jurídicas (fundador, na cadeira nº 05), Academia Brasileira de História, Instituto dos Advogados Brasileiros (de onde foi Orador Oficial por muitos anos), Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro (e de vários Estados, como o do Pará), Academias de Letras (Carioca, Pará, Acre, Paraíba, Alagoas e outras), Academia Brasileira de Literatura Infantil e Juvenil, Sociedade Brasileira de Romanistas, foi presidente da Associação Interamericana de Direito Romano, bem como membro honorário da Academia Paraense de Letras Jurídicas. Com mais de cinquenta títulos e diplomas honoríficos, entre eles o diploma “Al Mérito” da Universidade Autônoma e da Universidade Veracruzana do México, “Palma de Ouro” da UFPA, “Ami de Paris”, do Conselho Municipal de Paris, “Medalha do Mérito” da Universidade Federal de Pernambuco, “Medalha Osvaldo Vergara” da OAB-RS, “Medalhas do Centenário de Rui Barbosa”, do Centenário de Plácido de Castro, Cidadão Carioca, pela Assembleia Legislativa do Estado da Guanabara, “Medalha José Veríssimo” da Academia Paraense de Letras, “Medalha Cultural Augusto Meira”, do Conselho Estadual de Cultura, Diploma de Cidadão Petropolitano e “Prêmio Clio” da Academia Paulista de História (1991), dentre tantos outros. Recebeu quatro prêmios da Academia Brasileira de Letras (Odorico Mendes, Aníbal Freire, Alfredo Jurzikowsky e a mais alta comenda cultural brasileira, a “Medalha Machado de Assis”, pelo conjunto da obra). Nas Letras Jurídicas, é o único paraense a receber as três maiores comendas do país: o “Prêmio Pontes de Miranda”, da Academia Brasileira de Letras Jurídicas (1980), o “Prêmio Teixeira de Freitas”, do Instituto dos Advogados Brasileiros (1971, indicado por 36 juristas) e o “1º Prêmio Brasília de Letras Jurídicas”, do Clube dos Advogados do Distrito Federal (1977). Nos anos 70, cursou a Escola Superior de Guerra, sendo orador da turma.

Como professor, em 1947 foi contratado para lecionar Direito Civil e, em 1955, começou a lecionar Direito Romano, conquistando a Cátedra da disciplina em 1958 com a tese “A Lei das XII Tábuas – Fonte do Direito Público e Privado”. Em 1989, foi elevado a professor Emérito da UFPA. Silvio Meira, sobretudo, era um germanista. A convite do governo alemão estudou e visitou as universidades de Bonn, Hamburgo, Berlim, Munique, Bochum, Heidelberg, Constanz, Instituto Max Planck, entre outras. Traduziu, do original, a obra-prima “Fausto” de Goethe, em versos rimados (5 edições), merecendo por essa tradução os aplausos de eminentes homens de letras brasileiros. Traduziu, também, o drama “Guilherme Tell”, de Frederico Schiller (2 edições), sendo premiado pela Academia Brasileira de Letras. Sobre a cultura tedesca, ainda publicou a bela obra “Estudos Camonianos e Goethianos”. Pelas suas realizações no campo germanístico recebeu a mais alta comenda cultural alemã, a medalha “Verdienstkreuz”, a Cruz do Mérito da antiga República Federal da Alemanha, em 1^a classe. Sobre a tradução do Fausto feita por Silvio Meira,

escreveu o saudoso Carlos Drummond de Andrade: “Não preciso dizer-lhe do interesse que me despertou a recriação, em vernáculo, da obra-prima alemã, interpretada com tanto escrúpulo intelectual e conhecimento de particularidades literárias, que tornam esse trabalho realmente digno de admiração”.

Silvio Meira publicou inúmeras obras nas áreas do Direito, literatura, poesia, ensaio, biografia, tradução e romance, mais de duzentas monografias, artigos e conferências por todo o mundo e mais de quinze mil pareceres jurídicos. Na semana passada já tratamos das obras germanistas, abordando a tradução do “Fausto” de Goethe e o drama “Guilherme Tell”, de Schiller, ambas premiadas como as melhores traduções para a língua portuguesa. Aliás, sobre o caráter germanista de Silvio Meira assim pronunciou-se a saudosa escritora Racquel de Queiroz, a primeira mulher a ingressar na Academia Brasileira de Letras: “Silvio Meira é um goethiano, cultor e tradutor do Poeta. Isso se comprehende, pois as afinidades entre ambos são evidentes, como a multiplicidade de facetas intelectuais, que no paraense descobrimos na cátedra, na ciência, na linguística, na poesia, no romance. E cada qual tão merecedora de aplausos quanto a obra”. Mas, Silvio Meira era, também, um romancista. Sua famosa trilogia “Os Náufragos do Carnapijó”, “O Ouro do Jamanxim” e “Os Balateiros do Maicuru”, que retratam a vida na Amazônia, eram obras obrigatórias nas escolas públicas do país pelo INL – Instituto Nacional do Livro. Aliás, sobre “O Ouro do Jamanxim”, pronunciou-se o grande Carlos Drummond de Andrade: “...belo e vigoroso romance O Ouro do Jamanxim. Ele nos permite visualizar, de forma dramática, a terra e o homem amazônico, através de uma história que cativa o interesse do leitor. Ficção que reflete a vida em movimento, e que por isso, a par do mérito literário, tem o valor de documento social e humano”.

No campo da história, Silvio Meira escreveu “A Conquista do Rio Amazonas”, “A Epopéia do Acre”, “Fronteiras Sententrionais: 3 séculos de lutas no Amapá”, “Fronteiras Sangrentas”, “Meditações sobre o Fausto de Goethe” (separata) e “Mato Grande” (inédito). Sobre a obra “Fronteiras Sangrentas”, assim comentou o saudoso intelectual Gilberto Freyre: “...o erudito admirável, cujo alto saber nunca se desprende das coisas mais nacionais do Brasil, que é o Prof. Silvio Meira”. No campo da poesia, publicou “Antologia Poética”, “Antologia de Poetas Alemães” (26 poetas), e os ensaios “Estudos Camonianos e Goethianos” – onde faz uma profunda análise comparativa entre o pensamento de Goethe e Camões -, “Andrés Bello e Teixeira de Freitas” e “A missão do orador”. Sobre as Antologias Poéticas, assim escreveu o saudoso escritor Octávio de Faria, imortal da Academia Brasileira de Letras: “Silvio Meira é um ser vivo e pulsante, ao mesmo tempo um romancista, e um poeta, um jurista e um ensaísta, um ser que vibra como todos ante tudo o que existe e se faz sentir no tremendo mundo em que vivemos. Apenas, e antes de mais nada, é um ser

voltado para o que há de mais belo e de mais nobre, para o passado mais clássico em cujo culto foi educado - e, digamos assim, esplendidamente educado".

Na área do Direito, foi autor de inúmeras obras, artigos, conferências e trabalhos científicos ao longo da vida, especialmente na área romanista, os quais destacamos: "Curso de Direito Romano" (reditado em 1996 pela LTr em edição comemorativa), "História e Fontes do Direito Romano", "Instituições de Direito Romano" (um tratado, reeditado em 2017 pelo IASP), "Direito Tributário Romano" (reditado em 2013 pela Ed. UFPA), "A Lei das XII Tábuas - Fonte do Direito Público e Privado" (sua tese de Cátedra), "Novos e Velhos Temas de Direito", "O Direito Vivo", "Noções Gerais de Processo Civil Romano", "Processo Civil Romano", "Temas de Direito Civil e Agrário", "A vocação dos séculos e o Direito Romano", "Alguns Casos Forenses", "Direitos de ontem e de hoje", "Rui Barbosa na Constituição de 1988", "O Brasil e o Direito Romano", "O Tribunato da Plebe em face do Direito Romano", entre tantos outros. Suas obras foram publicadas pelas melhores editoras do Brasil e do exterior. Notabilizou-se com o lançamento das biografias dos dois maiores juristas do Brasil: "Clóvis Beviláqua - Sua Vida, Sua Obra" e "Teixeira de Freitas - O Jurisconsulto do Império", ambas premiadas, deixando, ainda, a obra "Couto de Magalhães, o último bandeirante" (inacabada). Sobre a biografia de Teixeira de Freitas, assim escreveu o saudoso Afonso Arinos de Melo Franco, titular da cadeira 25 da Academia Brasileira de Letras: "Agora, com este livro monumental sobre Teixeira de Freitas, o humanismo de Silvio Meira adquire nova dimensão, a de biografia, no seu sentido abrangente de ensaio jurídico, pesquisa histórica, reflexão social e compreensão humana". Silvio Meira compôs inúmeras bancas de mestrados, doutorados, cátedras e livre docências em diversas universidades da Europa e da América Latina, muitas delas na USP. Em 2017, a Universidade da Amazônia batizou a biblioteca do curso de direito com o seu nome.

Silvio Meira casou-se com Maria José Martins Meira (in memoriam) e teve sete filhos, Aluisio, Maria Silvia, Arnaldo (in memoriam), Heloisa, Celso (in memoriam), Fernando (in memoriam) e Henrique. Dedicou-se também à arte, especializando-se em pintura na França. A música, que ele tão bem retratava no piano "Essenfelder" de cauda longa, também fazia parte dos seus hobbies desde a infância. Falava e escrevia fluentemente mais de oito idiomas, entre eles o latim, alemão, francês, espanhol, italiano, inglês e grego. Silvio Meira faleceu no dia 31 de dezembro de 1995, em Londres/Inglaterra, depois de retornar de uma conferência em Bruxelas. Foi toda uma vida dedicada à cultura, ao trabalho, à família e à pátria.

“Todos nós devíamos nos preparar para o futuro aprendendo coisas que ainda não sabemos, desaprendendo coisas que sabemos, mas não deveríamos mais saber, e reaprendendo coisas que já soubemos e que voltaram a ser úteis.”

(Silvio Meira)

SOBRE OS AUTORES

ADHERBAL MEIRA MATTOS

Doutor em Direito. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas e da Academia Brasileira de Direito Internacional.

ANA PATRÍCIA LIMA FREIRE

Mestre em Direito Empresarial e Doutoranda em História Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;; MBA em Direito Econômico e Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas; Especialista em Assessoria Jurídica de Empresas pelo IE Law School de Madrid; Investigadora do Instituto de Teoria e Historia do Direito da FDUL; professora; advogada no Brasil e em Portugal.

ANDRÉ AUGUSTO MALCHER MEIRA

Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade de Lisboa. Presidente do Instituto Silvio Meira. Membro da Academia Paraense de Letras Jurídicas e da Academia Brasileira de Direito. Orador Oficial do IAP. Membro efetivo do IAB Nacional. Advogado. Professor.

BRUNO NOVAES BEZERRA CAVALCANTI

Advogado, presidente do Instituto dos Advogados de Pernambuco.

CAROLINA SILVA MENDES ALCÂNTARA

Autora do presente Artigo, Advogada inscrita na OAB-PA sob o nº 28.057.

CLODOMIR ASSIS ARAUJO JUNIOR

Bacharel em Direito. Mestrando em Direitos Fundamentais, pelo Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais (PPGDF) da Universidade da Amazônia (UNAMA). Contato: clodomirjr@hotmail.com

EDUARDO VERA-CRUZ PINTO
Professor Catedrático da Universidade de Lisboa.

ELDER LISBOA FERREIRA DA COSTA
Pós-doutorado da Universidade de Lisboa. Doutor Europeus da Universidade de Salamanca. Mestre em Ciências Jurídico Criminais da Universidade de Coimbra. Professor Universitário. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

FABIANA MATTIOLI
Doutora em Direito pela Universidade de Bologna/Itália.

FERNANDA ANTUNES MARQUES JUNQUEIRA
Doutoranda em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade Federal de Minas Gerais. Autora de obras, capítulos de livros e artigos publicados em revistas especializadas. Juíza do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quarta Região (RO-AC).

JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO
Mestre e doutor em direito (UFPA), pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Procurador do Estado do Pará, professor Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA) e da Faculdade Metropolitana de Manaus (FAMETRO). Membro da Academia Paraense de Letras Jurídicas (APLJ), da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNEP), do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO), da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDP), da Academia Brasiliense de Direito Processual (ABPC), do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP) e do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). www.henriquemouta.com.br

JORGE LUIZ OLIVEIRA DOS SANTOS
Doutor em Ciências Sociais (Antropologia). Professor Titular Pós-Stricto Senso I, junto ao Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais (PPGDF) na Universidade da Amazônia (UNAMA). Contato: jorgeluiz_dossantos@hotmail.com

JULIANA VASCONCELOS DE CASTRO
Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Docente da Universidade Anhembi Morumbi de São Paulo. Advogada

MARIANNA CHAVES
Doutoranda em Direito Civil pela Universidade de Coimbra em cotutela com a USP. Mestra em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa. Presidente

da Comissão de Biodireito e Bioética do IBDFAM. Pesquisadora do THD - Centro de Investigação da ULisboa. Membro do Conselho de Jovens Juristas do ISM. Advogada

NEY MARANHÃO

Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo, com estágio de Doutorado-Sanduíche junto à Universidade de Massachusetts (Boston/EUA). Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade de Roma – La Sapienza (Itália). Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor de Direito do Trabalho da Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor Convidado do Programa de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito do Trabalho do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Professor convidado em diversas Escolas Judiciais de Tribunais Regionais do Trabalho. Juiz Titular da 2^a Vara do Trabalho de Macapá (AP) (TRT da 8^a Região/PA-AP). E-mail: ney.maranhao@gmail.com / Facebook: Ney Maranhão II

RAIMUNDO CHAVES NETO

Advogado, Professor, Mestre pela Universidade de Coimbra e Doutorando pela Universidade de Lisboa.

TIAGO ANDRADE LIMA

Advogado, Mestre em Tecnologia Ambiental. Especialista em Direito Público e em Direito Urbanístico e Ambiental. Membro da Comissão Nacional de Direito Ambiental da OAB. Vice-Presidente da Comissão de Meio Ambiente da OAB/PE.

WALLACE CARVALHO COSTA

Doutorando em História do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre em Direito e Economia, especialista em Direito Ambiental, especialista em Direito Civil e Processual Civil, Coordenador e Professor de Direito no Centro Universitário do Leste de Minas Gerais, Advogado.

ZENO VELOSO

Professor de Direito Civil na UNAMA e na UFPA. Doutor Honoris Causa pela Universidade da Amazônia. Membro fundador e Diretor da Região Norte do IBDFAM. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	XXI
CÁTEDRA I	
BREVES NOTAS SOBRE A INTEGRAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS (DO CÓDIGO BEVILÁQUA AO CÓDIGO CIVIL DE 2002) <i>Marianna Chaves; Zeno Veloso</i>	2
A FIDUCIA ROMANA - INFLUXOS NO DIREITO BRASILEIRO <i>Raimundo Chaves Neto</i>	19
CÁTEDRA II	
LA RESPONSABILITÀ PER EFFUSUM VEL DEIECTUM DEI SOTTOPOSTI A POTESTÀ <i>Fabiana Mattioli</i>	33
CÁTEDRA III	
A ORIGEM ROMANA DOS ARTIGOS 217º E 218º DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS: A DECLARAÇÃO NEGOCIAL TÁCITA E O VALOR DO SILENCIO COMO MEIO DECLARATIVO <i>Eduardo Vera-Cruz Pinto</i>	42
CÁTEDRA IV	
AS BASES DO CONSTITUCIONALISMO FRANCÊS <i>Juliana Vasconcelos de Castro</i>	49

CÁTEDRA V	
RESERVA LEGAL: O MITO DA PRESERVAÇÃO AMBIENTAL NO BRASIL	
<i>Ana Patrícia Lima Freire; Wallace Carvalho Costa; Tiago Andrade Lima</i>	59
CÁTEDRA VI	
OS PARÂMETROS DA OIT FRENTE A ERRADICAÇÃO DO TRABALHO FORÇADO. DISCURSO DOS DIREITOS HUMANOS	
<i>Elder Lisboa Ferreira da Costa</i>	83
CÁTEDRA VII	
DUAS NOTAS SOBRE A AÇÃO RESCISÓRIA E A INTERPRETAÇÃO DO STJ	
<i>José Henrique Mouta Araújo</i>	104
CÁTEDRA VIII	
A INTERVENÇÃO PENAL (PÓS) DEMOCRÁTICA E A (IN) EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	
<i>Clodomir Assis Araujo Junior; Jorge Luiz Oliveira dos Santos</i>	111
CÁTEDRA IX	
O GRITO DE BRUMADINHO: O ROMPIMENTO DA BARRAGEM DO CÓRREGO DO FEIJÃO E SUAS IMPLICAÇÕES NA PERSPECTIVA DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO	
<i>André Augusto Malcher Meira; Fernanda Antunes Marques Junqueira; Ney Maranhão</i>	123
CÁTEDRA X	
NOTAS SOBRE A DIFERENCIADA FUNCIONAL NO PENSAMENTO DE LUHMANN	
<i>Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti</i>	148
CÁTEDRA XI	
CONVENÇÃO DA ONU SOBRE DIREITO DO MAR/ 1982 - TEXTO ORIGINÁRIO E ALTERAÇÕES: ACORDO DE IMPLEMENTAÇÃO/ 1994 E ACORDO DE NOVA YORK/ 1995	
<i>Adherbal Meira Mattos.....</i>	157
O ESTADO DA CIDADE DO VATICANO E A DIPOMACIA DO PAPA FRANCISCO	
<i>Adherbal Meira Matos.....</i>	171

CÁTEDRA XII

A IDENTIDADE JURÍDICA DO ESTADO PARAENSE SOB
A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DOS
ESTADOS MEMBROS: UMA CONSTRUÇÃO VOLTADA
À HISTORIOGRAFIA DAS CONSTITUIÇÕES DO ESTADO
DO PARÁ

Carolina Silva Mendes Alcântara 176

APRESENTAÇÃO

O Instituto Sílvio Meira - Academia de Direito, em honra ao centenário de seu patrono, o imortalizado jurista paraense Sílvio Augusto de Bastos Meira, apresenta a primeira edição do DIGESTO, a revista jurídica do ISM. O jurisconsulto Sílvio Meira, romanista único, cuja história singrou as fronteiras nacionais para fincar raízes no "Velho Mundo" e legar seus fundamentos humanísticos à eternidade, empresta, outra vez, a grandiosidade de sua vida pública e acadêmica às futuras gerações.

A inspiração justinianéia perpetuada pelo Digesto original na segunda metade do século VI, resgatou em compilação escrita para o latim e para o grego (*Pandectas*), a melhor produção científica dos jurisconsultos clássicos, perenizando em cinquenta volumes as bases do melhor conhecimento jurídico da época, colunas de sustentação do Direito Romano e do moderno Direito Civil, em particular.

À razão do mesmo propósito, de colher e compilar fragmentos da mais respeitada produção intelectual jurídica da atualidade, é que o Instituto Sílvio Meira idealizou um novo DIGESTO, em revista, cuja magnitude repousa sob XII Cátedras do Direito (Civil e Romano, Empresarial e Tributário, Introdução ao Estudo do Direito, Constitucional, Ambiental e Agrário, Direitos Humanos, Difusos e Coletivos, Processo Civil, Penal e Processo Penal, Trabalho e Processo do Trabalho, Filosofia do Direito, Direito e Comércio Internacional, e Administrativo), pilares sustentados em textos de profunda abordagem doutrinária, subscritos por eméritos juristas pátrios, todos especialistas de renome nacional e internacional.

Esta grande obra, que sagra-se ímpar pelo mérito dos articulistas e pela contemporaneidade das abordagens temáticas, encontrou seu escopo e inscreve-se entre as belas obras de arquitetura da genialidade jurídica nacional. Deleitem-se.

Belém, Pará, Brasil, 1º de março de 2019

**ANDRÉ AUGUSTO MALCHER MEIRA
BRUNO MENEZES COELHO DE SOUZA
CESAR BECHARA NADER MATTAR JÚNIOR
FREDERICO ANTONIO LIMA DE OLIVEIRA
ROBERTA MENEZES COELHO DE SOUZA**



Silvio Meira

CÁTEDRA I

BREVES NOTAS SOBRE A INTEGRAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS (DO CÓDIGO BEVILÁQUA AO CÓDIGO CIVIL DE 2002)

*Marianna Chaves
Zeno Veloso*

INTRODUÇÃO

O Código Civil de 1916 completaria um centenário de vigência no dia 1º de janeiro de 2017.¹ Não há como se escrever sobre a história e o legado do Código Civil revogado sem tecer alguns comentários sobre o autor do projeto, Clóvis Beviláqua, afinal, todos os estudantes e operadores do Direito investigaram e laboraram com aquele grande “monumento legislativo”,² entre os anos de 1917 e 2003, quando o Código Civil atual entrou em vigor.

De origem italiana, a família de Beviláqua teria chegado ao Nordeste brasileiro no século XVIII. O pai de Clóvis, José Beviláqua, era padre e foi vigário de Viçosa (Ceará), tendo vivido em união estável com a mãe do jurisconsulto, D. Martiniana Maria de Jesus, natural do Piauí. Na prole oriunda dessa união, incluía-se Clóvis, nascido em 04 de outubro de 1859.³

Pode-se supor, com uma opinião de caráter estritamente pessoal, que da sua própria conformação familiar tenha vindo o espírito vanguardista de Beviláqua na feitura do projeto original do CC, sobre o qual se discorrerá mais adiante.⁴ A

¹ Alerta-se o leitor que em todas as citações diretas – seja da legislação, seja da doutrina – optamos por fazê-lo mantendo a escrita original, ou seja, o português arcaico.

² Na expressão de LOTUFO, Renan. “Da oportunidade da Codificação Civil e a Constituição”, In: *O novo Código Civil e a Constituição*/ Ingo Wolfgang Sarlet (org.). 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 13-32, 2006, p. 21.

³ SCHUBSKY, Cássio. “Clóvis Beviláqua: um senhor brasileiro (1)”. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-set-04/justica-historia-Clóvis-Beviláqua-senhor-brasileiro> Acesso em: 28/02/2017.

⁴ Conforme nos indica a obra de Sílvio Meira, o projeto original ou primitivo, antes de sua revisão pela comissão, afastava-se de concepções arcaicas. Pôs a mulher em melhor situação jurídica, igual ao homem nas relações civis, amparou o reconhecimento da filiação natural e até mesmo da incestuosa e adulterina. Para além disso, a mulher não perdia a sua capacidade em razão do casamento, a ela era permitido ser tutora, prestar caução fidejussória e ser testemunha. Todavia, a comissão se opôs a tais disposições.

outro giro, como indica alguma doutrina,⁵ naquele tempo a convivência marital entre padres e mulheres não era um fato incomum, tanto que o padre Beviláqua e D. Martiniana não ocultavam a união e eram bem vistos na terra onde viviam.

Aos 10 anos de idade, para estudar, mudou-se de Viçosa para Sobral e posteriormente para Fortaleza e para o Rio de Janeiro. Em 1882, graduou-se pela Faculdade de Direito do Recife, tendo trabalhado por 5 anos como bibliotecário da instituição até se tornar professor de Legislação Comparada e Filosofia do Direito.⁶

Associou-se à Escola do Recife, movimento intelectual, filosófico, crítico, sociológico e, claro, jurídico. Esse grupo foi liderado pelo célebre germanista sergipano Tobias Barreto,⁷ de quem Beviláqua foi aluno, e seu discípulo, Sílvio Romero, que como seu mestre adotava uma filosofia que negava a “origem metafísica do pensar”⁸ e o jusnaturalismo. Foi esse grupo que propagou entre nós a literatura, a filosofia e a ciência jurídica alemã, mormente a obra do até então quase desconhecido em terras brasileiras Rudolph von Jhering.⁹

Em 1899, o então Ministro da Justiça do Governo Campos Sales, Epitácio Pessoa, convidou Beviláqua – seu amigo e colega de Faculdade de Direito do Recife – a redigir o projeto de Código Civil Brasileiro, tarefa que Clóvis concluiu em exígios seis meses.¹⁰ O hercúleo trabalho, todavia, teve alguma facilitação dos contributos trazidos pelo Esboço de Teixeira de Freitas,¹¹ pelo

MEIRA, Sílvio. *Clóvis Beviláqua: sua vida. Sua obra*. Fortaleza: Edições Universidade Federal do Ceará, 1990, pp. 151-152.

⁵ DELGADO, Mário Luiz. *Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 185.

⁶ Cfr. SCHUBSKY, Cássio. “Clóvis Beviláqua: um senhor brasileiro (1)”, cit.

⁷ Há, inclusive, quem fale em “Escola Alemã do Recife”. Nesse sentido, ver LOSANO, Mario G. “La scuola di Recife e l’influenza tedesca sul diritto brasiliano” *apud* MARQUES, Claudia Lima. “Cem anos de Código Civil alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil Brasileiro de 1916”, In: *Doutrinas essenciais: direito civil, parte geral, v. 2 – Princípios e aspectos gerais*/ Gilmar Ferreira Mendes; Rui Stoco (orgs.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 897-930, 2011, p. 909, nota 61.

⁸ MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. *História do direito brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 390.

⁹ Como afirma MARQUES, Claudia Lima. “Cem anos de Código Civil alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil Brasileiro de 1916”, cit., p. 910.

¹⁰ Há quem fale em “menos de oito meses”, como indica Claudia Lima Marques, com base na obra de Pontes de Miranda. Seja como for (6, 7 ou 8 meses), foi muito, muito pouco tempo para tamanho trabalho, aliado ao fato de que Beviláqua era conhecido por ser um jurista extremamente preciso e cuidadoso. Cfr. MARQUES, Claudia Lima. “Cem anos de Código Civil alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil Brasileiro de 1916”, cit., p. 913.

¹¹ Conhecido como o “Jurisconsulto do Império”. Importa lembrar que, não obstante o Esboço de Teixeira de Freitas não tenha se tornado o nosso primeiro Código Civil, serviu de base para o Código Civil Argentino, elaborado por Vélez Sarsfield. Sobre a obra do jurista baiano, ver VELOSO, Zeno. *Teixeira de Freitas e Pontes de Miranda*. Belém: Unama, 2010, pp. 9-30 e o grande livro de MEIRA, Silvio. *Teixeira de Freitas: O Jurisconsulto do Império*. 2. ed. Brasília: CEGRAF, 1983.

projeto de Coelho Rodrigues, pelo *Code francês*¹² e pelo BGB, recém aprovado e em estágio de *vacatio legis* naquele tempo.¹³ Essa pluralidade de fontes de inspiração podem justificar a tendência brasileira – que se observa até os dias atuais – a um certo sincretismo jurídico.¹⁴

Levado à apreciação legislativa na virada do século XIX para o século XX, o Projeto sofreu inclemtes agressões, incluindo-se por parte de Rui Barbosa que, entretanto, centrava-se mais na questão de forma (nomeadamente a grammatical)¹⁵ do que propriamente no conteúdo,¹⁶ o que foi considerado por Beviláqua como um “desvio da crítica”¹⁷ e uma perda de tempo.

¹² Sobre a influência do Código napoleônico no Direito brasileiro, ver PEREIRA, Caio Mário da Silva. “Código Napoleão”, In: *Doutrinas essenciais: direito civil, parte geral*, v. 2 – Princípios e aspectos gerais/ Gilmar Ferreira Mendes; Rui Stoco (orgs.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 837-848, 2011, pp. 845-848.

¹³ Como indica DELGADO, Mário Luiz. *Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro*, cit., pp. 188-189.

¹⁴ Claudia Lima Marques fala em “ecletismo jurídico”, indicando que a nossa primeira Constituição da República teve marcante inspiração na Constituição dos EUA, revelando um convívio e cruzamento das famílias da *Civil Law* e da *Common Law*, ainda mais na atualidade, com o reconhecimento da força normativa da constituição e da aplicação dos princípios constitucionais às relações interpretadas. MARQUES, Claudia Lima. “Cem anos de Código Civil alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil Brasileiro de 1916”, cit., p. 905. Na página 914 do mesmo artigo, a autora indica – com base em estatísticas levantadas por Pontes de Miranda – que: “Das aproximadamente 1.929 fontes do Código Civil, ao direito anterior pertencem 479, à doutrina vigente antes do Código Civil, 272, e ao Esboço de Teixeira de Freitas, 189 ... Dos Códigos, o que quantitativamente mais concorreu foi o *Code Civil*, 172, menos por si do que pela expressão moderna que dera às regras jurídicas romanas. Em seguida, o português, 83, o italiano, 72; os Projetos alemães, 66; o *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich*, 67; o espanhol, 32, a lei suíça de 1881, 31; o Código Civil argentino, 17; o direito romano (diretamente), 19; o BGB austriaco, 7; o Código Civil chileno, 7; o Código Civil mexicano, 4; o uruguai, 2; o peruano, 2, e outros”. Ainda de acordo com Pontes de Miranda, dos Projetos brasileiros, o que mais normas inspirou foi o de Teixeira de Freitas, com 189, seguido por 154 do projeto de Coelho Rodrigues, 135 de Clóvis Beviláqua, 78 das diversas comissões, 49 do projeto de Felício dos Santos, 40 da Câmara dos Deputados e 26 do Senado. PONTES DE MIRANDA. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro apud* MARQUES, Claudia Lima. “Cem anos de Código Civil alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil Brasileiro de 1916”, cit., pp. 914-915.

¹⁵ Sobre as críticas de Rui Barbosa, Clóvis Beviláqua afirmou: “Desejariam os antagonistas do Projecto vasal-o numa lingua hieratica, impeccavel, que jamais existiu na realidade da vida, que jamais foi falada pelo povo, e que elles suppõem idealmente creada pelos escriptores de sua predilecção”. BEVILÁQUA, Clóvis. *Em Defesa do Projecto de Código Civil Brazileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906, p. X.

¹⁶ Cfr. SCHUBSKY, Cássio. “Clóvis Beviláqua: um senhor brasileiro (1)”, cit. Ainda sobre a questão, afirma Mário Delgado que o parecer de Rui Barbosa nada apresentou sobre Direito Civil ou Ciência do Direito, confinando-se, unicamente, “à vernaculidade”. DELGADO, Mário Luiz. *Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro*, cit., p. 197.

¹⁷ “Por um lamentavel desvio da critica, versou a discussão muitas vezes entre nós, sobre questões de estylo e grammatica. Fugi o mais possivel de envolver-me nessa contenda byzantina que um só resultado poderia ter: - o de perdemos um tempo consideravel e precioso, si não a oportunidade de obter a passagem do Codigo civil no Congresso. Mas era impossivel ficar quieto, imperturbavel, quando a picareta

Para defender-se das investidas ao seu projeto, Clóvis Beviláqua publicou o memorável trabalho “Em Defesa do Projecto de Código Civil Brazileiro”.

O projeto elaborado minuciosamente por Beviláqua buscava tirar o Brasil do “chaos de uma legislação civil incongruente e avelhantada”.¹⁸ Ainda em suas palavras, o fenômeno da codificação não poderia ser evitado e representava o estágio evolucionário do Direito em que se partia em “busca de fórmulas definidas e solidas por onde se traduzam a plenitude da consciencia juridica e a melhor disciplina dos interesses”.¹⁹

O pensamento de Clóvis Beviláqua era, portanto, marcado pelo racionalismo daquela época, que vislumbrava no pensamento e na razão, “a fonte primária do conhecimento humano”, recorrendo às “ideias de ordem e de medida que governam o mundo (*Kósmos*) saído da desordem (*chaós*)”²⁰ para estruturar a vida em sociedade e as relações jurídicas.

Nessa lógica, considerava que os códigos civis deveriam outorgar uma forma mais visível à matéria jurídica, sem lhe diminuir a força prática essencial. Buscava então Beviláqua sistematizar o Direito Civil que, àquela época, possuía como fonte principal “um defeituoso corpo de leis de origem espuria, que se acha em frangalhos, mordido ha quasi tres seculos pelas traças vorazes da decadênciā”.²¹ Importa ressaltar que a necessidade de um Código Civil brasileiro já era indicada na Constituição Política do Império do Brasil de 1824!²²

impiedosa, derrubando a caliça e levantando nuvens de poeira fingia estar solapando a construção”. BEVILÁQUA, Clóvis. *Em Defesa do Projecto de Código Civil Brazileiro*, cit., p. X.

¹⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. *Em Defesa do Projecto de Código Civil Brazileiro*, cit., p. IX.

¹⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Em Defesa do Projecto de Código Civil Brazileiro*, cit., p. 16.

²⁰ Como afirma Francisco Amaral. Continua o Presidente da Academia Brasileira de Letras Jurídicas por afirmar que “essa ordem eram as leis, o *logos* ou razão, como princípio ativo que animava e ordenava a matéria. O *lagos* como racionalidade, qualidade do que é conforme à razão. Racionalidade do mundo e, obviamente, racionalidade do homem”. AMARAL, Francisco. “Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro”, In: *Doutrinas essenciais: direito civil, parte geral*, v. 2 – Princípios e aspectos gerais/ Gilmar Ferreira Mendes; Rui Stoco (orgs.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 995-1011, 2011, pp. 997- 998.

²¹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Em Defesa do Projecto de Código Civil Brazileiro*, cit., p. 21. O autor, certamente, se referia às Ordenações Filipinas, baseadas no *Corpus Juris Civilis*, largamente influenciadas pelo Direito Canônico, redigidas em um vocabulário meandroso, não raras vezes ininteligível. O corpo legislativo (composto por alvarás, portarias, regulamentos, regimentos, avisos, instruções, resoluções, decretos, leis, além de usos e costumes) era desordenado, descoordenado com a vasta legislação posterior, também ela confusa, caótica, carente de sistematização e coerência. Muito embora não seja objeto do presente estudo, é importante relembrar que de 1858 a 1917, foi a Consolidação das Leis Civis, elaborada por Teixeira de Freitas e aprovada pelo Imperador por meio do Decreto n. 2.318, de 22 de dezembro de 1858, que funcionou como uma espécie de Código Civil do Império. Nesse sentido, ver VELOSO, Zeno. *Teixeira de Freitas e Pontes de Miranda*, cit., p. 14 e p. 17.

²² Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25 de março de 1824, onde estava indicado:

“Art. 179 A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

Afirma-se que Beviláqua considerava o Direito “como um fenômeno social e produto cultural”,²³ cujo objetivo é o de assegurar a existência da sociedade, valorizando as pessoas para que se desenvolvam e o bem-estar social seja atingido, muito embora o Código Civil de 1916 seja marcado pelo juracionalismo e a ideia do Direito como um composto unitário e lógico de proposições e noções jurídicas.²⁴

Somos daqueles que acreditam na plenitude do ordenamento jurídico. Nesse sentido, entendemos que a ordem jurídica é completa, não possui vazios. O Direito, como organização geral, não pode possuir vácuos ou lacunas inexpugnáveis. Já a lei pode ser faltosa ou distraída. Por mais sabido e previdente que seja o autor de um projeto de lei (como Clóvis Beviláqua, que de certeza o era) ou o legislador, jamais serão capazes de regular todas as situações que despontarão no meio social. A vida é complexa, enérgica, agitada, engenhosa; a cada segundo surgem conjunturas e cenários novos, muitas vezes inimagináveis.

Assim, as lacunas na lei são praticamente invencíveis, a não ser que estivéssemos diante de uma ciência morta e não de um Direito vivo. E é disso que se ocupa o presente escrito, sobre como se dava a integração das normas jurídicas desde o período de vigência do Código Civil de 1916, já que mesmo diante de um silêncio legal o caso concreto deveria e deve ser sempre solucionado.

1. INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL, LICC E LINDB

O texto original do Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, sancionado por Wenceslau Braz em 1º de janeiro de 1916, continha uma Introdução com numeração separada que, *inter alia*, trazia as regras de interpretação e integração das normas. O Código Beviláqua seguiu o modelo tudesco (que trouxe uma Lei de Introdução ao Código Civil -*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, habitualmente abreviada para EGBGB) – não sem alguma “dose de originalidade criativa”,²⁵ é verdade – apresentando esse introito, que no BGB vinha apartado.

(...)

XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade”. BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm Acesso em: 06/03/2017.

²³ MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. *História do direito brasileiro*, cit., p. 392.

²⁴ Cfr. AMARAL, Francisco. “Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro”, cit., p. 1009.

²⁵ Como afirma MARQUES, Claudia Lima. “Cem anos de Código Civil alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil Brasileiro de 1916”, cit., p. 899.

O art. 7º dessa Introdução indicava que seriam aplicadas “nos casos omissos as disposições concernentes aos casos análogos, e, não as havendo, os princípios gerais de direito”.²⁶

A Carta Constitucional de 1934, harmonizando-se com o disposto no introito do Código Civil, indicava no art. 103, n. 7, que nenhum juiz poderia deixar de sentenciar em razão de omissão na lei.²⁷ Em tal hipótese, o caso deveria ser decidido por analogia, pelos princípios gerais de direito ou pela equidade. A equidade pode ser percebida como “justiça do caso concreto” ou como o método extra sistemático de integração de lacuna, cuja resolução estará “conforme às circunstâncias do caso concreto, e não a quaisquer injunções, mesmo indirectas, do sistema normativo”.²⁸

A equidade possui uma longa história na cultura jurídica europeia e, certamente, daí veio a sua inserção na Carta Constitucional brasileira de 1934. Essencialmente, era considerada como “realização da Justiça” para uma hipótese específica e encontra-se expressamente amparada pelo Código de Processo Civil de 2015.²⁹ De acordo com Hespanha, “o contraste com o carácter genérico das normas de direito (da Justiça estrita ou *legalis*) faria com que a equidade pudesse ter em conta elementos particulares que afastassem a regra geral”.³⁰

Em 4 de setembro de 1942, o Decreto-Lei n. 4.657 fez o Brasil se aproximar ainda mais do sistema germânico, com a promulgação da Lei de Introdução ao Código Civil que posteriormente foi designada de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, por força da Lei n. 12.376, de 30 de dezembro de 2010. A Lei de Introdução de 1942 originou-se de um projeto elaborado por Orosimbo Nonato, Filadelfo Azevedo e Hahnenann Guimarães.

O art. 4º da LINDB – cuja redação é absolutamente igual ao dispositivo da revogada LICC – assevera que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Assim, ao lado da analogia e dos princípios gerais de direito, o legislador de ambas as leis agregou os costumes como mecanismo para colmatar as omissões

²⁶ BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm Acesso em: 28/02/2017.

²⁷ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm Acesso em: 05/03/2017.

²⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral*. 13. ed. refundida, 8^a reimpr. da ed. de março/2005. Coimbra: Almedina, 2016, p. 442.

²⁹ CPC, Art. 140. (...) Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

³⁰ HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Reimpressão da 2. ed., reelaborada. Coimbra: Almedina, 2014, p. 610.

ou lacunas legais,³¹ tornando-os também fonte mediatas ou indiretas, ou modos de revelação do Direito.³²

A possibilidade de se recorrer à analogia, aos princípios gerais do direito e aos costumes, oportunizada pelo Código Civil de 1916 e posteriormente pela LICC e pela LINDB, demonstra a ideia de que por mais que o legislador tente explicar e enquadrar tudo, não consegue alcançar a vitalidade e realidade mundividencial das pessoas. A vida jamais será capturada pelo prisma formal que complexifica o saber jurídico.³³ Outro não é o pensamento de Oliveira Ascensão, para quem “é impossível prever todas as situações vindouras: a vida é sempre mais rica”.³⁴

O Direito deve sempre servir à existência atual e, por isso, estar em constante movimento e evolução na sua interpretação e aplicação. A grande diferenciação entre esse processo interpretativo e integrativo com a constitucionalização do direito civil reside no fato de que, nos termos do art. 7º da Introdução de 1916 e do art. 4º da LICC e da LINDB, o recurso aos princípios gerais do direito só se daria de maneira subsidiária. E isso mudou profundamente.

Na atualidade, o intérprete tem de se esforçar ao máximo para dar um sentido ao ato normativo concedendo, ao mesmo, uma interpretação conforme à Constituição, acomodando-o a um juízo de compatibilidade com a Carta Magna.³⁵ Os princípios, assim, não possuem somente força supletiva e

³¹ Como indica Paulo Lôbo, trata-se de uma lei de “sobredireito, incidente sobre o direito positivo brasileiro infraconstitucional e não apenas sobre o direito civil”. Ressalta ainda o professor alagoano que é tradição francesa incluir essa matéria no domínio do direito civil quando, em rigor, pertence à teoria geral do direito. LÔBO, Paulo. *Direito civil*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 30. Assim, trata-se de uma *lex legum, surdroit*, Überrecht. Cfr. VELOSO, Zeno. *Comentários à lei de introdução ao código civil* – artigos 1º ao 6º. 2. ed. rev. e aum. Belém: UNAMA, 2005, pp. 13-14. Por tal razão, a Lei de Introdução ao Código Civil teve o seu nome alterado para Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, exatamente por se aplicar a outros ramos que não o Direito Civil, como indica TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*: volume único. São Paulo: Método, 2011, p. 2. Importa referir que desde meados do século passado já se criticava a nomenclatura da LICC e, em 1964, Haroldo Valladão apresentou um anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, em que considerava que as disposições gerais sobre a aplicação das leis deveriam estar fora do Código Civil. Nesse sentido, ver VALLADÃO, Haroldo. “Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas”, In: *Doutrinas essenciais: direito civil, parte geral*, v. 2 – Princípios e aspectos gerais/ Gilmar Ferreira Mendes; Rui Stoco (orgs.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 279-287, 2011, p. 284.

³² Cfr. PEREIRA, António Pinto. *Princípios gerais de direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 137.

³³ Nesse sentido, ver CORTE-REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, José Silva. *Direito da Família – Tópicos para uma Reflexão Crítica*. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2011, p. 116. Nas palavras exatas dos autores, “a vida, não a agarará nunca a perspectiva formal que mina a Ciência do Direito”.

³⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito*, cit., p. 383.

³⁵ Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. 229 e p. 1012. Para Jorge Miranda, “a interpretação conforme com a Constituição implica, uma posição ativa e quase criadora do controlo constitucional e de relativa autonomia das entidades que a promovem em face

desfrutam de eficácia imediata, inclusive nas relações interprivadas. Há, portanto, uma “integração conforme à Constituição”,³⁶ que opera tendo em vista o espírito da Lei Fundamental como ponto de referência para todo o ordenamento jurídico.

2. ANALOGIA

O apelo à analogia é idiosincrasia de todas as modalidades do pensamento, desde a filosofia e teologia à matemática, desde o raciocínio teorético-cognitivo ao pensamento prático, com particular relevância desde sempre no saber jurídico, ainda que só tenha sido nomeada assim, explicitamente, a partir dos séculos XVII e XVIII, como indica Castanheira Neves.³⁷

A noção da analogia em Roma reposava na ideia de que, onde houvesse razão igual à da lei, deveria prevalecer a disposição correspondente da norma referida, como indica o adágio *Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*. Assim, entendiam os romanos que as situações de igual natureza deveriam ser reguladas de maneira análoga.

A rigor, a analogia não consiste em método de interpretação, razão pela qual se afirma que a analogia não cria direito novo, apenas revela aquele que já existe. Se uma regra prescreve determinada solução para um caso, parece-nos natural que uma situação semelhante seja decidida da mesma forma, não obstante a lei seja lacunosa. O intérprete operará, “de semelhante a semelhante” como já indicavam as Ordenações Filipinas (Livro 3, Tít. LXIX).

Por analogia pode-se entender o transporte da norma prescrita para uma ou várias situações congêneres (de *A¹* a *A^X*) para uma outra situação (*B*) análoga a *A*, que não esteja prevista na legislação, e é presumida pelo decisor. Essa transposição baseia-se na constatação de que nessas hipóteses é ajustada a mesma apreciação legal; em razão da similitude, o resultado jurídico de *A* se verifica, por analogia, também em *B*. A justificativa desse método salienta o “postulado da justiça, de tratar juridicamente da mesma maneira o que é da mesma espécie ou melhor: o que tem o mesmo sentido (isto é, tem igual significado)”.³⁸

A analogia comporta duas espécies: a analogia *legis*, quando se verifica a ausência de um dispositivo legal e se recorre a outro que regula um caso símile; ou a analogia *juris*, que se revela quando inexiste qualquer disposição aplicável

³⁶ dos órgãos legislativos”. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, T. II: Constituição. 7. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 331.

³⁷ Na expressão de HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito*, cit., p. 708.

³⁷ NEVES, A. Castanheira. *Metodologia jurídica – Problemas fundamentais*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 238.

³⁸ Como esclarece LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*/ José de Sousa e Brito; José António Veloso (trad.). 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978, p. 439.

ao caso, nem mesmo de maneira indireta, situação em que o magistrado se depara com fato inteiramente novo, que obriga-o a recorrer a um composto de princípios jurídicos, ou seja, “ao espírito do sistema inteiro”,³⁹ como adverte Carlos Maximiliano.

Importa referir que a integração de uma lacuna por analogia pode realizar-se com qualquer regra atual, podendo esta ser legal, jurisprudencial ou consuetudinária. Para Oliveira Ascensão, “toda a regra do ordenamento jurídico é utilizável”.⁴⁰

Pode-se dizer que a analogia *juris* não é uma genuína analogia,⁴¹ afinal o magistrado está resolvendo a questão da lacuna amparado no ordenamento jurídico, como um todo. Nessa lógica, recorre a um complexo de preceitos, um conjunto de normas, aos princípios que conformam o sistema, para, com fundamento na identidade de razão e na relação de semelhança, revelar a norma que será aplicada ao caso não previsto na legislação.

3. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO

Nem todas as lacunas encontradas na legislação poderiam (e nem podem) ser debeladas por processos analógicos, o que não significa dizer que, em tal hipótese, restariam sem uma resposta juridicamente adequada ao caso concreto. Essas lacunas são denominadas por José de Oliveira Ascensão como “rebeldes à analogia”,⁴² já que nem mesmo a *analogia iuris* é capaz de as superar.

Nas palavras do próprio Beviláqua, em razão da necessária e invariável incompletude da “expressão legal do direito”, o jurista e mormente o julgador devem recorrer às fontes sociológicas e anímicas do ordenamento jurídico para revelar a norma não expressa em lei, que se aplica ao caso concreto, “que as energias sociaes fizeram vir à tona”.⁴³

Karl Larenz denomina-os como princípios ético-jurídicos, considerando-os como bases orientadoras da regulamentação jurídica, “cuja força de convicção intrínseca os converte em factores conformadores da evolução do Direito”. Diferentemente do que ele denomina por “princípios jurídicos técnicos”, que se instituiriam em “razões de oportunidade”, os princípios gerais do direito são “ideias’ não no sentido meras representações subjectivas, mas no de ‘verdades jurídicas’ objectivas, evidentes por si mesmas”.⁴⁴

³⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 171.

⁴⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito*, cit., p. 447.

⁴¹ Nesse sentido ver VELOSO, Zeno. *Comentários à lei de introdução ao código civil*, cit., p. 95

⁴² ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito*, cit., p. 458.

⁴³ BEVILÁQUA, Clóvis. “A Constituição e o Código Civil”, In: *Doutrinas essenciais: direito civil, parte geral*, v. 2 – Princípios e aspectos gerais/ Gilmar Ferreira Mendes; Rui Stoco (orgs.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 931-938, 2011, p. 933.

⁴⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, cit., p. 482.

Quando a ciência jurídica reconhece um direito, mesmo diante do mutismo legislativo, o magistrado, constatada a inaplicabilidade da analogia, encontrará a elucidação do litígio a si apresentado nos princípios gerais do direito. A tarefa de revelação desses cânones gerais caberia à pesquisa científica e o Código Civil busca que o “juiz seja, no caso examinado, a voz da *sciencia jurídica*”, descobrindo o direito latente através do método da investigação.⁴⁵

Para Larenz, a validade dos princípios gerais do direito não se deveria a um ato de vontade ou a uma tomada de posição por parte do decisor, mas “à evidência imediata do seu conteúdo de justiça, que se impõe à consciência jurídica geral”⁴⁶ e, como resultado, se revelaria na jurisprudência.⁴⁷ Portanto, os princípios gerais do direito, devem ser compreendidos no sentido técnico do termo, mas com desligamento dos princípios materiais. Nessa lógica, “são as grandes orientações formais da ordem jurídica, que fundam e unificam normas e soluções singulares”.⁴⁸

Os princípios gerais do direito ou ético-jurídicos orientam a colmatação de lacunas na medida em que são inerentes à regulamentação legal e estão contidos na ideia fundamental que governa a normatização, na *ratio legis*.⁴⁹ Nos princípios gerais do direito existem aqueles que podem se aplicar a todos os domínios do Direito e outros que se destinam apenas a algumas áreas, como indica a doutrina⁵⁰ e a jurisprudência.⁵¹ Os primeiros são denominados de princípios gerais do direito “de vocação genérica” e os segundos são chamados de princípios gerais do direito “de aplicação especial”.⁵²

⁴⁵ Como afirmou o próprio BEVILÁQUA, Clóvis. “A Constituição e o Código Civil”, cit., p. 933.

⁴⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, cit., p. 482.

⁴⁷ Como indicado pelo Superior Tribunal de Justiça, “um ato que fere os princípios gerais do direito” é, “portanto, ofensivo à ordem jurídica”. (STJ, 3^a T., REsp 21359 / MG, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 15/12/1992).

⁴⁸ Como afirma ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito*, cit., p. 460.

⁴⁹ Como opina LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, cit., p. 483.

⁵⁰ Nesse sentido, ver LEÃO, Luis Gustavo de Paiva. “As cláusulas gerais e os princípios gerais de direito”, In: *Doutrinas essenciais: direito civil, parte geral*, v. 2 – Princípios e aspectos gerais/ Gilmar Ferreira Mendes; Rui Stoco (orgs.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 607-626, 2011, p. 621.

⁵¹ Direito privado. Concessão de revenda com exclusividade. Resolução unilateral. Responsabilidade indenizatória. Contratos atípicos. *Princípios gerais do direito obrigacional e contratual*. Recurso não conhecido. I – Consoante a doutrina, os contratos atípicos devem ser apreciados não apenas pela disciplina legal dos contratos afins, mas: primeiro, pela analogia; segundo, *de acordo com os princípios gerais do direito obrigacional e contratual*; terceiro, pela livre apreciação do juiz. II – O Recurso Especial não é via adequada ao reexame de matéria fática, do quadro probatório, destinando-se à guarda do direito federal, à sua intreireza, autoridade e uniformidade de interpretação. (STJ, 4^a T., REsp 5680 / SC, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 13/11/1990). (Destaque nosso).

⁵² Nesse sentido, ver PEREIRA, António Pinto. *Princípios gerais de direito*, cit., p. 139. Como um princípio geral do Direito Obrigacional podemos citar a boa-fé objetiva e como princípio geral do Direito das Famílias podemos referir a pluralidade familiar.

Como exemplos multisseculares de princípios gerais do direito podemos dar os três preceitos (*Tria Praecepta Juris*) de Ulpiano: *Honeste Vivere, Alterum Non Laedere, Suum Cuique Tribuere* – viver honestamente, não lesar a outrem, dar a cada um o que é seu (Digesto, Livro I, 1.10.1; Institutas, Livro I, Título I, §3º).

4. COSTUMES

O acréscimo dos costumes trazido pela Lei de 1942, foi considerado por Cunha Gonçalves como um avanço, já que os costumes, que foram fonte primitiva do Direito, ainda naquela época, não teriam perdido a sua força criadora. Não raras vezes, a interpretação dos próprios dispositivos jurídicos necessita da investigação dos costumes predominantes à época de sua elaboração: “*Optima enim est legum interpres consuetudo*”, afirmavam os romanos.⁵³

Os costumes podem ser classificados em: *secundum legem, praeter legem e contra legem*.⁵⁴ Na primeira hipótese, costume e legislação coexistem, interpretando-se uma fonte pela outra; no segundo caso, o costume não discrepa da lei, mas a ultrapassa, regulando matéria que a legislação não regula; e no terceiro tipo, legislação e costume se encontram em antinomia ou contraposição.⁵⁵

A doutrina fala do costume que se forma no corpo social, em sentido contrário ao da lei, com força revocatória. Maria Helena Diniz acentua que a grande maioria dos autores rejeita o costume *contra legem*, por entendê-lo incompatível com a tarefa do Estado e com o princípio de que as leis só se revogam por outras, podendo-se afirmar que a problemática do costume *contra legem* é de natureza política e não jurídica, “pois se trata de uma questão de colisão de poderes”.⁵⁶

Verificada a realidade consuetudinária, presume-se que a regra nela condida não é rechaçada pela ordem social. Usualmente, aponta-se no costume duas partes constitutivas basilares: o uso e a convicção de obrigatoriedade. O uso é meramente uma conduta social reiterada. A *opinio iuris vel necessitatis* retrata que os componentes daquele grupo social possuem a consciência, minimamente fixada, de que existe uma obrigatoriedade daquele comportamento, que não se trata apenas de hábito ou gentileza. Somente quando se identifica a convicção de que se deve agir de acordo com aquele uso é que se

⁵³ GONÇALVES, Luís da Cunha. “A nova Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro”, In: *Doutrinas essenciais: direito civil, parte geral, v. 2 – Princípios e aspectos gerais/ Gilmar Ferreira Mendes; Rui Stoco (orgs.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 341-353, 2011, p. 344.*

⁵⁴ Cfr. MALAURIE, Philippe; MORVAN, Patrick. *Droit Civil: Introduction Générale*. 3. ed. Paris: Lex-tenso Éditions, 2009, p. 271.

⁵⁵ Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito*, cit., pp. 269-270.

⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 127.

pode afirmar que existe um costume e, consequentemente, que estão implícadas normas jurídicas.⁵⁷

Repetindo *ipsis litteris* a regra contida no Código de Processo Civil de 1973 (art. 337), o legislador do CPC de 2015 indica no art. 376 que à parte que alegar direito consuetudinário caberá o ônus de provar o seu teor e a sua vigência. O Direito brasileiro, *a priori*, parece reconhecer o costume apenas como elemento apto a preencher as omissões legais, ou seja, é uma fonte de direito secundária, suplementar.⁵⁸

5. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Até 1988, o conjunto de princípios e regras concernentes ao Direito Civil possuía como fonte normativa positivada o Código Beviláqua. Atualmente, a Carta Magna é considerada repleta de princípios vinculantes. É o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil. Sobre a negação de tal fenômeno ou a rejeição ao denominado direito civil-constitucional, Rubens Limongi França advertiu que tal posicionamento revelaria uma opção “pela facilidade de uma falsa ciência civilística de cunho meramente pragmático, pseudo-exegético e sobretudo aresteiro”.⁵⁹

Karl Larenz, há décadas, já afirmava que os princípios constitucionais “que revistam a forma de proposições jurídicas, prevalecem sobre o Direito legislado ordinário, como normas hierarquicamente superiores”.⁶⁰ Ainda nos tempos do Brasil-Império, Teixeira de Freitas afirmava que “a Lei Constitucional é a primeira lei, de onde todas as outras devem dimanar”.⁶¹ Essa ideia também era partilhada pelo próprio Beviláqua, que em artigo publicado em 1935 afirmou que “as Constituições são fontes primárias do direito positivo”.⁶²

No Brasil Pós-1988 também houve a criação de microssistemas com a edição de leis especiais (como o caso do Código de Defesa do Consumidor,

⁵⁷ Em igual sentido, ver ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito*, cit., pp. 264-266.

⁵⁸ Para Friedrich Carl von Savigny, citado por Oliveira Ascensão, “há que se reconhecer à lei e ao costume uma dignidade autónoma e igual”. ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito*, cit., p. 273.

⁵⁹ Tal afirmação foi feita na aula inaugural dos Cursos Jurídicos da Faculdade de Direito da USP, em 04 de março de 1991, na qual o Professor criticou duramente a “preguiça mental dominante” dos “fazedores” e “ledores de apostilas”. Nesse sentido, ver FRANÇA, Rubens Limongi. “O Direito Civil como Direito Constitucional”, In: *Doutrinas essenciais: direito civil, parte geral, v. 2 – Princípios e aspectos gerais/ Gilmar Ferreira Mendes; Rui Stoco (orgs.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 1257-1264, 2011, p. 1263.*

⁶⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, cit., p. 583.

⁶¹ VELOSO, Zeno. *Teixeira de Freitas e Pontes de Miranda*, cit., pp. 20-21.

⁶² Mas acrescentou o pai do CC de 1916 que, todavia, a Constituição então vigente, “urgida por circunstâncias de momento, não se contentou com traçar a synthese geral das experiencias jurídicas, necessarias á existencia dos brasileiros. Em muitos passos, admitiu regras que são fontes positivas de uma segunda classe. Prejudicou-se a technica, possivelmente em proveito da utilidade prática”. BEVILÁQUA, Clóvis. “A Constituição e o Código Civil”, cit., p. 932.

do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso). No entanto, nem todas as situações estarão previstas nas leis especiais, motivo pelo qual o Código Civil, que contém regras gerais, ainda mantém um papel importante no sistema jurídico. Assim, o Código possui uma função participativa, mediadora entre a Constituição e os Microssistemas.⁶³ Esse cenário representou a transição de uma lógica de monossistema, característica das codificações do Século XIX, para o panorama de plurissistema, próprio dos tempos atuais.⁶⁴

A constitucionalização do direito civil ou do direito privado⁶⁵ não se resume à aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas. Vai além, traduzindo-se na aplicação direta das normas constitucionais, sobretudo os princípios. E essa aplicação pode se dar de duas formas: na ausência de norma infraconstitucional, o magistrado retirará da norma constitucional toda a substância necessária para a decisão sobre a demanda; quando o tema for objeto de norma infraconstitucional, esta deverá ser compreendida em conformidade com as normas constitucionais aplicáveis. Destarte, como afirma Paulo Lôbo, “as normas constitucionais sempre serão aplicadas em qualquer relação jurídica privada, seja integralmente, seja pela conformação das normas infraconstitucionais”.⁶⁶

Esse positivo diálogo entre as fontes e ramos do Direito é resultado do sobrepujamento do jusnaturalismo e do insucesso do positivismo que abriram passagem para uma soma ampla e ainda incompleta de reflexões sobre o Direito, sua interpretação e sua função social, denominado, provisória e genericamente, de pós-positivismo. Esse ideário é fruto da ideia de que um sistema jurídico fundamentado no juízo de a lei ser uma estrutura apenas formal e afastado de valores éticos não possuía mais aceitação no conhecimento

⁶³ Consultar LOTUFO, Renan. “Da oportunidade da Codificação Civil e a Constituição”, In: *O novo Código Civil e a Constituição*/ Ingo Wolfgang Sarlet (org.). 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 13-32, 2006, p. 25, cujo entendimento é fundamentado nas ideias de VON BAR, Christian. “Il Gruppo di Studio su un Codice Civile Europeo”, In: *Il Codice Civile Europeo*. Materiali dei Seminari 1999-2000/ Guido Alpa; Emilio Nicola Buccico (eds.). Milan: Giuffrè, 2001, p. 3. Não se deve esquecer, porém, que há de sempre existir um “diálogo” entre as fontes. Assim, a Constituição – que é a fonte central do ordenamento – está em perene colóquio com o Código Civil e outras leis.

⁶⁴ Cfr. AMARAL, Francisco. “Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro”, cit., p. 1006.

⁶⁵ Como usualmente se expressam as doutrinas alemã, inglesa e italiana. Nesse sentido, consultar CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*/Ingo Wolfgang Sarlet; Paulo Mota Pinto (trad.). 3^a reimpr. da ed. de julho/2003. Almedina: Coimbra, 2012, p. 20. CANARIS, Claus-Wilhelm. “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha”, In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*/ Ingo Wolfgang Sarlet (org.). 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, pp. 205-220, 2010, p. 206.

⁶⁶ LÔBO, Paulo. “A constitucionalização do direito civil brasileiro”, In: *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional – Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*/ Gustavo Tepedino (org.). São Paulo: Atlas, pp. 18-28, 2008, p. 21.

pós-moderno e esclarecido.⁶⁷ Essa ideia pode revelar o que Larenz chamou de “círculo hermenêutico” ou “princípio da elucidação recíproca”.⁶⁸

O Código Civil deixou de ser o centro do sistema jurídico e a Constituição passou a ser o foco da informação, o Diploma de onde emanam os princípios fundantes do ordenamento jurídico. Nessa lógica, os princípios básicos do Direito Privado emigraram do Código Civil para a Carta Magna, que se apoderou de um posicionamento medular e hierarquia eminentes no sistema jurídico brasileiro.⁶⁹

Sobre os fins do Direito e a Constituição, afirma Paulo Otero que a Lei Fundamental compartilha dos fins do Direito e, sincronicamente, edifica uma ordem axiológica esteada em tais postulados, buscando além disso revelar novas regras de primazia ou equilíbrio entre os valores implícitos aos fins do Direito. O espírito da Lei Maior não pode estar apartado da justiça, da liberdade, da segurança. Qualquer Constituição existe para assegurar a justiça, a liberdade e a segurança, autonomamente das respostas normativas concretas que eleja ou oportunize que sejam extraídas.⁷⁰

A Constituição Federal de 1988 passou a ser o “vértice de todo o ordenamento”⁷¹ ou “vértice da pirâmide normativa”⁷² e não poderia mais ser vista como instrumento de retórica, esvaziada de “qualquer imperatividade”,⁷³ como as constituições anteriores. Assim, o cenário atual é de supremacia da Lei Fundamental frente aos demais diplomas do Direito, com o reconhecimento da incidência imediata dos valores e princípios constitucionais no direito privado.⁷⁴

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ciência jurídica deve ser inspirada pela bagagem da experiência, afastando o dogmatismo, sem olvidar a dogmática como materialização vital da racionalidade estruturante. Faz-se necessária uma compreensão da conjuntura,

⁶⁷ No mesmo sentido veja-se BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. Saraiva: São Paulo, 2009, p. 327.

⁶⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, cit., p. 583.

⁶⁹ Em igual sentido, ver AMARAL, Francisco. “Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro”, cit., p. 1006.

⁷⁰ Cfr. nesse sentido, OTERO, Paulo. “Pessoa humana e Constituição: contributo para uma concepção personalista do Direito Constitucional”, In: Pessoa Humana e Direito/ Diogo Leite de Campos; Silmara Juny de Abreu Chinellato (Coords.). Coimbra: Almedina, pp. 349-379, 2009, pp. 249-250.

⁷¹ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 69.

⁷² AMARAL, Francisco. “Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro”, cit., p. 1006.

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*, cit., p. 59.

⁷⁴ Sobre essa tendência, que não é só brasileira, ver FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fins*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 62.

do cenário atual, e um distanciamento da utilização única das fontes escritas convencionais.

Como foi dito ao longo do presente artigo, o Direito deve ser vislumbrado como um corpo vivo e não como um cadáver, embalsamado, imoto. A ideia de um Direito vivo pressupõe movimento, mutabilidade, avanços e reformas, de acordo com as esperanças da sociedade, na busca ininterrupta do ideal de Justiça.

No movimento integrativo, há que existir um perene diálogo entre as fontes do Direito e seus mais diversos ramos, norteado pelo texto constitucional, com sua posição priorizada e vital. Essa ideia termina por revelar o círculo hermenêutico que Karl Larenz tão bem trata em sua obra.

O tema da integração das normas, portanto, está e esteve presente no nosso ordenamento jurídico desde o nosso primeiro Código Civil, já que não pode o magistrado se pronunciar com um *non liquet* (“não está claro”), abstendo-se de julgar alegando não ter encontrado na lei solução para a demanda.

Tal ideia estava presente no art. 5º da Introdução original do Código Beviláqua e está presente no art. 140 do Novo Código de Processo Civil. No silêncio das regras, o juiz é obrigado a dizer o direito, a preencher os vazios ou colmatar as lacunas legislativas, com recurso à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.

Todo esse processo de acomodação é mediado pela Constituição Federal, o que significa que toda e qualquer solução encontrada por esses processos deverá estar harmonizada pela Lei Fundamental, que está no cume da hierarquia normativa. Nessa lógica, além de interpretação conforme à Constituição, podemos falar em integração conforme à Constituição.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. “Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro”, In: *Doutrinas essenciais: direito civil, parte geral*, v. 2 – Princípios e aspectos gerais/ Gilmar Ferreira Mendes; Rui Stoco (orgs.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 995-1011, 2011.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral*. 13. ed. refundida, 8^a reimpr. da ed. de março/2005. Coimbra: Almedina, 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. Saraiva: São Paulo, 2009.
- BEVILÁQUA, Clóvis. “A Constituição e o Código Civil”, In: *Doutrinas essenciais: direito civil, parte geral*, v. 2 – Princípios e aspectos gerais/ Gilmar Ferreira Mendes; Rui Stoco (orgs.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 931-938, 2011.
- _____. *Em Defesa do Projecto de Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906.
- BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm Acesso em: 06/03/2017.
- _____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm Acesso em: 05/03/2017.

_____. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm Acesso em: 28/02/2017.

CANARIS, Claus-Wilhelm. “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha”, In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*/ Ingo Wolfgang Sarlet (org.). 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, pp. 205-220, 2010.

_____. *Direitos fundamentais e direito privado*/Ingo Wolfgang Sarlet; Paulo Mota Pinto (trad.). 3ª reimpr. da ed. de julho/2003. Almedina: Coimbra, 2012.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, José Silva. *Direito da Família – Tópicos para uma Reflexão Crítica*. 2. ed. Lisboa: AACDL, 2011.

DELGADO, Mário Luiz. *Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fins*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FRANÇA, Rubens Limongi. “O Direito Civil como Direito Constitucional”, In: *Doutrinas essenciais: direito civil, parte geral, v. 2 – Princípios e aspectos gerais*/ Gilmar Ferreira Mendes; Rui Stoco (orgs.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 1257-1264, 2011.

GONÇALVES, Luís da Cunha. “A nova Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro”, In: *Doutrinas essenciais: direito civil, parte geral, v. 2 – Princípios e aspectos gerais*/ Gilmar Ferreira Mendes; Rui Stoco (orgs.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 341-353, 2011.

HESPANHA, António Manuel. *O calcidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Reimpressão da 2. ed., reelaborada. Coimbra: Almedina, 2014.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*/ José de Sousa e Brito; José António Veloso (trad.). 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.

LEÃO, Luís Gustavo de Paiva. “As cláusulas gerais e os princípios gerais de direito”, In: *Doutrinas essenciais: direito civil, parte geral, v. 2 – Princípios e aspectos gerais*/ Gilmar Ferreira Mendes; Rui Stoco (orgs.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 607-626, 2011.

LÓBO, Paulo. “A constitucionalização do direito civil brasileiro”, In: *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional – Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro/ Gustavo Tepedino (org.)*. São Paulo: Atlas, pp. 18-28, 2008.

_____. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOTUFO, Renan. “Da oportunidade da Codificação Civil e a Constituição”, In: *O novo Código Civil e a Constituição*/ Ingo Wolfgang Sarlet (org.). 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 13-32, 2006.

MALAURIE, Philippe; MORVAN, Patrick. *Droit Civil: Introduction Générale*. 3. ed. Paris: Lextenso Éditions, 2009.

MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. *História do direito brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MARQUES, Claudia Lima. “Cem anos de Código Civil alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil Brasileiro de 1916”, In: *Doutrinas essenciais: direito civil, parte geral, v. 2 – Princípios e aspectos gerais*/ Gilmar Ferreira Mendes; Rui Stoco (orgs.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 897-930, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEIRA, Sílvio. *Clóvis Beviláqua: sua vida. Sua obra*. Fortaleza: Edições Universidade Federal do Ceará, 1990.

_____. *Teixeira de Freitas: O Jurisconsulto do Império*. 2. ed. Brasília: CEGRAF, 1983.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, T. II: Constituição. 7. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

NEVES, A. Castanheira. *Metodologia jurídica – Problemas fundamentais*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

OTERO, Paulo. “Pessoa humana e Constituição: contributo para uma concepção personalista do Direito Constitucional”, In: *Pessoa Humana e Direito*/ Diogo Leite de Campos; Silmara Juny de Abreu Chinellato (Coords.). Coimbra: Almedina, pp. 349-379, 2009.

PEREIRA, António Pinto. *Princípios gerais de direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. “Código Napoleão”, In: *Doutrinas essenciais: direito civil, parte geral*, v. 2 – Princípios e aspectos gerais/ Gilmar Ferreira Mendes; Rui Stoco (orgs.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 837-848, 2011.

SCHUBSKY, Cássio. “Clóvis Beviláqua: um senhor brasileiro (1)”. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-set-04/justica-historia-Clóvis-Beviláqua-senhor-brasileiro> Acesso em: 28/02/2017.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*: volume único. São Paulo: Método, 2011.

VALLADÃO, Haroldo. “Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas”, In: *Doutrinas essenciais: direito civil, parte geral*, v. 2 – Princípios e aspectos gerais/ Gilmar Ferreira Mendes; Rui Stoco (orgs.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 279-287, 2011.

VELOSO, Zeno. *Comentários à lei de introdução ao código civil – artigos 1º ao 6º*. 2. ed. rev. e aum. Belém: UNAMA, 2005.

_____. *Teixeira de Freitas e Pontes de Miranda*. Belém: Unama, 2010.

A *FIDUCIA* ROMANA – INFLUXOS NO DIREITO BRASILEIRO

Raimundo Chaves Neto

INTRODUÇÃO

A *fiducia*, ao longo de aproximadamente 24 séculos, desde o seu surgimento em Roma (por volta de 350 a.C.), já apresentou diversas formas de se constituir, sendo, muitas vezes, confundida com outros institutos como o penhor, a hipoteca, o depósito e o comodato. No entanto, apesar das similitudes, ela apresenta características próprias e individualizadas. Esta informação pode ser ratificada ao considerarmos que na propriedade fiduciária identificamos a revogação do princípio da exclusividade do direito de propriedade, pois na *fiducia*, por exemplo, temos a possibilidade de situarmos o credor (fiduciário) e o devedor (fiduciante) como donos do mesmo imóvel, sendo que o primeiro será sob condição resolutiva e o segundo sob condição suspensiva.

O intuito deste trabalho, apesar de sua superficialidade é explorar, de forma sucinta, a utilização da *fiducia* no direito romano e a sua influência no direito brasileiro moderno sob a espécie de alienação fiduciária. Procurar-se-á realizar uma pequena análise sobre a relação desigual que, na maioria das vezes, o negócio fiduciário representou e ainda representa, principalmente para o fiduciante (devedor).

O presente trabalho será apresentado a partir de uma divisão realizada, por razões propedêuticas, em duas partes: a primeira versará sobre a *fiducia* no direito romano (até sua exclusão no período justiniano); já a segunda abordará a alienação fiduciária no direito brasileiro.

PARTE I - A *FIDUCIA* EM ROMA

1 - NOÇÕES GERAIS

De acordo com a definição de Santos Justo¹, consideramos que “*fiducia* é um contrato em que uma pessoa, denominada fiduciante, utilizando um negócio

¹ Vide SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano - II (Direito das Obrigações)*² em *Studia Iuridica* 76 (Coimbra Editora / Coimbra, 2006) 38.

jurídico formal (*mancipatio* ou *in iure cessio*), transfere a propriedade dum *res* para outra pessoa, denominada fiduciário, que se obriga a restituí-la depois de realizado o fim definido num acordo não formal designado *pactum fiduciae*".

Armando Torrent² ensina que "a *fiducia* é um negócio complexo que consiste na *mancipatio* de uma *res mancipi* do fiduciante ao fiduciário ao que acrescentava um pacto, no qual o fiduciário empenhava sua palavra, baseando-se na *fides* e não no direito, de devolver a coisa ao fiduciante nas hipóteses determinadas no *pactum fiduciae*".

Em relação às obrigações constituídas, a *fiducia* é um contrato bilateral imperfeito.

O vocábulo *fiducia*, etimologicamente, significa "confiança"³. Portanto, como veremos adiante, a origem do referido contrato baseava-se na amizade e na confiança entre as partes contratantes.

2. ORIGENS HISTÓRICAS

Quanto à sua origem e evolução histórica, não há um consenso⁴ entre a romanística e, talvez, o estudo histórico realizado a respeito do assunto ainda seja muito superficial. Apenas com mais tempo, algo imprescindível para que os métodos de investigação da história atinjam mais eficácia, é que poderemos ter mais certezas do que dúvidas. Mesmo sem saber com exatidão a data da sua criação, a opinião dominante entre os autores⁵ é de que a *fiducia* teria surgido na época arcaica. Porém há, também, autores⁶ que consideram que o referido instituto, devido a sua estrutura complexa, tem o seu desenvolvimento jurídico incompatível com tempos tão remotos e que, portanto, o *pignus* seria a garantia real mais antiga.

Durante os séculos IV e V d.C, com a extinção da *mancipatio* e da *in iure cessio*, com as quais eram realizadas o *pactum fiduciae* deu-se, também, a extinção da *fiducia*, sendo o referido vocábulo substituído, pelos compiladores do Digesto, por *pignus*⁷. No início do período pós-clássico, a utilização deste instituto tornou-se cada vez menos recorrente, talvez motivado pela decadência dos negócios formais de transferência da propriedade inerentes à *fiducia*. Justiniano, além de decretar a sua extinção, também aboliu as diferenças entre *res mancipi*, "que eram as coisas mais preciosas para os romanos"⁸, segundo

² Vide TORRENT, Armando, *Diccionario de Derecho Romano* (Edisofer Si / Madrid, 2005) 366.

³ Vide VIEIRA CURA, António Alberto, "Fiducia cum Creditore" (Aspectos Gerais) no suplemento XXXIV do BFDC (1991) 5.

⁴ Vide SANTOS JUSTO, o.c. 39.

⁵ Vide MOREIRA ALVES, *Direito Romano*¹⁴. (Editora Forense / Rio de Janeiro, 2007) 362.

⁶ Vide ERBE, Walter, *Die Fiduzia* (Weimar, 1940) 2-3.

⁷ Vide Edoardo VOLTERRA, *Instituzioni di Diritto Privato Romano* (Ed. Ricerche / Roma, 1961) 486.

⁸ Vide MOREIRA ALVES, o.c. 152-154.

GAIUS, e as *res nec mancipi*, que seriam “as coisas insusceptíveis de serem objeto de direito de propriedade”⁹.

3. FINALIDADES

A *fiducia* em Roma, foi utilizada para diversas finalidades¹⁰, das quais duas se destacam. A primeira seria transferir a propriedade de uma *res* a uma pessoa amiga e confiável para que determinado fim fosse atingido (*fiducia cum amico*), enquanto a segunda visava a garantia real de uma obrigação (*fiducia cum creditore*)¹¹.

3.1. A *fiducia cum amico*

Apesar de ser relacionada por GAIUS¹² apenas com a função de depósito, apresenta várias outras finalidades¹³. Dentre elas, citamos: comodato; doação; *manumissionis causa*; *emancipatio* e *adoptio*.

Com a função de *depositum*, esta modalidade de *fiducia*, apresentava-se como uma forma de alguém guardar um bem, confiando a um amigo a guarda deste. O fundamento do referido instituto é o fato de o depositante acreditar que esse bem estaria melhor e mais seguro em poder do depositário. O seu uso justifica-se pelo fato de que na *fiducia*, o fiduciário gozaria de mais poderes para defender a propriedade (que seria considerada sua através da aquisição), tendo o depositário comum poderes mais reduzidos, estando este em desvantagem.

Já a *fiducia* com função de *commodatum*, ocupava-se de ceder para alguém uma *res* para que este a utilizasse e a conservasse. Porém deveria haver a devolução da mesma após ser cumprido um determinado prazo, ora estipulado no referido contrato.

A doação realizada através da *fiducia* poderia ser realizada de duas maneiras: doação *inter vivos* e doação *mortis causa*. Na primeira, o fiduciante transferiria a propriedade de uma *res* para o fiduciário para que este doasse a mesma para uma determinada pessoa que o fiduciante determinara antes. A segunda forma, a *res* deveria ser restituída ao doador caso o donatário morresse antes. (exemplo da filha que o pai repassara o dote).

A *manumissionis causa* desempenhava a função de carta de alienação da propriedade (a *res* neste caso era um escravo) acompanhada de um mandato

⁹ Vide MOREIRA ALVES, o.c. 153.

¹⁰ Vide SANTOS JUSTO, o.c. 39.

¹¹ Será esta finalidade de *fiducia* a abordada com maior destaque devido à alienação fiduciária.

¹² Vide VIEIRA CURA, António Alberto, o.c. 34-35.

¹³ De acordo com a classificação de VIEIRA CURA, António Alberto, o.c. 34-73.

para manumissão. Ou seja, pelo fato do mandato *post mortem* não ser admitido naquela época, alguns proprietários de escravos ao se decidirem libertar algum deles quando falecesse, teria que aliená-lo a outrem e ordenava que o referido servo fosse manumitido pelo detentor do mandato e da propriedade.

A *emancipatio* através da *fiducia* era realizada com finalidade de tornar liberto do poder do *paterfamilias* os seus descendentes legítimos. Através deste instrumento o *filius* adquiriria a automomia familiar, ou seja, tornava-se *sui iuris*, embora, por muitas vezes o próprio pai se tornasse seu patrono.

A *fiducia cum amico* poderia ser ainda utiizada para realizar a *adoptio*, que consistia no ato mediante o qual se operava a transferência da *patria potestas* sobre um *fillius* de um *paterfamilias* para outro. Não se permitia que esse processo fosse realizado automaticamente, por isso adotou-se essa modalidade, que na verdade é quase idêntica à *emancipatio*, no entanto enquanto a *adoptio* visa a transferência da *patria potestas*, esta objetiva extingui-la.

3.2. A *fiducia cum creditore*

A *fiducia*, de maneira geral, não determinava o nascimento de qualquer tipo especial de *in ius re*, pois o direito adquirido pelo credor representava a pura tradução de um direito de propriedade, não uma detenção de um bem alheio¹⁴. Como função específica nas relações patrimoniais, foi utilizado para garantir o cumprimento de uma obrigação e é neste campo que encontra-se a *fiducia cum creditore* (a mais remota forma de garantia real) e era realizada através de um negócio solene designado *mancipium*. Este abrangeia apenas as *res mancipi*, que constituíam-se como as coisas mais valiosas perante o interesse social e não ao interesse individual. Excluíam-se, pois, as *res nec mancipi*. A importância daquelas era fundamentada pelo fato das mesmas estarem relacionadas com a organização econômico social globalmente considerada.¹⁵

O fiduciante, ao transferir a propriedade da *res*, perdia o poder sobre a mesma, que passava a ser para ele uma *res aliena*. Pela sua ausência de poderes de proprietário, não detinha também direito de interpor ações para valer seu direito de propriedade (suspenso ou extinto). Até mesmo a percepção de frutos, sem o consentimento do fiduciário, estava vedada a ele.

A *datio* era elemento essencial para a caracterização da *fiducia*, porém a *traditio* era dispensável. Ou seja, a posse poderia ficar com o fiduciante, caso o fiduciário não se opusesse.

O fiduciário era o adquirente da *res mancipi* e condicionava-se às obrigações assumidas perante o fiduciante de devolver a *res*, quando da quitação

¹⁴ Como defende VIEIRA CURA, António Alberto, o.c. 148.

¹⁵ Vide VIEIRA CURA, António Alberto, o.c. 189.

do débito. Porém, por não haver entre os romanos o conceito de propriedade resolúvel, esta devolução não acontecia neste mesmo instante.

A titularidade do direito de propriedade do fiduciário era igual à de um proprietário qualquer, podendo interpor ação reivindicatória da posse até mesmo contra o devedor (que era o dono originário). O credor estava legitimado e desimpedido também para vender a propriedade, mesmo antes do término do prazo, assim como realizar a manumissão de um servo fiduciado. No entanto, este comportamento seria considerado desonesto e desleal perante o garante, além de ferir a boa fé, que para todos significava a base da *fiducia*.

4. NATUREZA JURÍDICA

A *fiducia* constitui-se em Roma como um contrato real e apresenta natureza mista, pois tanto se apresentava como um negócio real quanto formal. A sua natureza real consistia na *datio*¹⁶ da coisa, tornando, pois, o negócio perfeito. Já a sua natureza formal diz respeito a sua forma de constituição e de validade perante terceiros, quais sejam as adotadas: a *mancipatio*¹⁷ e a *in iure cessio*¹⁸.

O requisito principal da *fiducia* é a transferência realizada pela *mancipatio* ou *in iure cessio*, contraindo o fiduciário a obrigação de restituir a coisa, ou seja, esta apresenta-se como uma obrigação *re contracta* (deduz-se, pois, que a a *fiducia* é um contrato real)¹⁹.

Demonstrava-se imprescindível a ocorrência de um dos negócios solenes que revestiam de formalismo a realização de transferência da propriedade nos termos da *fiducia*. Além dos aspectos formais, a realização do referido instituto revestia-se, ainda, de um elemento não-formal, denominado *pactum fiduciae*²⁰. Este acordo informal poderia estar inserido no momento da solenidade de transferência. Era um pacto acessório, desprovido de formalidades e que objetivava delimitar os direitos do fiduciante e do fiduciário. Contrato real é aquele que necessita da *conventio*²¹ e da *datio* para tornar-se perfeito.

A *fiducia* só poderia ser realizada entre cidadão romanos e além de ser um negócio baseado na *fides*²², como já fora dito, trata-se também de um negócio

¹⁶ *Datio* consiste na transferência da propriedade.

¹⁷ De acordo com MOREIRA ALVES, o.c. 317: “Mancipatio é um modo derivado de adquirir a propriedade (...), é um negócio jurídico solene *iuris ciuilis* (por isso somente podia ser utilizado por cidadão romano, ou por latinos ou peregrinos que tivesse *ius commercii*)”.

¹⁸ A *in iure cessio* também era um modo derivado de propriedade, porém diante do magistrado.

¹⁹ Vide VIEIRA CURA, António Alberto, o.c. 97.

²⁰ As fontes o chamam também de *pactum covenant* e *lex pactum*.

²¹ De acordo com tradução de SANTOS JUSTO, o.c. 24: “A palavra *conventio* é tão geral que pertence a tudo aquilo em que consentem os que entre si agem para fazer contratos e transacções”.

²² De acordo com SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano - I (Parte Geral. Introdução)*² em *Studia Iuridica* 50 (Coimbra Editora / Coimbra, 2003) 24: “(...) a *fides* é uma força moral que se impõe no mundo do direito (...)”.

fiduciário²³, pois por conta dessa confiança depositada no fiduciário de que ele não ultrapassará os limites a ele impostos, ocorre uma maximização na sua posição jurídica para o cumprimento do fim visado.

A romanística, através do estudo das fontes jurídicas romanas defende que apenas as *res mancipi* seriam objeto da *fiducia*, porém autores²⁴ como LONGO E FREZZA entendem ser o referido instituto aplicável também à *res nec mancipi*.

5. TUTELA JURÍDICA

A obrigação do credor de restituir a propriedade surgia ao ser cumprido pelo garante o pagamento integral do débito. O fiduciante dispunha da *actio fiducia*. Porém, a referida ação não possuía natureza real, apenas pessoal. Ou seja, o fiduciante não poderia alegar um direito a seu favor, tão somente exigir que o fiduciário cumprisse o dever assumido. A anteriormente citada ação limitava-se ao credor ou herdeiros deste, pois caso a *res fiduciada* tivesse sido vendida a um terceiro, este último não poderia ser perturbado pelo fiduciante.

Havia para o fiduciante a possibilidade de recuperar a propriedade da *res* sob *fiducia*, independentemente do pagamento da dívida ao fiduciário. Estamos a falar, pois, da *usureceptio ex fiducia*²⁵. Esta forma de usucapião poderia retirar do credor a propriedade da coisa, mas para esta ser legítima, apesar de atender os requisitos da usucapião bastaria ser comprovada a *possessio* por parte do fiduciante apenas pelo período mínimo de um ano. Além do mais, não poderia ter sido celebrado entre o devedor (fiduciante) e o credor (fiduciário) contrato de *precarium*²⁶ ou *locatio conductio*²⁷. O credor, no entanto poderia precaver-se contra os efeitos e contra o ocorrência desse citado instituto. Primeiramente, ele deveria exigir o mais rápido possível a *traditio* da propriedade e, em segundo lugar, garantir que o fiduciante não utilizasse a *res* como se proprietário fosse. Então para alcançar os objetivos da segunda hipótese, ele deveria celebrar

²³ O negócio fiduciário, que é desproporcional, beneficia mais ao credor que ao devedor.

²⁴ Como informa VIEIRA CURA, António Alberto, o.c. 179.

²⁵ De acordo com MOREIRA ALVES, o.c. 326: “A *usureceptio ex fiducia* se dava quando quem havia transferido a propriedade de uma coisa a título de garantia do cumprimento de uma obrigação (*fiducia*) tornava a entrar na posse da coisa, readquirindo, depois de um ano (para qualquer espécie de coisa), a propriedade sobre ela”.

²⁶ De acordo com MOREIRA ALVES, o.c. 548-549: “O precário é a convenção pela qual alguém (*precario dans*) concede a outrem (*precario acipiens*), gratuitamente, o amplo uso e gozo de uma coisa, obrigando-se este a restituí-la, quando aquele o solicitasse”.

²⁷ De acordo com MOREIRA ALVES, o.c. 535: “A locação (*locatio conductio*) é o contrato pelo qual alguém, mediante remuneração (*merces*), se obriga a proporcionar a outrem o uso, ou o uso e o gozo, de uma coisa (*locatio conductio rei*) ou a prestar-lhe um serviço (*locatio conductio operararum*) ou a realizar-lhe uma obra (*locatio conductio operis*)”.

com o fiduciante uma *locatio condutio*, pois este seria constituído apenas como detentor precário, ficando impedido de exercer usucapião.

O fiduciário, ao fim do prazo estabelecido e do cumprimento da obrigação deveria receber, antes de devolver a *res*, os juros de mora constituídos durante o contrato.

O ato formal de transferência da coisa (*mancipatio* ou *in iure cessio*) acrescido do *pactum fiduciae* representavam contra o credor uma obrigação de restituir a propriedade da coisa, quando a dívida fosse paga na sua totalidade, como anteriormente fora afirmado. Mas, por inúmeras vezes, o fiduciante não cumpria a sua obrigação de saldar o débito. Nestes casos, o fiduciário poderia vender a propriedade para satisfazer o seu crédito, ficando também protegido contra uma acusação de má fé. O devedor não gozava do direito à evicção, cabendo a este somente o direito de receber o excedente (*superflum*) pela venda da *res*, como defende Vieira Cura²⁸.

Enquanto o fiduciante, que adimplira a dívida integralmente, poderia se valer da *actio fiduciae* como instrumento para obrigar o fiduciário a devolver a *res* alienada para fins de garantia, este, concomitantemente, poderia exigir daquele a restituição de despesas realizadas para a conservação e melhoria da *res*, além de indenização pelos prejuízos que esta lhe tenha causado. Para reivindicar os anteriormente citados direitos, o fiduciário tinha à sua disposição a retenção²⁹, a compensação³⁰ e a *actio fiduciae contraria*.

O *iudicium fiduciae*, provocado pela *actio fiduciae*, trazia no bojo de sua condenação apenas efeitos pessoais, ou seja, o fiduciário não sofreria perdas patrimoniais, mas era condenado por *infamia*³¹. Esta condenação, principalmente quando as *cives* ainda eram pequenas e quase todos se conheciam, representava um terrível golpe contra a boa fama e a honra do credor, pois passaria a ser conhecido como desleal e desonesto. Além do mais, seria privado da sua capacidade eleitoral de votar e ser votado; seria destituído da categoria privilegiada a qual pertencesse; além de, perder o direito de representação em juízo.

Conforme leciona D'Ors³²: “As ações de boa-fé, eventualmente, correspondem a obrigações bilaterais recíprocas”, mas apesar de serem pessoais durante muito tempo, principalmente na época clássica (“período do verdadeiro apogeu e culminação do

²⁸ Vide VIEIRA CURA, António Alberto, o.c. 218-219.

²⁹ Consistia num direito do credor de reter a coisa, até que lhe fossem restituídas todas as suas despesas decorrentes da *res*.

³⁰ Resultava da condenação pecuniária na qual o fiduciário condenado, pagava ao devedor pela venda da *res*, mas já deduzia suas despesas havidas com a mesma, por ordem do magistrado.

³¹ O condenado por *infamia* passava a ser um segregado social.

³² Vide D'ORS, Álvaro, *Derecho Romano*¹⁰ (Ediciones Universidad Navarra / Pamplona, 2004) 545.

ordenamento jurídico romano”)³³, a *infamia* representou um meio eficaz para evitar que o fiduciário procedesse com má fé, pois a sua palavra deveria demonstrar sua *bona fides*.

PARTE II - A FIDUCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1. NOÇÕES GERAIS

No Brasil, os negócios fiduciários constituíam-se no campo dos contratos inominados e não gozavam de proteção legal específica, pelo menos até a primeira metade da década de 1960. A tutela legal iniciou-se apenas a partir de 1965 com o surgimento da *fiducia* no ordenamento brasileiro como instituto jurídico de garantia, por força da Lei 4864/65 (Lei de Estímulo à Industria de Construção Civil), que adotou a cessão fiduciária de crédito, que é justificada pela “*baixa capacidade aquisitiva da população para compra de bens de consumo duráveis e a constatação da ineficiência das formas tradicionais de garantias já existentes*”³⁴, e da Lei 4728/65 (Lei de Mercado de Capitais), com a alienação fiduciária em garantia³⁵.

À época de criação das referidas leis, o país já se encontrava sob o jugo da Ditadura Militar. No entanto, este período da história brasileira, conhecido pela restrição a inúmeros direitos constitucionais, trouxe também bastante crescimento econômico. A princípio, a grande preocupação do Governo Militar consistia em que o país acelerasse a sua produção industrial. Em seguida, os bens produzidos pela indústria, principalmente os veículos automotores e eletrodomésticos, precisavam ser adquiridos pelos consumidores brasileiros junto à indústria nacional. Surge um grande problema: de que maneira a maioria dos consumidores poderiam adquirir o produto da indústria nacional se os mesmos não dispunham de recursos financeiros? Além do mais as garantias financeiras pré-existentes mostraram-se ineficazes como garantidoras dessas obrigações. Então, através da já citada Lei 4728/65, surge a Alienação Fiduciária em Garantia. A idéia era criar, por intermédio do financiamento dos referidos bens, uma grande circulação no Mercado de Capitais.

Lamentavelmente, apesar dos milhares de contratos que foram realizados entre financeiras e consumidores entre 1965 e 1969, as leis supramencionadas

³³ Vide SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano (Ius Romanum) I. Introdução. Fontes*⁴. (Dislivro / Coimbra, 1984) 46.

³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituto de Direito Civil IV* (Editora Forense / Rio de Janeiro, 2002) 291.

³⁵ Assim como a cessão de crédito foi concebida para estimular o consumo devido ao baixo poder aquisitivo da sociedade brasileira, fazia-se necessária mais políticas governamentais, é criada, pois, a alienação fiduciária.

que regulavam a matéria não solucionavam eficazmente os casos de mora e de inadimplência, tampouco regulamentavam satisfatoriamente a resolução de lides relacionadas às obrigações pactuadas. Ao fim da década de 1960, na tentativa de suprir os defeitos técnicos e lacunas do artigo 66³⁶ (apesar do mesmo definir alienação fiduciária) da Lei 4728/65 foi editado o Decreto-Lei 911/69.

Desde o período de edição do Decreto 911/69³⁷ até o Novo Código Civil de 2002, aparentemente, a maioria das dúvidas quanto à alienação fiduciária eram satisfatoriamente solucionadas. No entanto não resolviam alguns problemas que ainda traziam grandes questionamentos, como a questão dos procedimentos da busca e apreensão. É publicada, portanto, no intuito de dirimir tais controvérsias e omissões, a lei 10.931/2004³⁸.

2. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS MÓVEIS E IMÓVEIS COMO GARANTIA

O regime de alienação fiduciária é empregado como finalidade de garantia. A referida relação jurídica é própria da *fiducia* e não se confunde com figuras semelhantes como o depósito, mandato, comodato ou penhor.

O sujeito ativo da relação é denominado fiduciário e exercerá a posse indireta do bem (que ficará com o devedor). As autoridades monetárias do Brasil determinam quem são as sociedades de crédito e financiamento autorizadas a realizar a alienação fiduciária. A lei 6.099/74³⁹ (modificada pela lei 7132/83⁴⁰) prevê que apenas a pessoa jurídica figure no polo credor (fiduciário).

O sujeito passivo será o fiduciante que exercerá a posse direta da coisa.

3. NATUREZA E TUTELA JURÍDICA

A alienação fiduciária em garantia é um instituto formal, pois exige forma prescrita em lei. Além do mais, a sua validade contra terceiros torna o registro contratual no Cartório de Registro de Títulos e Documentos indispensável. Desse forma atenderemos o importante requisito da publicidade dos contratos.

³⁶ De acordo com o Art. 66, *caput*, da Lei 4728/65, temos: “*A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal*”.

³⁷ Depois da redemocratização do país, o referido decreto foi muito criticado, pois entendia-se que ele não se coadunava com os “ventos da democracia”.

³⁸ A lei que alterou o decreto supramencionado, na verdade retirou do campo da dúvida, a suposição de que este havia sido revogado anteriormente pela CF/88.

³⁹ Lei de 12 de setembro de 1974, que dispõe sobre o tratamento tributário das operações de arrendamento mercantil e dá outras providências.

⁴⁰ Lei de 26 de outubro de 1983 que modificou a anteriormente citada.

O credor fiduciário contrai alguns deveres a cumprir, como: I) Respeitar o uso regular da coisa pelo alienante, não o molestando, nem se apropriando dela, eis que vedada a cláusula comissória⁴¹, podendo apenas vendê-la a terceiros; II) Comprovar a mora ou o inadimplemento do devedor, se quiser valer-se da Ação de Busca e Apreensão; III) Aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito; IV) Repassar ao fiduciante o que exceder a importância apurada com a venda do bem; V) Transferir a propriedade ao fiduciante após quitada integralmente o contrato.

O devedor (fiduciante) também reveste-se de deveres, dos quais, exemplificam-se: I) Pagar pontualmente sua dívida; II) Não alienar, nem dar em garantia a terceiro o bem alienado, sob pena de cometer delito.

O fiduciante aliena os bens ao fiduciário que passa a ser o proprietário dos bens em questão. Porém, no próprio contrato que origina a transferência da propriedade, está prevista a sua extinção e a causa da mesma, configurando-se a referida propriedade como resolúvel. O fiduciário assume, pois, a posição de titular de um direito que estará subordinado a uma condição resolutiva.

O decreto-lei 911/69 que autorizava a busca e apreensão⁴² do bem alienado em caso de descumprimento da obrigação de pagar por parte do fiduciante ou até mesmo se o próprio incorresse em mora, trouxe muitos questionamentos entre os doutrinadores brasileiros a respeito da sua constitucionalidade. No entanto, a lei 10931/2004 trouxe à luz que o referido decreto não fora revogado tacitamente nem pela Constituição Federal, tampouco pela lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

A cláusula comissória (pacto comissório) é vedada no ordenamento jurídico brasileiro⁴³.

A cláusula resolutiva está prevista no Código Civil Brasileiro de 2002, no seu artigo 1359⁴⁴. Há previsão também no artigo 3º do Decreto-Lei 911/69 (modificado pela lei 10.931/2004).

O credor não poderá penhorar os bens alienados, pois os mesmos consagram-se como impenhoráveis, como ordena o julgado da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal: “*O bem alienado fiduciariamente não pode ser penhorado, pois não é propriedade do devedor e, sim, do credor. Muito embora seja proprietário resolúvel e*

⁴¹ Que permitia o fiduciário a ficar com o bem em caso de inadimplência do devedor.

⁴² O artigo 3º do Decreto Lei 911/69, ordena: “*O proprietário ou fiduciário ou credor poderá requerer contra o devedor ou terceiro busca e apreensão*”.

⁴³ De acordo com o artigo 1365 do CCB de 2002, afirma-se: “É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento.”

⁴⁴ De acordo com o artigo 1359 do CCB de 2002, afirma-se: “Resolvida à propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possua ou detenha.”

*possuidor indireto, dispõe o credor das ações que tutelam a propriedade de coisas móveis e pode recorrer às ações possessórias, entre as quais, os embargos de terceiro*⁴⁵.

Ao fiduciante é vedado o oferecimento do bem como garantia, pois o mesmo é possuidor direto, mas não proprietário pleno.

4. CRÍTICAS À ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

A alienação fiduciária não devia continuar a ser confundida ou convertida em depósito (como acontecia no Brasil até pouco tempo), pois são institutos jurídicos diferentes. Percebe-se claramente que esta conversão visa, exclusivamente, defender os interesses do credor, ou seja, apesar da lei 9514/97 ter atribuído ao fiduciário deveres que antes ele não tinha, na prática aconteceu um revés contra o fiduciante, que em alguns casos de inadimplência é considerado depositário infiel, estando antes sujeito à prisão civil. A referida interpretação extensiva e *in mala partem* remete o devedor a uma posição mais desfavorável do que aquela na qual já se encontra. Mais uma vez a favor do credor fiduciário (geralmente grandes bancos e financeiras), aparece, ainda, a rapidez processual com a qual o bem poderá retornar à sua posse. Enquanto na hipoteca e no penhor a ação intentada pelo credor poderá durar entre dois e cinco anos, na alienação fiduciária o credor poderá estar com o bem disponível para leilão antes mesmo de trinta dias, por intermédio da busca e apreensão.

CONCLUSÕES

Durante os 27 séculos (sendo 13 de vigência e mais 14 de supervivência) do direito romano, é inegável a sua influência na quase totalidade dos ordenamentos jurídicos da atualidade. O Estado brasileiro não passa incólume nesta relação, pois na verdade a sua formação jurídica é baseada na influência romano-germânica. Senão vejamos: no início do século XX, à época do primeiro Código Civil Brasileiro (CCB de 1916), este continha a permissão de pactuar utilizando o pacto comisório (artigo 1163)⁴⁶. Porém o maior jurista brasileiro, Clóvis Beviláqua, à época já se opôs a este instrumento jurídico. Mesmo sendo ele, o idealizador do referido Código, a previsão legal manteve-se até o CCB de 2002.

⁴⁵ JURISPRUDÊNCIA. REsp 88.059. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acessado em 22/12/2008.

⁴⁶ Art. 1.163: “Ajustado que se desfaça a venda, não se pagando o preço até certo dia, poderá o vendedor, não pago, desfazer o contrato, ou pedir o preço.

Parágrafo único - Se, em 10 (dez) dias de vencido o prazo, o vendedor, em tal caso, não reclamar o preço, ficará de pleno direito desfeita a venda.”

Ora, se no ano de 326 d.C., o Imperador Constantino proibiu o pacto comissório, mais por motivos religiosos (combate à usura) do que por motivos meramente legalistas, torna-se natural que as nações modernas de orientação católica assumam a mesma postura.

A *fiducia* teve seu esplendor na época clássica, mas foi formalmente abolida por Justiniano no século VI d.C., portanto o *Corpus Iuris Civilis* quando chegou à Europa como base para diversos ordenamentos jurídicos já não trazia o referido instituto. Tornou-se, então, árduo o trabalho de pesquisa ora realizado, pois as fontes diretas praticamente não existem ou são muito raras.

Parafraseando o meu ilustríssimo Prof. Doutor Rui Marcos, considero (através do meu limitado conhecimento) que: “*As grandes obras são como as grandes montanhas, de longe vêem-se melhor*”⁴⁷. Ou seja, depois de 27 séculos de influência jurídica romana, à medida que o tempo passa, mais podemos reconhecer que o sol ainda não se põe sobre Roma.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BUENO DELGADO, Juan Antonio, *Pignus Gordianum* (Dykinson / Madri, 2004);
DEL CORRAL, D. Idelfonso, *Cuerpo del Derecho Romano* exemplar 942 (Ed. Lex Nova S.A./Barcelona, 1889)
D'ORS, Álvaro, *Derecho Romano*¹⁰ (Ediciones Universidad Navarra / Pamplona, 2004);
ERBE, Walter, *Die Fiduzia* (Weimar, 1940)
FERNANDÉZ DE BUJAN, *Sistema Contractual Romano*² (ECERA / Madri, 2004);
MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo, *Rostos Legislativos de D. João VI no Brasil* (ALMEDINA/COIMBRA, 2008)
MOREIRA ALVES, *Direito Romano*¹⁴. (Editora Forense / Rio de Janeiro, 2007);
PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituto de Direito Civil IV* (Editora Forense / Rio de Janeiro, 2002);
SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano - I (Parte Geral. Introdução)*² em *Studia Iuridica* 50 (Coimbra Editora / Coimbra, 2003);
_____, *Direito Privado Romano - II (Direito das Obrigações)*² em *Studia Iuridica* 76 (Coimbra Editora / Coimbra, 2006);
SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano (Ius Romanum) I. Introdução. Fontes*⁴. (Dislivro / Coimbra, 1984);
TORRENT, Armando, *Dicionario de Derecho Romano* (Edisofer / Madri, 2005);
VIEIRA CURA, António Alberto, “*Fiducia cum Creditore*” (*Aspectos Gerais*) no suplemento XXXIV do *BFDC* (1991);
VOLTERRA, Edoardo, *Instituzioni di Diritto Privato Romano* (Ed. Ricerche / Roma, 1961).

REVISTAS

- AG Archivio Giuridico Philippo Serafini (Roma)
ED Enciclopedia del Diritto (Milão)
IURA Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico (Nápoles)

⁴⁷ MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo, *Rostos Legislativos de D. João VI no Brasil* (ALMEDINA/COIMBRA, 2008) 81.

NNDI Novíssimo Digesto Italiano (Turim)

LABEO Labeo. Rassegna di Diritto Romano (Nápoles)

RISG Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche (Milão)

SÍTIO ELETRÔNICO

Supremo Tribunal Federal – www.stf.gov.br



Clóvis Malcher

CÁTEDRA II

LA RESPONSABILITÀ PER *EFFUSUM VEL DEIECTUM* DEI SOTTOPOSTI A POTESTÀ

Fabiana Mattioli

La lettura delle fonti attesta di alcuni dubbi interpretativi che si dovette-
ro porre circa il soggetto passivo dell'*actio de effusis vel deiectis* qualora l'*effusio*
o la *deiectio* fossero avvenute da un *cenaculum* abitato da un *filius familias* - o
eventualmente da uno schiavo - che rispettivamente abitassero separatamente
dal padre o dal *dominus* (¹). A questo proposito, anche in relazione al tema
specifico del nostro Convegno, dobbiamo occuparci primariamente del caso
del *filius familias*, caso che è specificamente prospettato in un frammento del
commentario all'editto ulpiano:

D. 9, 3, 1, 7 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Si filius familias cenaculum conductum habuit et inde deiectum vel effusum quid sit, de peculio in patrem non datur, quia non ex contractu venit: in ipsum itaque filium haec actio competit.*

Il giurista severiano rigettava dunque l'ipotesi che il padre potesse essere
tenuto *de peculio* nel caso in cui si fosse accertato che l'*effusio* o la *deiectio* fosse-
ro appunto avvenute da un *cenaculum* abitato *in conducto* da un *filius familias*.
Da ciò trae la conclusione che l'azione in questione fosse esperibile *in ipsum filium*, cioè direttamente contro il *filius habitator* (²).

¹ () Il termine *cenaculum*, che in origine indicava la camera da pranzo, finì poi di norma per indicare gli alloggi posti ai piani superiori degli edifici o comunque parte di essi (cfr. Festus, s.v. *cenacula* [Lindsay, p. 47]; Varro, *de lingua latina* 5, 162), in cui potevano essere alloggiati tra l'altro gli ospiti di rango inferiore e gli schiavi: sul punto cfr. per tutti quanto a suo tempo osservato da F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa, 1989, p. 229, nt. 191 (= *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, in *BIDR* 73, 1970, p. 190, nt. 191).

² () Il testo attribuito a Ulpiano è stato in passato spesso sospettato: per un quadro delle ipotesi intepolazionistiche cfr. *Index interpolationum quae in Justiniani Digestis inesse dicuntur*, I, Weimar, 1929, c. 117 e Suppl., I, Weimar, 1929, c. 157. Per la possibilità che sia interpolata quantomeno la frase «*de peculio in patrem non datur, quia non ex contractu venit*» v. nella letteratura relativamente recente G. LONGO, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, IV, Milano, 1983, p. 453, che ritiene che il dettato attuale ben si inquadri nel contesto giustinianeo, in cui alla decadenza del sistema nossale, corrisponde il riconoscimento della capacità patrimoniale al

La soluzione prospettata trova sostanziale corrispondenza nel testo di I. 4, 5, 2 nonché in D. 44, 7, 5, 5, il passo delle *res cottidiana*e che costituisce la traccia utilizzata dai compilatori per la redazione dei §§ 1-2 del titolo 4, 5 delle Istituzioni imperiali ⁽³⁾:

I. 4, 5, 2: *Si filius familias seorsum a patre habitaverit et quid ex cenaculo eius deiectum effusumve sit, sive quid positum suspensumve habuerit, cuius casus periculosus est: Iuliano placuit in patrem nullam esse actionem, sed cum ipso filio agendum. quod et in filio familias iudice observandum est, qui litem suam fecerit.*

D. 44, 7, 5, 5 (Gai. 3 aur.): ...*ideo si filius familias seorsum a patre habitaverit et quid ex cenaculo eius deiectum effusumve sit sive quid positum suspensumve habuerit, cuius casus periculosus est, Iuliano placuit in patrem neque de peculio neque noxalem dandam esse actionem, sed cum ipso filio agendum.*

Nel passo istituzionale, sulla scia appunto del testo delle *res cottidiana*e, si conferma dunque che le azioni relative all'*effusum vel deiectum*, così come quella prevista per il *positum aut suspensum* ⁽⁴⁾, non potevano essere intentate contro il *pater*, ma dovevano essere piuttosto direttamente proposte nei confronti del *filius familias* stesso ⁽⁵⁾, sempreché quest'ultimo fosse l'autonomo *habitator* di

filius familias. In questo senso, per l'ipotesi che il passo sia stato rimaneggiato per adeguarlo all'abolizione giustinianea del regime della nossalità, v. anche T. GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*, Madrid 1990, p. 101.

³ () Sul punto, per lo stretto rapporto intercorrente fra I. 4, 5, 2 e D. 44, 7, 5, 5, che pure si differenziano per il fatto che nel testo delle Istituzioni imperiali venne eliminato dai compilatori il riferimento espresso all'*actio de peculio* e all'*actio noxalis*, cfr. le osservazioni di C. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *BIDR* 13, 1901, p. 190 (= *Opere*, II, Milano, 1929, p. 404). Per la sostanziale classicità della parte finale del testo delle *res cottidiana*e v. da ultimo R. SCEVOLA, *La responsabilità del iudex privatus*, Milano, 2004, pp. 432-433, nt. 41.

⁴ () Non pienamente soddisfacente sul punto W. WOŁODKIEWICZ, *Sulla cosiddetta responsabilità dei "quasi delitti" nel diritto romano ed il suo influsso sulla responsabilità civile moderna*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa. Atti del III Congresso internazionale della Società italiana di Storia del Diritto*, Firenze, 1977, p. 1287, laddove pur correttamente rileva che, con riferimento al *positum*, non esiste nel commentario ulpiano un corrispondente di D. 9, 3, 1, 7-8 per il caso che i subalterni - *filiis familias* o schiavi - abitassero per conto loro: ciò tuttavia, alla luce di D. 44, 7, 5, 5 e di I. 4, 5, 2, non pare potersi ricondurre alla diversa configurazione della responsabilità per *positum* in quanto connessa non tanto alla persona che abitasse, ma a chi piuttosto avesse collocato qualcosa in modo pericoloso, ma piuttosto ad una semplice scelta espositiva del giurista severiano, che probabilmente - salvo che non si voglia immaginare un non probabile e non dimostrabile taglio operato dai compilatori - semplicemente non ritenne di riproporre la questione dopo averla risolta con riferimento all'*effusum vel deiectum*.

⁵ () In generale sulle caratteristiche e sui limiti della nossalità con riferimento all'*effusum vel deiectum* e al *positum aut suspensum* v. F. MATTIOLI, *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, Bologna, 2010, in specie pp. 136-138 e pp. 165-167. Qui si può rapidamente osservare che l'esclusione della nossalità nel caso dell'*effusum vel deiectum* non era assoluta e che anzi, tranne il caso del *filius* o del servo che abitassero autonomamente, era di norma possibile convenire il titolare della

un *cenaculum*, e quindi, appunto, non fosse convivente con il padre («*et sum a patre habitaverit*») ⁽⁶⁾.

Analoga previsione, secondo il testo istituzionale, sarebbe stata inoltre prevista, con le dovute differenze, nei confronti del *filius familias iudex* rispetto all'azione relativa al *litem suam facere* ⁽⁷⁾, tema oggetto proprio in questo Convegno della comunicazione di Aránzazu Calzada González e su cui pertanto in questa sede non mi soffermerò ulteriormente ⁽⁸⁾.

Liberato il campo da tale ultima delicata questione di cui si occupa in specie il noto testo di D. 5, 1, 15 pr. (Ulp. 21 *ad ed.*), dobbiamo dunque concentrarci sul tema che costituisce *ex professo* l'oggetto di questa mia breve comunicazione. Per quanto direttamente riguarda il nostro tema gli ultimi due testi citati permettono infatti di cogliere uno sviluppo dell'interpretazione giurisprudenziale più articolato di quanto risulti dalla lettura del più sintetico testo ulpiano da cui abbiamo preso le mosse.

In particolare dal passo delle *res cottidiana*e emerge infatti che Giuliano si era posto non solo il problema dell'esperibilità dell'*actio de peculio*, ma anche quello dell'*actio noxalis* nei confronti del titolare della potestà e, risolvendoli entrambi negativamente, aveva forse per primo ammesso il ricorso all'azione diretta contro il *filius familias* ⁽⁹⁾.

potestà, che tuttavia si poteva liberare della propria responsabilità facendo a quanto pare ricorso alla c.d. *exceptio noxalis*.

⁶ () La concessione delle azioni in questione contro il *filius familias* presupponeva dunque che costui vivesse in un autonomo appartamento: al proposito cfr. quanto osservato da T. PALMIRSKI, *Effusum vel deiectum, in Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à W. Wołodkiewicz*, II, Warszawa, 2000, p. 683 e ntt. 73-75.

⁷ () Rimane tuttavia incerto se l'aggiunta sia di mano compilatoria o sia stata mutuata da una fonte classica diversa da D. 44, 7, 5, 5 (Gai. 3 *aur.*): a mio avviso sembrerebbe da condividersi la prima soluzione, benché la questione risulti probabilmente puramente formale in quanto è da ritenere che la possibilità di rivolgere direttamente l'azione contro il *filius familias* fosse comunque già prevista dal diritto classico: per l'ipotesi, che appare condivisibile, che l'aggiunta della frase finale di I. 4, 5, 2 sia dovuta ad «un'e-sigenza di completezza metodologicamente cara ai bizantini, preoccupati di conferire omogeneità al titolo relativo alle *obligationes quae quasi ex electo nascentur*» v. SCEVOLA, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., pp. 445-446, nt. 51.

⁸ () Mi riferisco a A. CALZADA GONZÁLEZ, *La comunicación de la responsabilidad quasi ex maleficio entre el paterfamilias y el filius-iudex qui litem suam facit. La responsabilidad quasi ex maleficio entre el paterfamilias y el filius-iudex qui litem suam facit*. Della questione mi sono già ampiamente occupata in MATTIOLI, *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, cit., p. 68 e ss.

⁹ () Per la possibilità che già in diritto classico si concedesse di agire direttamente contro il figlio dato che nei confronti di quest'ultimo era sicuramente già riconosciuta almeno la possibilità di agire *ex contractu* cfr. in specie quanto ebbe ad osservare G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II. *Il processo formulare*, I, Milano, 1963, p. 282. Che la concessione dell'azione diretta contro il figlio fosse del resto una necessaria conseguenza della accertata impossibilità di convenire il padre *noxaliter* o *de peculio* appare chiaramente dalla chiusa di D. 44, 7, 5, 5: ...*Iuliano placuit in patrem neque de peculio neque noxalem dandam esse actionem, sed cum ipso filio agendum* (sul punto v. già SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., pp. 230-231 [= *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, cit., pp.

Non così, come abbiamo visto, Ulpiano che, dando a quanto pare per pacifica l'impossibilità di intentare l'azione *noxaliter*, si era soffermato piuttosto a dimostrare come l'azione non potesse essere concessa contro il padre neppure *de peculio* e ciò in quanto - come veniva osservato - non poteva dirsi derivata da contratto⁽¹⁰⁾.

Dalla lettura congiunta dei passi qui considerati sembrano comunque nel complesso potersi ricavare alcuni elementi ragionevolmente attendibili. Da un lato la probabilità che l'azione contro il *filius familias* fosse riconosciuta come ammissibile già a partire dall'epoca adrianea⁽¹¹⁾, dall'altro che la concessione dell'azione contro il figlio potesse costituire una sorta di rimedio eccezionale per la dichiarata impossibilità di convenire il padre *noxaliter* o *de peculio*, salvo poi il porsi dell'ulteriore problema delle conseguenze pratiche di una

190-191]). Non pare invece condivisibile l'ipotesi secondo cui nel testo delle *res cottidiana*e la frase «*cuis casus periculosus est, Julianus placuit in patrem neque de peculio neque noxalem dandam esse actionem*» sarebbe il risultato di un rimaneggiamento giustinianeo (cfr. invece in questo senso LONGO, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., p. 453), quantomeno perché la menzione esplicita dell'impossibilità di convenire il padre *noxaliter* o *de peculio* non ricorre nel testo parallelo delle Istituzioni, in cui i compilatori preferiscono limitarsi a dire «*in patrem nullam esse actionem*» evidentemente per l'anacronismo dell'alternativa ai loro tempi. Diversa dunque l'ottica in cui si pongono i giustiniani che, rovesciando in parte la prospettiva della soluzione giulianea (che ancora poneva la questione della *formula noxalis* e dell'alternativa della *conceptio verborum de peculio*), ad essa riportano essenzialmente la possibilità di intentare l'azione direttamente contro il figlio, aspetto questo che evidentemente aveva per loro un più immediato significato. Stante la regola generale enunciata in un passo ulpiano riportato in D. 5, 1, 57 (Ulp. 41 *ad Sab.*) e probabilmente rimaneggiato dai compilatori («*Tam ex contractibus quam ex delictis in filium familias competit actio...*») era infatti superfluo escludere nel caso specifico l'esperibilità dell'*actio de peculio* e dell'*actio noxalis*.

¹⁰ O Rriguardo all'esclusione della possibilità che l'azione venisse concessa come nossale può darsi che già il giurista severiano la desse come scontata: cfr. da ultimo J. M. COMA FORT, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, Madrid, 1996, p. 195, nt. 508. Sul punto, sostanzialmente nello stesso senso, v. ora anche R. FERCIA, *Il mistero delle "formulae in dominum habitatoris"*, in *Studi per G. Nicosia*, III, Milano, 2007, pp. 334-335 e nt. 47 (quest'ultima in particolare con interessanti argomentazioni). Per quanto riguarda invece specificamente l'impossibilità di esperire *de peculio* l'*actio de effusis vel deiectis* v. per tutti le osservazioni di SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., in specie pp. 229-230 (= *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, cit., in specie pp. 189-190). Sul punto, per quanto riguarda la giustificazione dell'esclusione nelle fonti bizantine, cfr. anche LONGO, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., pp. 450-451.

¹¹ O La circostanza risulta appunto testimoniata dall'opinione giulianea ribadita nel testo delle *res cottidiana*e, nonché dalla sicura presa di posizione di Ulpiano: sul punto v. per tutti le osservazioni di PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II. *Il processo formulare*, I, cit., pp. 285-286 e nt. 19 (ma v. anche F. DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité - De la vengeance collective à la responsabilité individuelle*, Bruxelles, 1947, p. 512, nt. 51 e SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit. p. 231 e nt. 192 [= *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, cit., p. 191 e nt. 192]), che, pur non escludendo qualche rimaneggiamento dei passi in questione, ritiene che non si possa negare che l'azione diretta contro il figlio fosse stata concessa, in relazione alle *actiones de effusis vel deiectis* nonché a quella *de positis aut suspensis*, già durante l'epoca classica. Sul punto, per la classicità dell'azione contro il figlio v. altresì COMA FORT, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, cit., p. 194, nonché, da ultimo, FERCIA, *Il mistero delle "formulae in dominum habitatoris"*, cit., p. 334 e ss.

eventuale condanna ottenuta ai danni di un *filius familias*, con riferimento ai limiti circa la possibilità di ricorrere nei suoi confronti all'esecuzione forzata, cui si poteva eventualmente rimediare - ma a mio avviso solo nella Geistesart giustinianea - con la concessione dell'*actio iudicati de peculio* contro il padre (¹²).

Quanto all'esclusione della possibilità di concedere l'azione *noxaliter*, pare derivasse dalla circostanza che comunque poteva ben essere che il *filius nihil nocisset* in quanto, in qualità *habitor*, lo si sarebbe dovuto considerare responsabile del danneggiamento - ai sensi dell'editto - anche se di norma non ne era materialmente il colpevole (¹³). La nossalità appare del resto esplicitamente esclusa, proprio sulla base di questa eventualità, anche per lo schiavo, come ci dimostra espressamente il testo, immediatamente successivo, del commentario edittale ulpiano:

D. 9, 3, 1, 8 (Ulp. 23 ad ed.): *Cum servus habitator est, utrum noxalis actio danda sit, quia non est ex negotio gesto? an de peculio, quia non ex delicto servi venit? neque enim recte servi dicitur noxa, cum servus nihil nocuerit. sed ego puto impunitum servum esse non oportere, sed extra ordinem officio iudicis corrigendum.*

¹² () Sul punto v. ancora le osservazioni di PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II. *Il processo formulare*, I, cit., p. 286, che per l'epoca classica esclude la possibilità di un'esecuzione patrimoniale della condanna attraverso la *missio in bona* e la *bonorum venditio*, salvo nel caso in cui il *filius familias* fosse titolare di un peculio castrense. Quanto all'esecuzione personale, favorevole - contro una opinione diffusa - S. SOLAZZI, *Sulla capacità del filius familias di stare in giudizio*, in *BIDR* 11, 1898, p. 115 e ss. (= *Scritti di diritto romano*, I, Napoli, 1955, p. 2 e ss.). Per l'esclusione dell'*actio iudicati* contro il figlio v. tuttavia F. LA ROSA, *L'actio iudicati nel diritto romano classico*, Milano, 1963, p. 188 e ss. Per la possibilità che nel caso di insolvibilità del *filius familias* fosse tenuto in base all'*actio iudicati* il titolare della potestà cfr. D. 15, 1, 3, 11 (Ulp. 29 ad ed.): a questo proposito v. anche sch. 26, 27 e 29 a Bas. 60, 4, 1 (Scheltema-Holwerda-van der Wal, B VIII, p. 3171 = Heimbach, V, p. 327). Sul punto in dottrina cfr. W. WoŁODKIEWICZ, "Deiectum vel effusum" e "positum aut suspensum" nel diritto romano, in *RISG* 3^a s. 22, 1968, pp. 375-376 e PALMIRSKI, *Effusum vel deiectum*, cit., p. 682, nt. 72. Favorevole a ricondurre questa possibilità già all'epoca classica è ora anche H. ANKUM, *L'édit du préteur "de his qui deiecerint vel effuderint"*, in *Studia Iuridica* 41, 2003, pp. 21-22. Sul punto v. però, da ultimo, FERCIA, *Il mistero delle "formulae in dominum habitatoris"*, cit., p. 336 e nt. 49-51, che, anche con riferimento alle fonti bizantine, argomenta a favore dell'origine giustinianea dell'*actio iudicati de peculio*. Al proposito, nello stesso ordine di idee, in precedenza anche S. LONGO, *Filius familias se obligat? Il problema della capacità patrimoniale dei filii familias*, Milano, 2003, in specie p. 279 e ss. e p. 285, nt. 34.

¹³ () Coerentemente l'ammettere il ricorso all'azione diretta anche per l'*actio de positis aut suspensis* è nel complesso a sua volta conforme alla configurazione della fattispecie. In tal caso si poteva infatti a buon diritto escludere la responsabilità in forma nossale del titolare della potestà appunto perché - in una fattispecie essenzialmente configurata come illecito di pericolo - a maggior ragione si poteva dire che colui che era tenuto responsabile in virtù delle disposizioni edittali *nihil nocisset*. Si può qui rilevare che secondo D. STOJCEVIC, *Sur le caractère des quasi-défauts en droit romain*, in *Iura* 8, 1957, p. 67, proprio il fatto che «le fondement de l'action est le risque couru par le passants, donc quand le dommage ne s'est point encore produit» avrebbe costituito il motivo specifico che determinò l'impossibilità di considerare il *positum aut suspensum* come figura di natura propriamente delittuale. Sul punto cfr. anche quanto osservato da WoŁODKIEWICZ, "Deiectum vel effusum" e "positum aut suspensum" nel diritto romano, cit., p. 379.

Il passo è stato in dottrina sospettato per più aspetti, ma come il precedente sembra nella sostanza essere, almeno nella prima parte (fino a *nocuerit*), espressione di idee classiche⁽¹⁴⁾. Il giurista vi prospetta una empasse logica in cui in ultima analisi, analogamente al caso del *filius*, la responsabilità *de peculio* si dice esclusa in quanto non derivata da un *negotium gestum*, mentre quella in forma nossale appunto perché la responsabilità del sottoposto non poteva comunque considerarsi di natura delittuale e ciò in quanto poteva ben essere che lo schiavo non fosse l'autore dell'illecito («*cum servus nihil nocuerit*»)⁽¹⁵⁾.

Tuttavia nel caso dello schiavo, non potendosi concedere un'azione diretta come contro il figlio, si prevedeva un repressione *extra ordinem* («...*sed ego puto impunitum servum esse non oportere, sed extra ordinem officio iudicis corrigerendum*»), di carattere meramente afflittivo che però da un lato certo non si armonizza in maniera pienamente soddisfacente con la *ratio* dell'intervento pretorio⁽¹⁶⁾, dall'altro risulta addirittura confliggere con quanto detto in precedenza a proposito dei motivi dell'esclusione della possibilità di concedere l'azione come nossale⁽¹⁷⁾.

¹⁴ () Che quantomeno l'impostazione del passo (come del precedente §7) sia classica è sostenuto da M. TALAMANCA, *Rec. a T. Giménez-Candela, Los llamados cuasidelitos*, in *BIDR* 94-95, 1991-1992 (ma 1994), p. 617. Sul punto v. ora anche FERCIA, *Il mistero delle "formulae in dominum habitatoris"*, cit., p. 328 e ss. Per l'ipotesi invece che il passo sia frutto nella sua quasi totalità di un rimaneggiamento compilatorio cfr. LONGO, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., p. 455, che al più salva la frase «*neque enim recte servi dicitur noxa, cum servus nihil nocuerit*». Sul punto v. anche *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, I, cit., c. 117 e Suppl., I, cit., c. 157. Che il testo in esame sia stato sottoposto a rimaneggiamenti insieme al precedente § 7 è opinione conddivisa recentemente anche dalla GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 102 e ss.; si tratta in dottrina di una *communis opinio*: sul punto v. già G. A. PALAZZO, *Obbligazioni quasi ex delicto*, Parma 1919, in specie p. 79, nonché SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 229 e ss. (= *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, cit., p. 189 e ss.).

¹⁵ () Quanto al significato della proposizione «*cum servus nihil nocuerit*» e al fatto che essa prospetti una semplice eventualità potendo il servo *habitator* essere o non essere il responsabile materiale dell'illecito v. FERCIA, *Il mistero delle "formulae in dominum habitatoris"*, cit., p. 329, nt. 31 e p. 333, cui faccio rinvio anche per un esame in dettaglio del complesso (e per certi versi singolare) procedere del ragionamento ulpiano (cfr. *ibidem*, in specie pp. 328-330).

¹⁶ () Per quanto riguarda i motivi di fondo dell'intervento pretorio si deve ritenere che fossero infatti essenzialmente da collegare alla *publica utilitas* consistente nel caso specifico nell'interesse pubblico alla tutela della sicurezza dei viandanti e, più in generale, della circolazione nella pubblica via: cfr., con particolare riferimento al testo di D. 9, 3, 1, 1 (Ulp. 23 ad ed.), quanto già rilevato in MATTIOLI, *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, cit., p. 108 e ss.

¹⁷ () Vale a dire con la circostanza, appunto, che il «*servus nihil nocuerit*». Quanto alla possibilità di tenerlo a sua volta responsabile per *culpa in eligendo* (o in *vigilando*) e per la conseguente legittimità della *correctio extra ordinem* cfr. sch. 42 a Bas. 60, 4, 1 (Scheltema-Holwerda-van der Wal, B VIII, pp. 3173-3174 = Heimbach, V, p. 328). Il rimaneggiamento del testo, con riferimento all'aggiunta della frase finale «*sed ego puto impunitum servum esse non oportere, sed extra ordinem officio iudicis corrigerendum*», fu avvertito già dal Faber (cfr. A. DE MEDIO, *I tribonianismi avvertiti da Antonio Fabro*, in *BIDR* 13, 1900, p. 224) ed è in dottrina comunemente ammesso: sul punto cfr. per tutti WŁODKIEWICZ, “*Deiectum vel effusum*” e “*positum aut suspensum*” nel diritto romano, cit., p. 374 e p. 376 e SERRAO, *Impresa e*

A parte l'incongruenza appena segnalata - che potrebbe forse anche indurre a non escludere che nell'originale il giurista severiano si soffermasse, almeno nel caso del servo, a discutere ulteriormente circa la possibilità di concedere eventualmente l'*actio de peculio* o, in alternativa, la stessa formula nossale⁽¹⁸⁾ - quanto riferito nel testo ulpianeo di D. 9, 3, 1, 7-8 appare tuttavia a ben vedere non contraddittorio rispetto alla nossalità *sui generis* prospettata per il caso della formula contro l'*habitor* libero nella clausola finale di D. 9, 3, 1 pr.⁽¹⁹⁾.

Alla particolare nossalità prevista per il danneggiamento cagionato dai sottoposti corrispondeva infatti l'impossibilità di concedere un'azione in forma nossale contro il *pater* o contro il *dominus* (in diritto giustinianeo ovviamente solo contro il *dominus*) nel caso in cui i primi vivessero separatamente dal titolare della potestà: in questa circostanza sarebbero stati infatti a loro volta tenuti solo in base ad una responsabilità addossata loro per ragioni di polizia urbana e quindi indipendentemente dalla loro materiale colpevolezza, circostanza questa che, per un principio generale, doveva escludere che si potesse agire in via nossale⁽²⁰⁾.

responsabilità a Roma nell'età commerciale, cit., pp. 234-235 (= *Responsabilità per fatto altri e nossalità*, cit., pp. 194-195), nonché da ultimo FERCIA, *Il mistero delle "formulae in dominum habitatoris"*, cit., p. 328, p. 337, nt. 52 e pp. 339-340 e nt. 62, che al proposito giustamente osserva come la *correctio extra ordinem* avrebbe forse potuto indirettamente tutelare la sicurezza della viabilità, ma non certo l'interesse della persona lesa. Diversamente, nella letteratura recente, per la sostanziale genuinità della frase finale del testo W. TURPIN, *Formula, cognitio, and proceedings extra ordinem*, in RIDA 3^e s. 46, 1999, p. 563 e nt. 132 e recentemente ANKUM, *L'édit du préteur "de his qui deiecerint vel effuderint"*, cit., p. 21

¹⁸ () Quanto alla possibilità che in diritto classico non mancasse chi, con un'interpretazione forzante, non escludesse del tutto una responsabilità del *dominus de peculio*, v. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., pp. 232-233 (= *Responsabilità per fatto altri e nossalità*, cit., pp. 192-193). Sul punto v. anche S. SCHIPANI, *Il contributo dell'edictum de his qui deiecerint vel effuderint e dell'edictum ne quis in suggrunda ai principi della responsabilità civile dal Corpus iuris ai codici civili europei e latinoamericani*, in *Scintillae iuris. Studi in memoria di G. Gorla*, II, Milano, 1994, p. 1106. Diversamente però ora FERCIA, *Il mistero delle "formulae in dominum habitatoris"*, cit., p. 339 e ss., che ritiene che, dovendosi escludere la *conceptio verborum de peculio* per l'estranietà della fattispecie ad un *negotium gerere*, fosse semmai prospettabile in diritto classico la *formula noxalis* e che nel testo conservatoci sia stato eventualmente cancellato «un discorso su un complesso problema di tecnica formulare» (v. p. 340) forse anche in relazione alla possibilità di compiere la *noxiae deditio* dell'*habitor* o in alternativa di un *servus* dell'*habitor*: sul punto, per alcune congetture sulla eventuale configurazione della *formula in dominum habitatoris*, cfr. *ibidem*, pp. 344-345 e nt. 70.

¹⁹ () Tale nossalità consisteva fra l'altro nel permettere all'*habitor* la *noxiae deditio* dell'autore del fatto, benché - per la responsabilità dello stesso *habitor* - il *deictor*, anche qualora fosse stato *sui iuris*, non potesse essere chiamato a rispondere come diretto responsabile dell'illecito. Tutt'al più il *deictor* poteva essere convenuto in via di regresso qualora si dimostrasse in concreto la sua responsabilità: cfr. D. 9, 3, 5, 4 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Cum autem legis Aquiliae actione propter hoc quis tenetur merito ei, qui ob hoc condemnatus est* (MOMMSEN, *ed. maior*, I, p. 295, nt. 3), *quod hospes vel quis alius de cenaculo deiecit, in factum dandam esse Labeo dicit adversus deiectorem, quod verum est. plane si locaverat deiectori, etiam ex locato habebit actionem*.

²⁰ () Coglie dunque a mio avviso sostanzialmente nel segno WoŁODKIEWICZ, *Sulla cosiddetta responsabilità dei "quasi delitti" nel diritto romano ed il suo influsso sulla responsabilità civile moderna*, cit., p.

Sotto questo profilo, già per il diritto classico, si giustificava dunque il ricorso all’azione diretta contro il figlio, mentre, per non lasciare senza sanzione il caso della *deiectio* che fosse avvenuta da un *cenaculum* abitato da uno schiavo, esclusa forse definitivamente anche in questo caso la possibilità di concedere un’*actio de peculio* o, in alternativa, la formula nossale *in dominum habitatoris* che presentava complicazioni non irrilevanti sul piano della *conceptio verborum* formulare e non indifferenti difficoltà sul piano probatorio, si pensò piuttosto di prospettare - ma forse siamo ormai già in epoca postclassica - la possibilità di ricorrere, *officio iudicis*, ad una *correctio extra ordinem* (²¹).

1286, quando afferma che la nossalità dell’azione risulta esclusa perché lo schiavo viveva separatamente dal *dominus* e quindi, possiamo aggiungere, perché la prospettiva era diversa rispetto a quella presa in considerazione dalla formula contro l’*habitator* libero. Ciò più esattamente avviene perché lo schiavo - come del resto anche il *filius familias* - era egli stesso *habitator* e quindi, in quanto tale, era potenzialmente tenuto indipendentemente dall’essere materialmente l’effettivo responsabile del danneggiamento (in questo senso appunto si può dire che, come ha giustamente rilevato Fercia [v. *supra*, nt. 101], il «*servus nihil nocuerit*»): cfr. sch. 42 a Bas. 60, 4, 1 (Scheltema-Holwerda-van der Wal, B VIII, p. 3173 = Heimbach, V, p. 328). A questo proposito è anzi significativo, nell’ottica bizantina, che i Basilici e gli scoli escludano che si tratti di una responsabilità per contratto o per delitto, ma piuttosto ritengano che si tratti di una responsabilità per quasi delitto: cfr. Bas. 60, 4, 1 e sch. 27 e 31 (Scheltema-Holwerda-van der Wal, B VIII, p. 3171 = Heimbach, V, p. 327).

²¹ () PALMIRSKI, *Effusum vel deiectum*, cit., p. 682 e nt. 71 ritiene che in diritto classico il caso rimanesse impunito, in quanto non previsto probabilmente per l’infrequenza della figura schiavo *habitator*. Migliore sarebbe stata quindi la condizione di chi subisse un danno da uno schiavo che dimorasse in casa del proprio *dominus* o anche presso altri: in tale ultimo caso avrebbe comunque potuto trovare eventualmente applicazione l’azione di regresso prevista da D. 9, 3, 5, 4 (Ulp. 23 *ad ed.*). L’ipotesi in effetti non convince, ma d’altra parte la congettura che in diritto classico si prospettasse la possibilità di *noxaliter agere* con una formula *in dominum habitatoris* si scontra contro un principio indiscutibile che è quello secondo cui è solo l’autore del fatto che può essere dato a nossa, salvo che non si voglia ritenere che in tal caso la possibilità di compiere la *noxae deditio* riguardasse esclusivamente colui (il *servus habitator* o un altro servo) che in *iudicio* si fosse eventualmente dimostrato essere - pur con tutte le difficoltà del caso - l’effettivo responsabile dell’illecito: tale circostanza non sarebbe in contraddizione con quanto detto in D. 9, 3, 1, 8 e in particolare con l’affermazione secondo cui la *noxae deditio* del *servus habitator* troverebbe ostacolo nell’eventualità che costui «*nihil nocuerit*».



Daniel Coelho de Souza

CÁTEDRA III

A ORIGEM ROMANA DOS ARTIGOS 217º E 218º DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS: A DECLARAÇÃO NEGOCIAL TÁCITA E O VALOR DO SILENCIO COMO MEIO DECLARATIVO

Eduardo Vera-Cruz Pinto

O negócio tem um elemento subjetivo ou interno – a vontade; e outro elemento objetivo ou externo – a declaração. Os dois elementos não se podem dividir ou cindir. Valem como um todo (devem coincidir) na expressão feliz positivada pelo legislador: declaração negocial¹.

O problema surge quando a vontade de negócio específico não é expressa de forma clara, simples e direta (declaração expressa/direta ou específica – um só significado), mas resulta de uma manifestação de vontade indireta² e sujeita a interpretação para lhe ser dado um valor jurídico de declaração negocial (indireta, genérica – pluralidade de significados -, tácita³)⁴.

Em Direito, o silêncio não vale como declaração negocial nem gera compromisso (nem sim; nem não; nada). O silencio nunca é manifestação de aceitação ou de consentimento. A não ser nos casos em que a lei expressamente o diga⁵. Logo, a o silêncio a valer como declaração não é por regra de direito mas

¹ Não dou, por isso, relevância prática, às divergências entre a teoria da vontade (Ihering) e a teoria da declaração (Kohler, Leonhard). Nem importa pender para uma conceção objectivista, como a de Manuel de Andrade, ou subjectivista. O legislador do Código Civil, não tomou posição nesta matéria. Fez bem. Cabe ao aplicador em cada caso interpretar de acordo com a justiça do caso concreto. Tem de levar em conta os princípios da boa-fé; da segurança jurídica; da proteção da confiança; da autonomia privada da vontade; da liberdade e autodeterminação da pessoa.

² Ver Tullio Ascarelli, *Negócio Jurídico Indirecto*, Jornal do Fôro, Lisboa, 1965, p. 41, quando refere o Trust inglês com origem no negócio indireto. Ver sobre a origem do Trust, António Barreto Menezes Cordeiro.

³ Ver Paulo Mota Pinto, *Declaração Táctica e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995, pp. 438 e ss.. Foi este autor o que mais intensamente trabalhou estas normas do Código Civil (artigos 217º e 218º).

⁴ Ver, por exemplo, Enzo Ferrero, “*Dichiarazione expressa*”, “*dichiarazione tacita*” e *autonomia privata*, Turim, 1974.

⁵ Por exemplo: na norma do nº 2 do artigo 923º – aceitação da proposta de venda a contento; artigo 1163º - aprovação por silêncio; nº 4 do artigo 35º do Regime do Arrendamento Urbano – aceitação do cálculo da renda atualizada; artigo 447º do Código Comercial - conversão dos contratos condicionais em contratos perfeitos; nº 2 do artigo 22º da Lei do Contrato de Agência – ratificação de negócio feito por representante.

por norma legal. É isso que está expresso na norma do artigo 218º do Código Civil Português.

Mas, ficando em silêncio uma pessoa a quem é dirigida uma declaração negocial (proposta) ou se, em silêncio, os seus comportamentos, atitudes ou palavras integrarem fatos cuja forma corresponde, no seu somatório, a uma declaração de vontade negocial⁶ (aceitação) – então estamos perante uma declaração tácita juridicamente válida (artigo 217º).

Aí não há apenas silêncio, isto é, ausência de qualquer tipo de manifestação (algo de positivo)⁷. Na declaração tácita existe uma manifestação por outros meios que pode corresponder a uma manifestação de vontade.

Logo, no silêncio não há manifestação (exteriorização) de vontade (não quer dizer que não haja vontade, só que ela não é juridicamente relevante para efeitos negociais). Na declaração tácita existe ação (agir) guiada pela vontade do declarante com relevância jurídica para criar um vínculo (compromisso) e ele tem consciência disso.

O negócio jurídico tem de ser voluntário (pode haver vontade e não voluntariedade). O Código Civil não nos dá uma definição legal de negócio jurídico, mas sabemos que o negócio só é válido se houver uma manifestação de vontade (expressa ou tácita), livre, autónoma e consciente no sentido de querer o efeito jurídico lícito visado com ele⁸. Logo, sem declaração não há negócio⁹.

Porque motivo, o declarante com toda a liberdade de formular uma vontade em declaração expressa e de forma inequívoca no sentido do efeito pretendido, adota formas ínvias ou indiretas de expressar uma vontade que tem no sentido de fazer/querer um negócio?

A resposta mais óbvia é que tem dúvidas, está hesitante, dá a entender que quer uma coisa mas não diz que quer e, assim, cabe à contraparte interpretar uma vontade não expressa com recurso ao senso comum e ao valor dos atos praticados e formalizados como fatos no âmbito de um negócio que ainda não o é.

Não importa se a pessoa deve ou não falar em determinada situação ou quando lhe é dirigida uma declaração. Se fica em silêncio não há manifestação

⁶ Não podemos aqui desenvolver o elemento subjetivo ou interno da declaração negocial: vontade de ação; vontade de declaração (consciência); e vontade negocial.

⁷ Ver Mircea Durma, *La notification de la volonté. Role de la notification dans la formation des actes juridiques*, Paris, 1930; Pierre Godé, *Volonté et manifestations tacites*, Paris, 1977; François Goré, “Les modes non formelles d’expression de la volonté – Rapport général, in AA. VV. *Les modes non formels...*”, pp. 9-23.

⁸ Diferente é as partes quererem um negócio mas não terem seguido a forma adequada para ele e poderem suprir a invalidade desse negócio através da sua conversão, nos termos do disposto no artigo 293º do CC. Ver Luis A. Carvalho Fernandes, *A Conversão dos negócios Jurídicos Civis*, Lisboa, 1993

⁹ No artigo 234º parece que basta uma intenção de aceitar devidamente revelada. Não é aqui o lugar de desenvolver o comentário a este artigo. Mas não deixa de ser “uma coisa” que vale como declaração.

de vontade dela; logo, não há negócio. Importa é saber se antes do silêncio já praticou atos que podem consubstanciar uma declaração tácita.

Não se trata de indagar as causas ou motivos dos atos praticados que podem consubstanciar a declaração tácita. A causalidade ou motivação da sua prática pelo declarante não interessam, estão fora do negócio, não têm relevância jurídica. O porquê da vontade não importa; o quê sim.

Cabe ao Direito formular regras claras que protejam a contraparte da parte que assim se comporta, dando-lhe, em certa altura, a segurança que – depois de tudo o que já foi feito e dito (embora nada feito e dito que corresponda a uma declaração clara, isto é, expressa) – existe ali um negócio, um compromisso.

Para densificarmos que atos de uma pessoa podem, no seu silêncio sobre a intenção negocial relativa àquele negócio (no sentido de o fazer, de o concluir), o legislador diz apenas que devem ser atos com a forma deles. Adianta pouco.

É preciso inseri-los num *iter probabilístico*¹⁰ de causalidade adequada à produção do fim último que é não haver dúvidas que o autor dos atos o que quer é aquele negócio (específico). Esse querer pode não ser verbalizado assim (dirigido àquele efeito) mas é o que resulta do conjunto de atos praticados por ele (declarante)¹¹.

A ORIGEM ROMANA DAS NORMAS DOS ARTIGOS 217º E 218º

Fundada em Werner Flume¹², alguma da doutrina portuguesa mais recente¹³ tem repetido sem consultar as fontes que o conceito de negócio jurídico e de declaração negocial foram elaboradas apenas no século XVIII pela pandectística alemã¹⁴. No início do século XIX, o discípulo de Hugo em Gottinguen, Georg Arnold Heise¹⁵ dá um passo dogmático significativo ao

¹⁰ Heinrich Ewald Horster, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, (2ª reimpressão da edição de 1992), 2003, p. 434, diz que é uma dedução de factos que com toda a probabilidade indicam no sentido de um “comportamento concludente”.

¹¹ Esta é a leitura abrangente permitida pela conceção finalista do negócio jurídico adotada entre nós por António Menezes Cordeiro, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, pp. 494-496.

¹² Werner Flume, *El Negocio Jurídico, Parte general del Derecho Civil*, tomo II (*Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, Vierte, unveränderte Auflage, Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft*, Berlim-Heidelberg-New York (1964), 1992), 4ª ed não modificada, trad. José María Miquel González e Esther Gómez Calle, Fundación Cultural del Notariado, 1998, pp. 48-73, loc. de ref., pp. 54-57.

¹³ Cfr. Luis A. Carvalho Fernandes, *A Conversão dos Negócios Jurídicos Civis*, Lisboa, 1993, p. 27, nota 1 e pp. 28 e ss.; Heinrich Ewald Horster, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, (2ª reimpressão da edição de 1992), 2003, pp. 419 e ss..

¹⁴ Tinha sido esta a lição de Schlossmann, *Willenerklärung und Rechtsgeschäft*, Festgabe Hanel (1907), pp. 1 e ss e 48 e ss (ver a bibliografia).

¹⁵ Georg Arnold Heise, *Grundriss eines Systems des gemeinen Zivilrechts zum Behuf von Pandekten-Vorlesungen*, 1807 (*Compêndio de um Sistema de Direito Civil Comum para um Curso de Pan-*

contrapor negócio jurídico a facto ilícito e Savigny¹⁶ fixa a doutrina clássica do negócio jurídico assente na vontade manifestada em declaração.

Nada foi conceitualizado até ao trabalho da pandectística alemã que nos legou estes conceitos¹⁷. Só a partir daí, passaram a integrar a doutrina jurídica¹⁸.

Teriam sido os alemães a fixar a regra *nullum negotium sine lege*¹⁹ para expressar que a autonomia das partes na manifestação de uma vontade negocial está limitada pelo que dispõe a lei para o efeito. A declaração só é válida se a lei assim o disser²⁰.

O termo *Rechtsgeschäft* (negócio jurídico) normaliza-se²¹ substituindo o *negotium juridicum* das fontes originais²². WINDSCHEID²³ pode declarar que o *negócio jurídico* é uma declaração de vontade querida pelo seu autor.

Os romanos não teriam conceptualizado o *negotium (negotia jurídica)* e o *actus (actus juridici)*. Os jurisprudentes romanos não formularam conceitos gerais, universais e abstratos só lidavam com casos concretos. Só davam soluções a negócios não havia “o negócio jurídico” e assim foi, na tradição romanística do ocidente europeu, até à pandectística germânica.

Esse mito germanístico²⁴, depois de estudadas as fontes romanas com rigor, está completamente ultrapassado²⁵. Sabemos hoje que os jurisprudentes romanos criavam conceitos e teorias com base em generalizações e abstrações fundadas na casuística que trabalhavam. Só que tinha consciência dos perigos

¹⁶ *dectas*). Ver a referência elogiosa a este estudo feita por G. Higo, *Beytrage zur civilistischen Bucherkenntnis*, I, 518, N. 1.

¹⁷ Savigny, *System des Heutigen Romischen Rechts (Sistema de Direito Romano Atual)*, tomo III,

¹⁸ Ver DABELOW, *System des gesamten heutigen Zivilrechts*, 1ª edição, 1794, I, &329; 2º edição, 1796, I, & 366.

¹⁹ Para os autores que seguem esta linha narrativa foi Nettelbladt, *Systema Elementare universae iuris-prudentiae positivae*, 1ª edição, 1748, 2ª edição 1762, T. I, && 63 e ss., que os introduziu na literatura jurídica. Ver também C.F. Harprecht, *De eo quod iustum est circa conversionem actuum negotiorum iuridicorum iamiam peractorum*, Tubingen, 1747.

²⁰ Brinz, *Pandekten*, 2ª ed. Ao cuidado de Lotmar, Tomo IV, & 522, n. 12; Gerhard, *Entw. Allgem. Tel* (1881), II, 2, *Das Rechtsgeschäft*, Einleitung.

²¹ A primeira manifestação normativa deste conceito de negócio jurídico está na *Allgemeinen Landrecht* da Prússia de 1794, I, 4, &1 e & 5 (não passou nem para o *Code napoleón* de 1804, nem para o *Código Austríaco* de 1811. Passou para o Código da Saxónia de 1863, & 88.

²² Ver Nettelbladt, *Jurisprudentiam Positam Germanorum Communem*, 1772, “Nova Introductio”.

²³ Ver Hofacker, *Principia Iuris Civilis Romano-Germanici*, I, cap. IV, “de negotiis iuridicis”.

²⁴ WINDSCHEID, *Tratado de pandectas*, I, & 68, n. 1 (edição de ENNECCERUS-NIPPERDEY, & 145, II.

²⁵ Difundido por Schulz e repetido por Emilio Betti, “Diritto Romano e dogmática hodierna”, in *AG*, 99, 1968, pp. 135 e ss.; e “Methode und Wert des heutigen Stiums des romischen rechts”, in *TJ*, 15, 1937, pp. 9 e ss..

²⁶ Ver Alejandrino Fernandez Barreiro, *Presupuestos de una Concepcion Jurisprudencial del Derecho Romano*, Santiago de Compostela, 1976, pp. 85 e ss. “A ciência alemã do Direito no âmbito da cultura europeia” e pp. 8 e ss.; Alvarez Suarez, *Jurisprudencia*, Hernandez Gil, *Metodología*, Garcia Garrido, *Jurisprudencia romana; Casuismo*; Puig Brutau, *Jurisprudencia*,

da abstração conceptualizadora para a desjuridicização do “Direito” e o perigo para a justiça do caso concreto.

A organização do Direito Privado a partir de uma Parte geral e de Partes especiais pela pandectística foi fundamental na fundação - pelo método sistemático e pela conceitualização, institucionalização e categorização operadas - de uma ciência jurídica²⁶.

A sua base criadora e legitimante foi o *ius romanum*, sobretudo o labor dos jurisprudentes de Roma imortalizado no Digesto²⁷; e a sua perdição foi a especulação filosófica e a deriva teórica como quadro de criação e aplicação de regras de Direito.

Partir de conceções apriorísticas e fundadas em juízos anacrónicos sobre a *iurisprudentia* romana e a sua incapacidade de abstração para conceptualizar por causa do casuismo²⁸, para negar a existência de conceitos jurídicos elaborados pelos jurisprudentes de Roma, foi um exercício arriscado da pandectística que, no caso, é contrariado pelas fontes.

O sentido jurídico de *declarare* nos textos dos jurisprudentes romanos relativos a negócios²⁹ e da expressão *declarare voluntatem*³⁰ revela o esforço de conceptualização já aí feito.

CONCLUSÃO

O conceito de negócio jurídico de criação jurisprudencial resultante de uma generalização abstrativa de um conjunto de soluções idênticas para casos parecidos como base de uma teorização do negócio jurídico útil para interpretar as regras e as aplicar a cada conflito com o intuito de fazer justiça - é importante.

Esse conceito deve permanecer no âmbito da doutrina e na atividade jurisprudencial com essa finalidade específica. Não deve integrar uma norma legal com pretensão de ser uma definição.

²⁶ Cfr. António Menezes Cordeiro, *Teoria Geral do Direito Civil, Relatório*, separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1988, pp.215 e ss..

²⁷ Cfr., por todos, António Menezes Cordeiro, *Teoria Geral do Direito Civil, Relatório*, separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1988, pp. 37 e ss. “Do *ius romanum* ao pandectismo”.

²⁸ Excelentemente referidas por Perozzi, “Di alcune censure ai giurisconsulti romani”, in *Scrit. Giur.*, III, 1968, pp. 563 e ss. Ver, por exemplo, Manuel Jesús García Garrido, *Casuismo y Jurisprudencia Romana. II. Acciones y Casos*, 4^a edición, Ediciones Académicas, 2008, pp. 21 e ss. “Casuismo y jurisprudencia romana”.

²⁹ Piero Schlesinger, “Dichiarazione (teoria generale)”, in *ED*, XII, 1964, pp. 371 e ss.; A. Falzea, “Manifestazione (teoria generale)”, in *ED*, XXV, pp. 442-475.

³⁰ Cfr. Emilio Betti, “Declarare voluntatem nella dogmática bizantina”, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, vol. II, Milão, 1953, pp. 421-461.

Essa opção do legislador de definir o negócio jurídico em norma positivada no Código Civil, muitas vezes envergonhada porque está lá embora de forma não expressa e assumida, tem levado a um exercício inglório dos aplicadores com resultados negativos para a justiça do caso concreto.

A utilidade de normas como as dos artigos 217º e 218º do nosso Código Civil está na necessidade, por imposição política, de recorrer a normas legais para fazer aplicar nos tribunais conceitos e institutos que são jurisprudenciais, não legislativos³¹. Não existe aí nenhuma criatividade jurídica ou acréscimo de possibilidades de equidade.

O negócio jurídico, desde o *ius romanum*, começa com uma comunicação voluntária e livre (expressa ou tácita) de que se quer realizar um negócio. Diga o Código Civil o que disser³².

Os meios que o declarante usa para expressar a vontade são valorizados (não por si próprio: a intenção que tinha ao praticar tais atos) por critérios jurídicos em virtude da sua possível interpretação por terceiro, no contexto em que ocorrem, como manifestação de uma vontade com o efeito de fazer o negócio. A palavra chave é aqui *idoneidade objetiva* desses *atos concludentes* para aquele fim.

³¹ Paulo Mota Pinto, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995, pp. 455 e ss.vê a utilidade da norma do artigo 217º na consagração dos princípios da liberdade declarativo e da equivalência entre as duas formas de declaração, a que se junta o critério de delimitação entre as duas.

³² Ver Rui Alarcão, “Reserva mental e declarações não-sérias. Declarações expressas e declarações tácitas – o silêncio”, in *BMJ*, nº 86, Lisboa, 1959.



Orlando Bitar

CÁTEDRA IV

AS BASES DO CONSTITUCIONALISMO FRANCÊS

Juliana Vasconcelos de Castro

INTRODUÇÃO

O abade Emmanuel Joseph Sieyes viveu em um período marcado por um conjunto de ideias que se originaram na Inglaterra e na Holanda, em fins do século dezessete, conhecido por Iluminismo. Este movimento destacava, entre as principais ideologias, a fé inabalável na razão humana, a contestação das concepções tradicionais e o desejo de mudança inspirada na confiança da capacidade humana para transformar o mundo.

Sieyes através de seu escrito “O Que É o Terceiro Estado?”, obra considerada um verdadeiro grito de guerra contra o Antigo Regime e o arauto da Revolução Francesa, de forma que, após a sua publicação em Janeiro de 1789, decorreram apenas seis meses para a Tomada da Bastilha pelo povo de Paris.

Este pensador francês teve uma influência política decisiva na conversão da secção popular dos Estados Gerais em Assembleia Nacional, na elaboração do projeto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na abolição da monarquia absoluta e das ordens privilegiadas, na implantação do liberalismo político, na defesa do constitucionalismo e na forte construção do nacionalismo nos países da Europa continental. Teve um papel determinante nas reuniões da Assembleia Constituinte entre 1789 e 1791, e desenvolveu, naquele período, aspectos de sua Teoria Constitucional os quais influenciaram a Teoria da Constituição de Carl Schmitt, embora as noções fundamentais já tenham surgido desde os escritos do “O Que É o Terceiro Estado?”.

As bases do constitucionalismo lançadas por Sieyes projetaram noções sobre nação, cidadania, constituição, poder constituinte, júri constitucionário e controle de constitucionalidade das leis conforme se entende hoje. Foi, também, um dos principais fundadores do Direito Público Moderno, através de noções basilares que se mantêm vivas, ainda, na atualidade, como as de soberania nacional, unidade do Estado, democracia representativa, princípio da legalidade e oponibilidade dos direitos individuais ante o Estado.

CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA NO ESTADO MODERNO

No início, o Estado Absolutista conseguiu atender as exigências de estabilidade e de segurança da burguesia emergente, porém, com o tempo, o poder ilimitado estatal retirou a previsibilidade e a segurança esperada pelo novo modelo econômico burguês¹. Então, devia-se uma correção à teoria absolutista de Hobbes, a fim de se caminhar rumo à formação de um Estado Liberal, através da imposição de limites ao poder e da proteção dos direitos ante os atos abusivos do Estado. Assim, o liberalismo político, por meio da separação das funções do Poder do Estado em diferentes órgãos estatais, bem como pela garantia dos direitos naturais oponíveis contra o Estado, formou os primeiros elementos definidores do constitucionalismo moderno.

John Locke iniciou liberalismo político na Inglaterra juntamente com a Revolução Gloriosa, e sua obra influenciou toda Europa, principalmente, a França, em fins do século XVII e início do século XVIII, e, também, os Estados Unidos da América do Norte (as colônias inglesas). Contrariamente a Hobbes, Locke defendia, numa acepção jusnaturalista, que os direitos naturais e políticos dos indivíduos limitavam o Poder Estatal, de forma que este só se legitimava quando respeitava os direitos inalienáveis como a vida, a liberdade e a propriedade. Foi nesse contexto que surgiram as declarações de direitos como contratos entre o povo e o Estado para limitar a intervenção do Estado na vida privada. Para Locke, o legislador não cria direitos, pois apenas expressa os limites ao exercício dos direitos adquiridos outrora². Ademais, o Estado protegeria esses direitos mais eficientemente por intermédio de uma Constituição capaz de mitigar o poder absoluto. Portanto, a limitação do poder e a proteção dos direitos pelo constitucionalismo moderno originaram-se do liberalismo político a partir de Locke que, somando-se às ideias Montesquieu acerca da descentralização do poder, inauguraram as bases do Estado Liberal e do Constitucionalismo.

Contudo, a questão acerca da titularidade do poder soberano ainda se mantinha pertencente ao monarca absolutista, segundo as ideias de Bodin e de

¹ Jorge Miranda lembra que se faz importante ressaltar que a origem do constitucionalismo vincula-se aos interesses econômicos e políticos da burguesia, ao tomar as rédeas do poder. (*Direito Constitucional*, I, 7ª ed. Coimbra, 2003, p. 88).

² Para Locke, o legislador, mesmo assumindo uma posição de destaque na organização do Estado, limita-se pelo direito natural. Assim, a supremacia do Legislativo limita-se àquilo que lhe foi devidamente confiado. Por isso, Oscar Vieira Vilhena entende que Locke já apontava para uma teoria constitucional onde se diferenciava o poder constituinte soberano pertencente ao povo do poder constituído, entregue aos representantes do povo por meio de uma Constituição. (*A Constituição e sua reserva de justiça*, Malleiros, São Paulo, 1999, p. 38).

Hobbes, de forma que somente com Rousseau que se atribuiu esta titularidade ao povo.

Para Rousseau, somente a lei que se elaborou pelo povo garante a liberdade pública, de maneira que, ao povo, concede-se a titularidade do poder soberano. Assim, a soberania popular é inalienável, pois não pode ser representada, e, deste modo, apenas a democracia direta assegura a liberdade; é absoluta e indivisível, ao considerar apenas a vontade geral do povo, de forma que nem mesmo os direitos naturais são limites à soberania popular. Para ele, a lei e o legislador possuem mais prestígio que a Constituição, uma vez que estes são reflexos constantes da soberania popular absoluta, ilimitada e incondicionalmente. Finalmente, a defesa da soberania do povo foi o legado de Rousseau para o Estado Moderno e a Democracia, influenciando deveras as ideias democráticas sustentadas pela Revolução Francesa. Portanto, a limitação do poder proclamada por Locke e Montesquieu juntamente com a soberania popular reivindicada por Rousseau formam os alicerces da Democracia e do Constitucionalismo do Estado Moderno Liberal.

Destarte, apesar do Estado Moderno se caracterizar pela Democracia e pelo Constitucionalismo, observa-se que estes buscam finalidades bem distintas. Enquanto este pretende limitar o poder soberano independentemente de quem o exerça, por considerar que, ainda que visem às melhores intenções, concentrando-o, tender-se-ia à tirania, aquela, baseada na soberania popular, objetiva centralizar todo o poder soberano no povo, de forma ilimitada, inclusive sem os limites almejados pelo constitucionalismo liberal. A tensão entre estas duas correntes do pensamento político - Constitucionalismo e Soberania Popular - desenvolveu-se durante os séculos XVI e XVII, e consolidou-se no fim do século XVIII, sob influência das doutrinas jusnaturalistas e contratualistas, tendo sido objeto de muitos debates e disputas no momento de ruptura com o Absolutismo e de instauração do Estado Liberal, isto é, nas Revoluções Americana e Francesa.

A maneira como cada uma destas revoluções liberais efetuou a integração entre Democracia e Constitucionalismo levou os Estados Unidos e a França a trilharem caminhos diferentes quanto ao desenvolvimento do controle de constitucionalidade das leis democráticas.

O povo norte-americano, após a independência dos Estados Unidos da América do Norte, vivenciou um período bastante conturbado depois da frustrada experiência da adoção da soberania popular transformada em soberania legislativa de cada um dos estados que compunha a confederação. Verificou-se que uma grande maioria com interesses semelhantes se aproximou, perigosamente, do poder legislativo, que passou a ser representado por homens sem instrução, inexperientes e sem princípios os quais, movidos por paixões violentas, vieram a alcançar frequentemente propósitos injustos. Concluiu-se,

então, naquela época, que não havia temor de abusos de poder de uma minoria sobre uma maioria, mas, contrariamente, receava-se que muitos homens sacrificassem os direitos de poucos, ou seja, que os direitos de uma minoria não fossem protegidos dos conluios opressores da maioria.

Os americanos, então, reavivaram a ideia dos trabalhos desenvolvidos, há, aproximadamente, um século, pelos *Levellers*³ acerca dos dois corpos do povo, ou seja, da existência da vontade de um Povo a qual limitasse a vontade dos representantes do povo. Para os americanos, o povo fazia jus a uma representação diferente da ordinária e mais seletiva que esta, recuperando, assim, a ideia presente na Revolução Gloriosa de se convocar uma Convenção, porém, desta vez, com a finalidade de se elaborar uma Constituição, com ratificação popular, cuja força normativa fosse superior a das leis ordinárias. Esta ideia foi aplicada a cada um dos estados integrantes da confederação, não se mostrando, todavia, como um remédio eficiente para combater os graves problemas do sistema.

Somente, depois, com o advento do movimento federalista que estabeleceu um Governo e uma Constituição centrais, exterminaram-se as turbulências à Democracia. Desta forma, os problemas das legislaturas estaduais resolveram-se com a instauração do federalismo, apesar da natureza minoritária da Constituição de 1787. Então, as legislaturas estaduais subordinaram-se à supremacia da Constituição Federal, às leis da federação e aos tratados, devendo os juízes atenderem, obrigatoriamente, à compatibilidade das leis dos estados-membros à Constituição Federal.

Na França, a integração entre Constitucionalismo e Democracia não se desenvolveu tranquilamente. A Revolução Francesa liderada pelo Terceiro Estado proclamava a soberania do povo francês, rompendo com o *Ancien Régime* e instituindo uma Assembleia Nacional Constituinte. Logo após, proclamou-se a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, promovendo maior ligação do movimento revolucionário com os ideais constitucionalistas de limitação do poder, ao dispor que a sociedade que não garantisse os direitos nem estabelecesse a separação dos poderes não tinha Constituição. Todavia, referida garantia de direitos não consubstanciava as ideias de supremacia constitucional e de governo limitado como realizada pelos norte-americanos, visto que era mais uma garantia contra o poder absoluto, não vinculando o povo soberano.

³ Luís Pedro Pereira Coutinho, *A Autoridade Moral da Constituição, Da Fundamentação da Validade do Direito Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p.278-280 e p.285-286. Os *Levellers* anteciparam a ideia dos dois corpos do povo: o corpo supremo e o corpo parlamentar, de forma que o primeiro limitava o segundo, defendendo-o de si próprio, ao ser representado no parlamento. Este foi o aspecto que mais antecipou o dualismo (Povo constituinte e o povo que se subordina à Constituição) do constitucionalismo moderno. Os *Levellers* desenvolveram um projeto de um acordo denominado “Agreement of the People”, afirmando que a autoridade política do parlamento tinha natureza derivada e limitada.

Assim, a Declaração indicava a função predominante do legislador e da vontade geral como garantidores dos direitos, de forma que a elaboração da Constituição se assentava na soberania popular que deveria ser transferida aos poderes instituídos pela Constituição, de modo que a soberania do povo se consolidasse permanentemente.

Apesar dos caminhos diferentes seguidos pelas Revoluções Liberais, para inaugurar uma nova ordem e dos resultados diversos que alcançaram⁴, é certo que elas acabaram com a herança medieval e instituíram as bases principais do Constitucionalismo Moderno e Contemporâneo: institucionalização estatal por meio da Constituição, limites e descentralização do poder, proteção aos direitos naturais e o modelo democrático.

AS BASES DO CONSTITUCIONALISMO DE SIEYES NA FRANÇA

Foi determinante a influência exercida por Sieyes para orientar e legitimar a atividade da Assembleia Nacional Constituinte.

A soberania que, para Rousseau, encontrava-se nas mãos do povo, Sieyès transferiu-a para a Nação, por considerar que esta abrangia tudo através do Terceiro Estado (este não incluía os privilegiados da nobreza, do clero e os membros da monarquia). Por esta razão, a legitimidade para se convocar a Assembleia Nacional Constituinte só poderia ser do Terceiro Estado, ou seja, da Nação. Nesse sentido, as influências das ideias de Sieyes acerca da soberania nacional extrai toda a sua legitimidade da Nação, ao asseverar que ela é a origem de todo poder e a única fonte capaz de legitimar o exercício da autoridade política.

Embora Rousseau tenha fundado o processo democrático sobre a igualdade política dos cidadãos e o sufrágio universal, a sua teoria de soberania popular (cada indivíduo titular de uma fração da soberania, com milhões de soberanos em cada coletividade) cedeu lugar à concepção de Sieyes que originou o conceito de soberania nacional o qual se fundamenta na ideia de uma pessoa privilegiadamente soberana: a Nação. Assim, Povo e Nação formam uma só entidade, distinta e abstratamente personificada, com vontade própria e superior às vontades individuais que o compõem. A Nação, assim constituída, apresenta-se, nesta doutrina de soberania nacional, como um corpo político vivo, real e atuante, que detém a soberania e a exerce através de seus representantes.

⁴ Na França, os direitos derivam da lei, e, nos Estados Unidos a lei deriva dos direitos. Na França, existe a soberania da lei, enquanto que, nos Estados Unidos, há a soberania do direito. (Gustavo Zagrebelsky, *El derecho díucl: ley, justicia y derechos*, Tradução: Marina Gascón, 7^a edição, Trotta, Madrid, 2007, p. 55).

Sieyes defende a legitimidade dos representantes para elaboração da Constituição por considerar que: a) a vontade da Nação não lhe é retirada através da representação, porque esta consiste, apenas, num poder delegado, e a vontade nacional é inalienável; b) aos representantes, o povo delega, somente, a porção do poder necessária para se garantir a boa ordem e c) os representantes não podem alterar a medida do poder que receberam por delegação.

A fim de se fundamentar o governo representativo da Nação, Sieyes esboçou uma teoria acerca das três épocas de formação das sociedades políticas. Segundo esta teoria, na primeira época, os indivíduos isolados procuram se reunir e combinar as suas vontades individuais, de forma que já existem todos os direitos naturais de uma Nação, pois esta surge com o direito natural de se associar e de se dar um governo segundo uma vontade comum. Na segunda época, forma-se esta vontade comum, pois os associados reúnem-se e chegam a um acordo sobre as necessidades públicas e as medidas necessárias para satisfazê-las. Aqui, o poder pertence ao público, existindo um autogoverno em que todos os indivíduos participam. A Constituição nasce nesta segunda época, embora se refira, apenas, ao governo. Na terceira época, como os associados são demasiadamente numerosos, e estão dispersos numa superfície muito extensa para, facilmente, exercerem esta vontade comunitária, resolvem separar tudo o que é preciso para atender os trabalhos públicos e confiam o exercício desta porção da vontade nacional a alguns entre si (os representantes políticos), originando-se, finalmente, um governo exercido por procuração. Assim, esta vontade comum representativa tem duas características indeléveis, a saber: os delegados não exercem como um direito próprio, visto que é direito de outrem (da Nação), e, assim, esta vontade está, apenas, em comissão. A vontade não é plena e ilimitada no corpo dos representantes, e consiste, somente, em uma porção da vontade comum nacional, uma vez que o direito de se elaborar a Constituição é inalienável, e, por isso, a Nação só pode delegar parte deste direito.

Destarte, a Nação atravessa as três épocas, e manifesta-se em todas através de uma intencionalidade imanente: vontade de se associar e de exercer o direito natural de passar à segunda época para se completar. Na segunda época, vontade de se organizar num governo representativo e de se dar um direito positivo, ou seja, de exercer o direito natural de passar à terceira época. Enfim, cada época é incompleta, e tende a completar-se na seguinte, passando a Nação de um estado virtual, mas ativo, à sua manifestação concreta e atual, governado por procuração.

Afinal, o sistema representativo baseia-se na ideia de que, por ser o Estado demasiadamente grande e populoso, não é possível que milhões de pessoas participem diretamente na organização da sociedade política. Ademais, já que as funções exercidas pelo povo consistem no motor do progresso da Nação,

torna-se impossível que todos aqueles que exercem algum ofício, deixem-no, a fim de exercerem a atividade política, motivo por que é necessário que a Nação delegue aos seus representantes esta atividade governativa.

Nesse sentido, Sieyes nomeia de “extraordinária” a representação popular para se elaborar a Constituição com poderes ilimitados, diferenciando-a da “ordinária” onde o poder dos representantes encontra-se limitado pelos dispositivos da Constituição.

Assim, ao diferenciar as duas representações acima, Sieyes traçou os contornos do Poder Constituinte e do Poder Constituído, a fim de remediar os conflitos porventura existentes na legislatura ordinária, visto que o exercício desta vontade soberana nacional limitar-se-ia pela superioridade da vontade soberana nacional anteriormente disposta na Constituição.

Todavia, a chave para entender a proposta de Sieyes é esta: a soberania da Nação não se exaure através do exercício do Poder Constituinte. Disso decorre que se pode rever, revisar, modificar e substituir a Constituição a qualquer instante, bastando que o Poder Constituinte se manifeste através de seu titular, o povo soberano, o que pode ocorrer, inclusive, por meio da Assembleia Legislativa, onde se encontram os legítimos representantes populares.

Nesse contexto, o poder dos representantes da Nação apresenta natureza peculiar, diferente dos poderes constituídos, pois seu limite é político, e, não, constitucional, uma vez que, apenas, a Nação soberana pode controlar seus representantes por meio do poder de reconvocação.

A soberania nacional é inalienável, não sendo possível a existência de restrições ao exercício do poder soberano, de forma que a manifestação desta soberania nacional é garantida ininterrupta e continuamente.

O princípio da soberania nacional foi proclamado nos Direitos do Homem de 1789, ao afirmar que o princípio de toda soberania encontra-se essencialmente na Nação e que alguém apenas poderá exercer uma autoridade se esta se originar naquela. A Constituição Francesa de 1791 reiterou o mesmo pensamento, ao afirmar que a soberania é una, indivisível, inalienável, imprescritível e pertencente à Nação.

Portanto, verifica-se que, embora a Constituição limite os Poderes Constituídos, existe um poder absoluto que não sofre limitação: o poder da soberania nacional. Assim, a tensão entre Democracia e Constitucionalismo resolve-se somente de forma parcial, visto que a soberania ilimitada da Nação pode se impor ante os dispositivos da Constituição a qualquer momento.

Nesse contexto, promulgou-se a Constituição de 1791, fruto do Poder Constituinte da Nação soberana, caracterizando-se pela primazia do Poder Legislativo (a Assembleia Legislativa representativa da Nação ganhou contornos mais amplos que um simples Poder Constituído) e quase sem sistema de equilíbrio entre os Poderes, possibilitando várias alterações do texto. Pode-se

afirmar que esta Constituição exaltou a soberania popular ao mesmo tempo em que desprestigiou o Constitucionalismo, o que elevou à mesma hierarquia as leis ordinárias e a Constituição.

A Constituição de 1793 substituiu a figura da Nação soberana pelo povo soberano, incluindo todos os cidadãos franceses, e, ainda, reformulou o procedimento legislativo que deixou de ser apenas parlamentar para submeter todos os projetos de lei ao referendo do povo. Criou, também, a revisão constitucional que se originava somente nas Assembleias primárias onde se reunia o povo.

Após a Revolução Francesa, as duas primeiras Constituições tinham estrutura monista, isto é, representavam o povo soberano no Poder Legislativo, que controlava os outros Poderes (Executivo e Judiciário).

Durante o domínio dos jacobinos, instaurou-se um período de instabilidade na França em consequência da Constituição sofrer constantes alterações de acordo com a vontade da soberania popular. Então, Sieyes, contrariamente, ao que havia defendido até 1789 (poder soberano ilimitado), revelou-se contra o Poder Constituinte centrado no Poder Legislativo, dada a fonte de instabilidade política que havia provocado. Destarte, passou-se a entender a Constituição como um meio de organização e de limitação dos Poderes Constituídos, e, a partir da Constituição de 1795, o Poder Legislativo passou a atuar dentro das limitações dispostas na Constituição, o que lhe garantiu valor normativo. Apesar disso, a superioridade do Poder Legislativo continuava devido à falta de um sistema de freios e contrapesos.

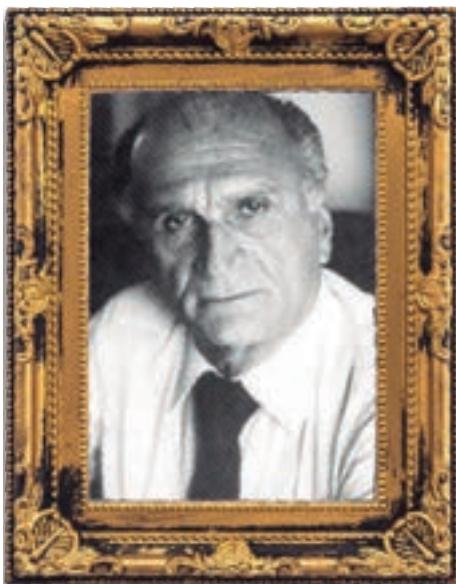
Todavia, diferentemente dos norte-americanos, a ideia de um sistema de freios e contrapesos não condizia com o cenário histórico francês naquele momento, visto que a França não visava a limitar as extravagâncias democráticas do legislador, posto que sua intenção era derrubar o Antigo Regime. Assim, necessitava de um forte Poder Legislativo capaz de traduzir a vontade geral do povo.

A limitação do poder e a proteção aos direitos fundamentais não esgotam a ideia sobre Constitucionalismo, sendo, sim, o marco inicial do Constitucionalismo Moderno. No mesmo sentido, Democracia não se restringe à mudança do poder soberano para as mãos do povo, tendo, sim, concepção mais ampla. Durante toda Idade Moderna, Constitucionalismo e Soberania se enfrentaram em busca de mediação e de equilíbrio. Então, o que se constata é que tanto o Constitucionalismo quanto a Democracia não vivem isolados, e, sim, convivem em uma relação tensa, adquirindo contornos diversos, de acordo com os conceitos que adquirem.

Enfim, estas mudanças no relacionamento entre Constitucionalismo e Democracia afetam a importância da Jurisdição Constitucional bem como nos seus limites de competência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Diogo Freitas do, *História do Pensamento Político Ocidental*, Almedina, Coimbra, 2012.
- ARENDT, Hannah. *A Revolução*, 2^a. Edição, Ática, São Paulo, 1990.
- BOBBIO, Norberto, *Liberalismo e Democracia*, Tradução: Marco Aurélio Nogueira, Brasiliense, São Paulo, 1988.
- BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de Direito Constitucional*, Editora Saraiva, 19^a edição, São Paulo, 1998.
- BONAVIDES, Paulo, *Ciência Política*, 10^a edição, 6^a tiragem, Malheiros Editores, São Paulo, 1998.
- _____, *Curso de Direito Constitucional*, 7^a edição, 2^a tiragem, Malheiros Editores, São Paulo, 1998.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4^a Ed., Almedina, Coimbra, 2000.
- _____, José Joaquim Gomes e Moreira, Vital, *Os Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991.
- COUTINHO, Luís Pedro Pereira, *A Autoridade Moral da Constituição. Da Fundamentação da Validade do Direito Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *O Poder Constituinte*, 3^a ed. revista e ampliada, Saraiva, São Paulo, 1999.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, Tradução: Manuel Martínez Neira. Trotta, Madrid, 2001.
- HESPANHA, António Manuel, *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um milénio*, Fundação Boiteux, Florianópolis, 2005.
- MIRANDA, Jorge. *Direito Constitucional*, I, Coimbra, 2003.
- _____, *Manual De Direito Constitucional*, II, Coimbra, 1996.
- _____, *Manual De Direito Constitucional*, II, Coimbra, 2000.
- _____, *Teoria do Estado e da Constituição*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2002.
- MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constitucional - Tomo I - Garantia da Constituição e Controlo de Constitucionalidade*, 2^a Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2006.
- PASQUINO, Pasquale, *Sieyes Et L'Invention de La Constitution En France*, Editions Odile Jacob, Paris, 1998.
- SIEYES, Emmanuel Joseph, *A Constituinte Burguesa*, Tradução: Norma Azevedo. 3^a. Edição, Rio de Janeiro, 1997.
- SIEYES. *Qu'est-ce que Le Tiers État ? Précédé de L'Essai Sur Les Privileges*, traduzido a partir da edição crítica com uma introdução por Edme Champion (1889), Paris, PUF Quadrige, 1989, Círculo de Leitores e Temas e Debates, 2008.
- TREMPS, Pablo Pérez, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.
- VILHENA, Oscar Vieira, *A Constituição e sua reserva de justiça*, Malheiros, São Paulo, 1999.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derechosútil: ley, justicia y derechos*, Tradução: Marina Gascón, 7^a edição, Trotta, Madrid, 2007.



Otávio Mendonça

CÁTEDRA V

RESERVA LEGAL: O MITO DA PRESERVAÇÃO AMBIENTAL NO BRASIL

*Ana Patrícia Lima Freire
Wallace Carvalho Costa
Tiago Andrade Lima*

1. INTRODUÇÃO

Sendo o próprio meio ambiente um bem de uso comum do povo e sendo o povo o beneficiário direto de seu uso, é certo que devemos voltar nossa atenção aos princípios norteadores da proteção e da conservação da natureza, meios únicos de manutenção da biodiversidade para a humanidade presente e futura, porém sem esquecer que é no desenvolvimento econômico que se busca a realização de uma ascenção social entre as nações.

É uma síntese da visão antropocêntrica, em que o homem está ao centro das atenções no que se refere às preocupações ambientais, ou seja, a ideia de que o homem está ao centro do universo¹ e que a natureza tem a função de atender às necessidades humanas².

Esse bem de uso comum do povo vem mencionado na Constituição Brasileira, e por parte da doutrina nacional, como um “macrobem”, que é a expressão do meio ambiente ecologicamente correto e um direito fundamental. Sendo dever de todos, inclusive do Estado, de defendê-lo e preservá-lo para as atuais e futuras gerações.

Com base em preceito constitucional, o Estado, justificado pelos fins de preservação do meio ambiente, determina a criação de espaços territoriais de proteção especial, sendo a Reserva legal um deles.

O instituto da Reserva legal necessita de compreensão holística sobre o seu disciplinamento legal, suas características, a sua proteção por entes então delegados pela Constituição e Leis Federais, a formalidade de sua regularida-

¹ SIRVINSKAS, Luís Paulo. Manual de Direito Ambiental. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Pág. 95.

² FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 12 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. Pág 68.

de, bem como a relacionar o seu objeto ou bem tutelado com a propriedade privada e o direito de propriedade.

Por outro lado, a propriedade, em seu sentido mais amplo de direito real, que congrega os poderes de usar, gozar e dispor da coisa, bem como o de reavê-la das mãos de quem quer que injustamente a detenha, vem evoluindo no sentido do individual para o social, tendo sido fortemente afetada pelas restrições impostas ao longo dos tempos pelo Estado.

A função social da propriedade, prevista constitucionalmente, pressupõe obrigações de fazer, não fazer e deixar fazer, hoje assentadas em dispositivos constitucionais que impõem ao particular um ajustado aproveitamento do solo, sob pena de sofrer os ônus da desapropriação por interesse social.

Embora o novo sentido holístico da propriedade siga os ditames de sua social destinação para o bem comum (função social da propriedade), conforme assentado em nosso do sistema constitucional vigente, e também esteja fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana, pilares que nortearam as leis ambientais vigentes e a Política Nacional do Meio Ambiente no Brasil, pensamos que é certo, ao menos, questionar se esse ônus de garantia de bem comum seja suportado apenas por determinada categoria: os titulares ou possuidores de imóveis rurais.

Se existe uma via (tributação) pela qual todos devem contribuir na medida de sua renda ou receita e a arrecadação desse resultado (renda) pela União, Estados e Municípios serve justamente para suportar os custos do País, Estado ou Município, aí inseridos os custos de indenização por desapropriação, então qual o sentido de não reparar, por essa via verdadeiramente abrangente e suportada por todos os contribuintes, a quem sofre diminuição de seu patrimônio em prol do coletivo?

A proposta do presente artigo é estimular a reflexão, sem se descuidar do respeito aos valores naturais e de direito à vida, relacionados ao uso correto da reserva legal e, consequentemente, da propriedade.

2. RESERVA LEGAL: ESPAÇOTERRITORIAL DE PROTEÇÃO ESPECIAL E LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA

A Reserva Legal aparece no artigo 225, § 1.º, III, da Constituição Federal Brasileira como um dos tipos em que se constituem os chamados “Espaços Territoriais Especialmente Protegidos”.

Por esse dispositivo constitucional supracitado, tem-se que, para assegurar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”, incumbe ao Poder Público definir, em todas as Unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos.

Temos, assim, de maneira geral, os espaços especialmente protegidos (a) por meio das “Unidades de Conservação”; as áreas protegidas por meio do “Tombamento”; e também as “Áreas Indígenas”, conforme previsto nos arts. 216 e 231 da Constituição Federal do Brasil; e (b) os espaços protegidos por meio da Lei Federal nº 12.651/2012, que instituiu o Código Florestal Brasileiro, assim entendidos como as “Áreas de Preservação Permanente” e a “Área de Reserva Legal”.

A Área de Preservação Permanente (ou APP), conforme previsto no art. 3º, II, do novo Código Florestal brasileiro, é a “área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.”

Já a Reserva Legal, prevista nos arts. 3º, III e 12 do Código Florestal, consiste na “área localizada no interior da propriedade ou posse rural, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa.”. Trata-se, sinteticamente, da destinação de uma porção contínua de cada propriedade rural para preservação da vegetação e do solo.

Uma inovação trazida pelo novo Código Florestal brasileiro são as chamadas Áreas de Uso Restrito. O artigo 10 não as define, contudo estabelece as regras para a exploração ecologicamente sustentável na “planície pantaneira” (o Pantanal, como é mais conhecido).

A supressão de florestas nativas depende de licenciamento do Poder Público, com as restrições, ressalvas e exigências descritas no art. 31 do Código Florestal brasileiro, devendo-se, em caso de imóvel rural, conservar uma área mínima. Essa área mínima é a Reserva Legal.

Porém, a definição de Reserva Legal contida no art. 3º do Código Florestal se refere a uma “área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural”, e não à vegetação porventura nela existente. Isso leva à conclusão de que não depende da existência de mata nativa para que a Reserva Legal seja instituída e averbada, mas tão-somente da existência da área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural³.

Para o professor Sebastião Renato Valverde, “não há qualquer relação na extinção da exigência normativa da Reserva Legal, de um lado, e o desmatamento do outro, não implicando, pois, o fim de uma no início da outra.” Para ele, “diferente da

³ Para ver o mesmo entendimento, aceder ao seguinte acórdão: TJ-SP - APL: 00065946620138260360 SP 0006594-66.2013.8.26.0360, Relator: Paulo Alcides, Data de Julgamento: 11/08/2016, 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Data de Publicação: 12/08/2016.

retórica da lei, há a possibilidade de se obter um acréscimo da cobertura vegetal, mas de forma ordenada, espontânea e obedecendo a conectividade das áreas de maior papel hidrológico, as chamadas APPs.

Assevera que o Brasil desmatou em escala bem menor que outros países, tanto que possui a segunda maior floresta do mundo, mas isso se justifica na relação de desenvolvimento que se busca, notadamente entre as regiões menos favorecidas que precisam se desenvolver, como é o caso dos Estados do Norte do País. Para estas áreas, “*se o desmatamento é um mal necessário, a Reserva Legal é um bem desnecessário.*”⁴

Deve-se reconhecer que o Código Florestal vigente seguiu o caminho de reconhecer a desnecessidade do instituto quando admitiu, em seu artigo 15, a possibilidade de computar as Áreas de Preservação Permanente no cálculo do percentual da Reserva Legal do imóvel.

Cumpre salientar que, em busca de exemplos paradigmáticos do que se exige do proprietário rural em favor da conservação das florestas e demais vegetações nativas existentes na sua propriedade, considerando o conjunto das normas florestais e ambientais do país em questão, com exceção do Paraguai e do México, não se encontra algo que se afigure comparável à restrição aplicada aqui no Brasil.

A legislação florestal mexicana faz uma distinção entre “terreno florestal” e “terreno preferencialmente florestal”. Terreno florestal “é aquele que está coberto por vegetação florestal”. Terreno preferencialmente florestal “é aquele que já esteve mas não se encontra atualmente coberto por vegetação florestal mas, por suas condições de clima, solo e topografia, tem a mais aptidão para o uso florestal do que para outros usos alternativos”. É proibida a mudança no uso do solo, nos terrenos florestais, o que significa que nas propriedades rurais formadas ou que contém “terrenos florestais”, o proprietário é obrigado a manter as florestas, podendo apenas explorá-las em modo manejo sustentável aprovado pela autoridade competente.⁵

Entretanto não ha uma percentagem fixa da propriedade rural que deve ser mantida com florestas ou outras formas de vegetação nativa, como faz o nosso Código Florestal e em contraste com a lei brasileira, atribui ao órgão ambiental competente a responsabilidade por identificar nos “terrenos preferencialmente florestais”, aqueles que devem ser protegidos e reflorestados em cada situação em particular e a adoção de soluções específicas ajustadas à cada uma. É assegurado ao proprietário o direito de participar do processo de definição das áreas de proteção; o Estado é obrigado a financiar a recuperação das áreas que precisarem ser recuperadas quando o proprietário não dispuser

⁴ VALVERDE, Sebastião Renato. MAFRA, Josiane Wendt Antunes Mafra. Abaixo ao desmatamento e à Reserva quase Legal. Disponível em: <http://www.ciflorestas.com.br>. Acesso em 20.08.2012.

⁵ AGNOL, Maria Cristina Dall'. Op. Cit.

de recursos e existe um fundo florestal que estabelece as bases legais para a cobrança pelos serviços ambientais gerados pelas florestas e o pagamento pela prestação desses serviços.⁶

A legislação paraguaia também exige que as propriedades rurais maiores de 20ha (vinte hectares) mantenham 25% (vinte e cinco por cento) de sua superfície coberta com bosques naturais, área denominada “Reserva Florestal”. Não sendo mantida esta percentagem mínima, 5% (cinco por cento) da propriedade deverão ser reflorestados. A reserva deve ser aprovada pelo órgão do governo encarregado das regulamentações que é o *Servicio Forestal Nacional* (SFN) do Ministério de Agricultura, e a sua finalidade é a preservação das florestas naturais, independentemente das áreas de preservação permanente. Existem subsídios para o florestamento e reflorestamento e isenções fiscais.⁷

É característica intrínseca da Reserva Legal possuir caráter de obrigação *propter rem*⁸, que continua com os novos proprietários dos imóveis a que estão delimitadas numa cadeia infinita de sucessão dessa titularidade, sem que mude sua destinação.⁹ Segundo o Superior Tribunal de Justiça, trata-se de responsabilidade objetiva que afeta o atual e o novo proprietário.¹⁰

E essa obrigação que acompanha a propriedade ficou, por disposição constitucional e pelo disposto no §2º do art. 2º do Código Florestal, a cargo do proprietário rural visando a preservação do meio ambiente, mas não se olvide que também ficou a cargo de todos, inclusive o Poder Público, o dever de preservar o meio ambiente não só para as presentes mas também para as futuras gerações. O curioso é que o dever de composição, recomposição e conservação restou apenas ao proprietário rural.

A Reserva Legal também possui um caráter de inalterabilidade de sua destinação, impedindo que esta seja modificada em caso de venda, desmembramento ou transmissão a qualquer título da propriedade,¹¹ o que vale dizer com isso que nem o proprietário privado e nem a administração pública podem promover a sua diminuição ou supressão, sem que tenham obtido o consentimento expressamente outorgado por lei.

A única exceção prevista no Código Florestal está no seu artigo 19 que aduz que a reserva legal será extinta concomitantemente ao registro do parcelamento do solo para fins urbanos aprovado segundo a legislação específica.

⁶ AGNOL, Maria Cristina Dall'. Op. Cit.

⁷ GONZÁLEZ, Moises Villalba. BACHA, Carlos José Caetano. As políticas florestais do Brasil e do Paraguai. Disponível em http://www.upf.br/cepeac/download/rev_n28_2007_art3.pdf. Acesso em 20.09.2012.

⁸ Obrigação em razão da coisa.

⁹ Art. 2º, §2º do Código Florestal.

¹⁰ Reserva legal em: TRF-4 - AG: 50223874220184040000 5022387-42.2018.4.04.0000, Relator: LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, Data de Julgamento: 14/11/2018, QUARTA TURMA.

¹¹ Era assim no Código anterior e se mantém no texto do art. 18 do Código atual.

No entanto, não poderá ser dado outro uso à reserva legal, o que na prática, transformará a área em área verde.

Assim, nem mesmo os atos do Poder Executivo possuem eficácia ou tem o poder de mudar o percentual exigido para as reservas, como também não podem alterar as exigências legais que as caracterizam, posto que as normas que versam sobre a Reserva Legal são normas gerais de estrita competência da União Federal.

Desta forma, cabe aos Estados o poder de apenas suplementar a legislação federal sobre Reserva Legal, dentre outros, mas sempre no sentido de acrescentar normas complementares, nunca no intuito de permitir menos do que a lei federal estipula.¹²

Existem dois tipos de Reserva legal conforme as diferentes regiões do País: I - a reserva da Amazônia Legal que abarca: a) área de florestas; b) área de cerrado; e c) campos gerais; II - a reserva em todas as outras regiões do Brasil.

Assim, conforme expresso no art. 12 do Código Florestal que, mantendo a redação do antigo Código, assim dispõe: “*Todo imóvel rural deve manter área com cobertura de vegetação nativa, a título de Reserva Legal, sem prejuízo de aplicação das normas sobre as Áreas de Preservação Permanente, observados os seguintes percentuais mínimos em relação à área do imóvel: I - localizado na Amazônia Legal: a) 80% (oitenta por cento), no imóvel situado em área de florestas; b) 35% (trinta e cinco por cento), no imóvel situado em área de cerrado; c) 20% (vinte por cento), no imóvel situado em área de campos gerais; II - localizado nas demais regiões do País: 20% (vinte por cento).*”

Lendo isso, nos parece claro que hoje em dia a verdadeira importância da manutenção da Reserva Legal é o de suprir, sem ônus para o Estado, a falta de compensação devida pelo Poder Público, por conta da supressão de vegetação em Áreas de Preservação Permanente decorrente das obras consideradas de interesse social ou utilidade pública, além daquelas decorrentes de concessões do Poder Público, para a exploração econômica.

Para Zanetti, *apud* Dall’Agnol¹³, ao se estabelecer um percentual fixo para as áreas de Reserva Legal ignoram-se os aspectos da qualidade do solo visando a produção agropecuária, assim como, as características relevantes das áreas naturais para a sua conservação, causando confusões, posto que “*ora são obrigatórias as reposições florestais em áreas de alta produtividade realizando perda de produtividade, ora são liberados desmatamentos em solos pobres, levando a um processo de degradação*”.

Como dito anteriormente, o novo Código Florestal (i) permite que seja considerada a Área de Preservação Permanente no cômputo da área de Reserva

¹² AGNOL, Maria Cristina Dall’. Op. Cit.

¹³ Op.Cit.

Legal, consolidando o já previsto jurisprudencialmente;¹⁴ (ii) estabelece que não será exigida a instituição de Reserva Legal em áreas destinadas à exploração de potencial de energia, por ser uma concessão do Poder Público, nem em áreas de implantação ou ampliação de capacidade de rodovias e ferrovias; e (iii) prevê, em certas hipóteses, a possibilidade da Reserva Legal ser reduzida em até 50% (cinquenta por cento), para fins de recomposição, quando o Município tiver mais de 50% (cinquenta por cento) das áreas ocupadas por Unidades de Conservação da natureza de domínio público e por terras indígenas homologadas.

Contudo, se já temos supridas as condições de preservação da biodiversidade decorrentes da criação das Unidades de Conservação, instituídas pela Lei nº 9.985 de 18 de julho de 2000, cujo objetivo foi criar Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC¹⁵, que tem como objeto a preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente e correspondem à totalidade das áreas públicas ou privadas, sujeitas a regimes especiais de proteção, integral ou parcial, de seus atributos naturais, constituindo assim espaços territoriais de proteção especial, qual o justo motivo de se manter a Reserva Legal?

Apesar do Código silenciar sobre quem deve escolher a área de Reserva Legal, possibilitando a que o proprietário possa localizar a área a ser reservada, e submeter a apreciação do órgão estadual integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA,¹⁶ essa localização deve levar em consideração: I - o plano de bacia hidrográfica; II - o Zoneamento Ecológico-Econômico; III - a formação de corredores ecológicos em outra Reserva Legal, com área de Preservação Permanente, com Unidade de Conservação ou com outra área legalmente protegida; IV - as áreas de maior importância para a conservação da biodiversidade; e V - as áreas de maior fragilidade ambiental.

¹⁴ Ação civil pública ambiental. Instituição de área de reserva legal. Obrigaçao decorrente do Código Florestal. Regras autoaplicáveis. Preliminar afastada. Obrigaçao do proprietário e/ou possuidor de elaborar o projeto e instituir a área de reserva legal. Possibilidade de sobreposição de área de preservação permanente à reserva legal. Apelação conhecida em parte e não provida. Código Florestal (1844665720088260000 SP 0184466-57.2008.8.26.0000, Relator: Antonio Celso Aguilar Cortez, Data de Julgamento: 09/02/2012, Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Data de Publicação: 16/02/2012.

¹⁵ Conforme a citada Lei, entende-se por unidade de conservação o “espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção”.

¹⁶ O SISNAMA é o conjunto de órgãos e entidades federais, estaduais e municipais da Administração Pública, instituídos por leis que fixaram as respectivas atribuições relativas à proteção ambiental. Tem por característica fundamental a Coordenação das ações e seus componentes, para que não haja superposição de seus componentes e se evitem lacunas na atuação do Poder Público. Segundo Édis Milaré, representa “a articulação dos órgãos ambientais existentes e atuantes em todas as esferas da administração pública(...).” GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito Ambiental. 2^a Edição revista e atualizada. Editora Atlas, São Paulo 2011, págs. 104 e 105.

Por outro lado, esta exigência, cuja necessidade e importância ora se discute, tem a sua cobrança relativizada de acordo com o proprietário. Isso porque, a Constituição Federal, em seu art. 173 § 1º estatui que “a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive (mas não se limitando) quanto às obrigações trabalhistas e tributárias” sendo assim, é de se entender que as entidades paraestatais de direito privado estão também obrigadas a constituir e conservar a Reserva Legal, bem como mantê-la inalterada quanto à sua destinação.

Ademais, o art. 12 do Código Florestal, quando delimita a área de Reserva Legal, determina que “todo imóvel rural” deve mantê-la, e não se observa aí qualquer distinção seja ele público ou privado.

Outros pontos importantes são encontrados na disciplina do art. 17 do Código Florestal que impõe que a Reserva Legal seja conservada com cobertura de vegetação nativa pelo proprietário do imóvel rural, possuidor ou ocupante a qualquer título. Só admite a exploração econômica mediante sistema de manejo sustentável previamente aprovado pelo órgão competente do SISNAMA. Atesta que é obrigatória a suspensão imediata das atividades nessa área quando tenha sido irregularmente desmatada após 22 de julho de 2008 e ainda determina que, sem prejuízo das sanções cabíveis e aplicáveis, deverá ser iniciado processo de recomposição da reserva em até 2 (dois) anos do início de vigência do Código.

Contudo uma concessão foi estabelecida no Código, para aqueles que adquiriram terras desmatadas e sem Reserva Legal ou que irregularmente a desmataram. É que a suspensão das atividades exercidas em áreas de Reserva Legal correrá apenas em áreas desmatadas irregularmente após 22 de julho de 2008. Entretanto, subsiste a obrigação de regularizar a situação mediante recomposição, regeneração ou compensação no prazo, a depender, de até 20 (vinte) anos. Seria esse benefício um alento em troca da manutenção da exigência da Reserva Legal como ônus ao proprietário rural, mesmo quando o próprio Estado não a faz?

Com isso, pode-se dizer que o fato de inexistir cobertura arbórea na propriedade, após a citada data, não elimina o dever do proprietário de instaurar a Reserva Legal por força do mínimo a que este deverá ter como “afetado” em seu imóvel, ao passo que, havendo supressão ilegal após essa data, a recomposição (que deve ocorrer preferentemente com espécies nativas) e seguirá os prazos e termos estabelecidos em Programa de Regularização Ambiental – PRA, previsto no art. 59 do Código. O ônus continua, mas não se tem ainda a fixação do prazo, posto que os prazos para inscrição no Cadastro Ambiental Rural vêm sendo sucessivamente prorrogados, fazendo que com os PRA ainda não tenham sido implantados.

A doutrina administrativista brasileira mantém-se na clássica dicotomia entre *limitação administrativa*, de um lado, e *servidão e desapropriação* de outro. A *limitação administrativa* “não é senão o perfil do direito”, que se revela na imposição de condições de exercício que não agride a sua substância, consoante afirma Celso Antonio Bandeira de Melo. Já na servidão, há um ônus especial que, sem elidir o direito de propriedade, sujeita o bem a uma fruição de utilidade pública, enquanto que na *desapropriação* a interveção do Estado implica-lhe a transferência total da propriedade.¹⁷

Importante a lição de Canotilho, *apud* Costa¹⁸, que sugere outro enfoque doutrinário a essa problemática. Ele propõe que se rompa com a tradicional dicotomia acima apontada, “entre vinculação social sem indenização e expropriação geradora de indenização” por intermédio da noção de “delimitação do conteúdo com o dever de compensação”. A delimitação do conteúdo constituirá ‘uma restrição do direito geradora de compensação’ quando a medida delimitadora-restritiva tiver peso econômico significativo na esfera jurídico-patrimonial do proprietário.

Essa “limitação” pode não esgotar a total utilização da “posse”, como dizem alguns doutrinadores,¹⁹ mas a nosso ver, limita a utilização do “domínio”, pois como dito, ela possui caráter de inalterabilidade quando se pretende alienar ou mesmo desmembrar o imóvel. E mais, o conteúdo econômico da propriedade produtiva é impactado pela dominuição da área de exploração, já que na área destinada à reserva pouco se pode fazer dentro do que se chama de “manejo florestal” que gere ganho compatível com uma área totalmente disponível. Importante ressaltar que, nos termos do artigo 12, I, “a”, do Código Florestal, 80% (oitenta por cento) da propriedade é gravada com essa restrição, demonstrando o caráter limitador dos usos a serem conferidos àquela propriedade.

Assim, quanto a natureza jurídica, a Reserva Legal é vista na doutrina brasileira como “Espaço Territorial de Proteção Especial” e “Limitação Administrativa” sem direito à indenização, pois decorre de preceitos constitucionais que determinam o conteúdo do direito de propriedade quando este atende à sua função social e socioambiental, e abrangem imóveis rurais,

¹⁷ COSTA, Flávio Dino de Castro e. Desapropriação em Matéria Ambiental. Revista de Direito Ambiental – RDA 18/130, n. 15, abr-jun/2011, pág. 385.

¹⁸ COSTA, Flávio Dino de Castro e. Op. Cit, págs. 385 e 386

¹⁹ Para Antonio Herman Benjamim, as APPs e RLs não devem mesmo serem incluídas no rol áreas passíveis de desapropriação, como são os parques, as estações ecológicas, as reservas biológicas, etc., porque em nada reduzem os direitos dos proprietários, em termos de utilização do capital representado pelos imóveis atingidos com vínculos ambientais, pois estas guardam estreita aproximação com a modalidade moderna de “propriedade restrita”, restrita sim, mas em por isso menos propriedade. Apud COSTA, Flávio Dino de Castro e. Op. Cit, págs. 388 e 389

tanto de domínio privado como público, afetando a todos e não a apenas um indivíduo distintamente.

3. REGISTRO, SANÇÕES E TUTELA: A ORGANIZAÇÃO DA RESERVA

O Código Florestal instituiu, em seu artigo 29, o Cadastro Ambiental Rural - CAR, que é um registro eletrônico público de âmbito nacional, mandatório para todos os imóveis rurais, que tem por finalidade integrar as informações de caráter ambiental das propriedades e posses rurais, com vistas ao controle, monitoramento, planejamento ambiental e econômico e combate ao desmatamento

O art. 18 do Código Florestal estabelece que a área de Reserva Lega deverá ser registrada no órgão ambiental competente por meio de inscrição no “CAR”, sendo a posse assegurada mediante a assinatura de Termo de Compromisso.²⁰

Esse registro no “CAR” desobriga a averbação no Cartório de Registro de Imóveis, conforme o disposto no § 4º. Porém, se tal registro não ocorrer, pode-se deduzir que a averbação no Cartório pode ser requerida por qualquer pessoa interessada, segundo o permissivo contido no art. 217 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973)?

Não é absurdo que assim se presuma, se considerarmos que as florestas são bens de interesse comum a todos os habitantes do País e que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A abrangência constitucional da proteção ao meio ambiente e a atribuição de competência legislativa concorrente (e não privativa da União) já se tem por esclarecido pela Carta Magna, porém, nos resta indagar quanto ao poder de polícia ambiental concernente à proteção da flora.

Isso não ficava claro no Código anterior, tanto que a União, representada pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e de Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, pela reforma de 1989 (art.18 da Lei 7.803), afirmou sua vontade de intervir em toda a exploração e manejo florestal. Entretanto, a capacidade do órgão federal de exercer esse poder de polícia ambiental, não impede que os Estados, ao mesmo tempo, ajam com poder de polícia idêntico.²¹

Atualmente, o art. 14 do Código Florestal atribui competência para qualquer órgão ambiental integrante do SISNAMA, desde que competente. Havia-choques ou justaposições conflitantes o Poder Judiciário poderá decidir o Direito que melhor protege, se o federal ou estadual (e municipal, se houver interesse local), e que deve ser levado à prática, prevenindo ou sancionando.

²⁰ No Código anterior a averbação era feita no Registro Imobiliário, às margem da matrícula do imóvel.

²¹ Paulo Affonso Leme Machado, Direito Ambiental Brasileiro. 15ª Ed. São Paulo, Malheiros, Editores, 2007

Em relação à imposição do Código quanto ao ínicio do processo de recomposição da Reserva Legal, sem prejuízo das sanções administrativas, civis e penais cabíveis, nos faz relembrar que em sede de Direito Ambiental as penalizações administrativa, civil e criminal são autônomas.

Quanto às sanções, temos o Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008 que regulamenta a parte administrativa da Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998). Em seu art. 55, a lei penaliza com advertência e multa aqueles que não averbam a Reserva Legal. O proprietário é advertido para que no prazo de até 180 (cento e oitenta) dias proceda com a celebração de Termo de Compromisso perante o órgão ambiental competente visando a instituição ou recomposição da reserva. Nesse período, a aplicação da multa fica interrompida.

Entretanto a citada lei penal (9.605) não tipifica como crime a não averbação (ou o registro no CAR como requer a nova disciplina) da Reserva Legal. O que há é uma tipificação quanto a “impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação”, o que poderia forçar uma interpretação de que tal conduta, comissiva ou omissiva de não existir a Reserva Legal, implicaria em condenação por cometimento de crime ambiental, estando esta averbada ou não.

Do mesmo modo, o parágrafo segundo do artigo 59 do Código Florestal, estabeleceu que a inscrição do imóvel rural no CAR é condição obrigatória para a adesão ao PRA. Assim, a não inscrição no CAR acarreta na impossibilidade de regularização ambiental da propriedade, fazendo com que se mantenha em mora com as suas obrigações ambientais.

Desta forma, quem não registrar a Reserva Legal incorre em multa prevista no Decreto 6.514/2008 e quem não dispõe de mata suficiente para tal, poderá responder, civil e criminalmente pela ausência de recuperação ²². Ademais, é assim que têm entendido nossos tribunais. ²³

O possuidor do imóvel rural, assim como o proprietário titular do domínio, também deve se sujeitar à obrigação de cumprir e manter a Reserva legal, e para tal deve firmar Termo de Compromisso perante o órgão ambiental competente, o qual possui força executiva, e visa dar garantia ao resarcimento de danos causados por eventual conduta ilegal, já que este não dispõe do domínio da propriedade que seria o necessário seguro para tal.

²² Interpretação ampliada que consideramos apenas para fins de debate, já que crime é conduta típica e antijurídica prevista claramente em lei penal específica, e a citação de impedir ou dificultar a regeneração não é expressa o devido conteúdo da norma.

²³ Ver todos os detalhes em: RECURSO ESPECIAL Nº 1.058.222 - SP (2008/0106446-8). RELATOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN.EMENTA.PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NAO CONFIGURADA. PROVA PERICIAL. COMPROVAÇÃO DO DANO E DO NEXO CAUSAL. SÚMULA 7/STJ. AVERBAÇÃO DA RESERVA LEGAL. OBRIGAÇÃO PROPTER REM .. Brasília, 03 de setembro de 2009 (data do julgamento).

A execução poderá então recair sobre obrigação de fazer, obrigação de não-fazer, obrigação de dar coisa certa, indenização em dinheiro em se tratando de danos irreparáveis e a compensação por equivalente.

Segundo lições do Profº António Menezes Cordeiro, “*a tutela do meio ambiente abrange todas as medidas, concretas ou abstractas e que visem, directa ou indirectamente a prevenção, a protecção ou a reparação do ambiente natural.*”²⁴

Quanto à tutela básica do meio ambiente no Brasil temos que esta pode, por parte do Ministério Público, se dar pela via do Inquérito Civil, Termo de Ajustamento de Conduta e Ação Civil Pública.

Em nível ainda administrativo, vale dizer, sem formação de contencioso, é comum vermos a instauração de Inquérito Civil por parte do Ministério Público para investigação e apuração de infrações ao meio ambiente e sua legislação, seguido de proposta de celebração do competente Termo de Ajustamento de Conduta, o qual é previsto no art. 5º, § 6º a Lei nº 7.347/1985.

O referido Termo é visto por grande parte dos especialistas no assunto como tendo natureza jurídica de ‘transação’ entre as partes interessadas, recebendo por isso críticas fundamentadas como a que é feita pelo Profº Fernando Akaoui para quem a “utilização do termo transação não seja adequada a demonstrar o que de fato ocorre, na medida em que margem alguma de disponibilidade sobre o objeto (leia-se concessões mútuas) é conferida aos co-legitimados a tomar o compromisso de ajustamento de conduta.”²⁵

O objetivo do ajustamento é, ainda nas lições do supracitado professor, o de readequar a conduta do degradador ou potencial degradador ao ordenamento jurídico vigente, com o intuito de repelir por essa via o risco de dano e/ou de recompor aqueles já ocorridos.

A tutela coletiva a nível judicial, tanto pode ser requerida pelo Ministério Público, associações ou organizações, quanto diretamente pelos cidadãos, pelo que temos aí três ações protetoras: a Ação Civil Pública, o Mandado de Segurança Coletivo e a Ação Popular.²⁶

Frize-se que o ordenamento jurídico brasileiro não abriu espaço à legitimidade ativa das pessoas jurídicas coletivas na ação popular, restringindo sua

²⁴ MENEZES CORDEIRO, António. *Tutela do Meio Ambiente e Direito Civil*. Separata de Direito do Ambiente. INA, 1994, pág 378.

²⁵ AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal, *Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental*, Ed Revisita dos Tribunais, 2003, pág. 69.

²⁶ A Ação Popular é um dos meios processuais de defesa do meio ambiente, e está regulada pela Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, com as alterações introduzidas pelas Leis nºs 6.016, de 27 de dezembro de 1973 e 6.515 de 20 de dezembro de 1977.

A Constituição Federal, por meio do art. 5º, LXXIII, acrescentou à ação popular a possibilidade de que por meio dela os cidadãos poderão intentar ação visando anular os atos lesivos ao patrimônio público, ou de entidade pública, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII da CF), e, no caso concreto, proteger a Reserva legal.

ligitimidade apenas ao indivíduo cidadão. Ao que parece, o legislador optou em deixar a tutela da cidadania coletiva através da Ação Civil Pública ou do Mandado de Segurança Coletivo.²⁷

A ação civil pública, surgiu com a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, visando a defesa de manifesto interesse difuso, com objetivo de apurar a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico turístico e paisagístico. Propugna pelo pagamento de indenização ou pelo cumprimento de obrigação de fazer, e requer que o Poder Judiciário obrigue o proprietário rural, a instituir a Reserva Legal, bem como proceder à sua recomposição cobertura arbórea. Se o pedido for de cumprimento da obrigação de não fazer, o que se visa evitar são invasões à reserva, deturpação do seu uso, desmatamento, dentre outras.

4. O DIREITO DE PROPRIEDADE E A FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE RURAL

Para Carmem Lúcia Rocha, *apud*, Dall’Agnol,²⁸ “*propriedade não se confunde com direito de propriedade*”. Uma coisa é o bem titularizado pelo sujeito e outra coisa é o regime jurídico a regular o uso, gozo e fruição de tal bem num determinado sistema jurídico. Propriedade, então, pode ser entendida como alguma coisa que pertence a alguém e que, em função disso, pode ser oposta a uma universalidade de pessoas.

Havida a propriedade, sobreveio o direito de propriedade, assim entendido como a concepção e a definição daquela função e do domínio que se possa exercer sobre o seu objeto em determinado Estado por força do quanto posto e disposto no ordenamento jurídico., não se confundindo com o direito de propriedade privada (ou direito à propriedade privada). O regime jurídico que incide sobre a propriedade privada é decorrente de uma opção política adotada pelos Estados (a maioria deles) que optam pelo sistema capitalista. Já direito à propriedade, que não se confunde com direito de propriedade, é um direito assegurado, dependendo do sistema jurídico, aos que cumpram os requisitos previstos no ordenamento, como proprietários.²⁹

Propriedade, então, é o próprio bem em si considerado, direito de propriedade é o regime jurídico que regula o uso do referido bem e direito à propriedade é o direito assegurado pelo sistema a aquisição de um determinado

²⁷ LEITE, José Rubens Morato. Ação Popular; um exercício da cidadania ambiental? Revista de Direito Ambiental. RDA 17/123, jan/mar/2000, pág. 583.

²⁸ Op.Cit..

²⁹ Op.Cit..

bem. Trata-se de um direito real que, como tal, recai diretamente sobre a coisa e que independe, para o seu exercício, de prestação de quem quer que seja.³⁰

Pela tradição oriunda do Direito Romano, temos que o direito de propriedade contempla o uso, a fruição e a disposição dos bens.

Para Maria Sylvia Zanella di Pietro, *apud* Maria Luiz Machado Ganziera, a propriedade consiste em “*um direito real, que permite o uso, gozo e disposição da coisa, de forma absoluta, exclusiva e perpétua. Se alguém detiver a coisa injustamente, o seu proprietário faz juz ao direito de perseguí-la.*”³¹

Para Celso Antonio Pacheco Fiorillo foi a partir de 1824 que o sistema constitucional brasileiro passou a apontar o direito de propriedade, por influência dos países europeus/metrópolis, revelando seu conteúdo ideológico de garantir a economia capitalista, porém foi com a atual Constituição de 1988 que por organizar nosso Estado Democrático de Direito em face dos fundamentos da dignidade da pessoa humana, passou a assegurar a inviolabilidade do direito à propriedade também em face de direitos individuais e coletivos, enquanto Direitos e Garantias Fundamentais.³²

Entretanto, o art. 5º inciso XXII da Constituição Federal alude que essa propriedade é garantia desde que atendida a sua função social, como que incorporando um interesse público em seu conteúdo, de modo a fazer-nos refletir sobre essa tal “função” em anteposição ao princípio de autonomia da vontade.

Segundo Carlos Ari Sundfeld, *apud* Maria Luiza Machado Ganziera, “*função, para o Direito, é o poder de agir, cujo exercício traduz verdadeiro ‘dever jurídico’, e que só se legitima quando dirigido ao atingimento da específica ‘finalidade’ que gerou sua atribuição ao agente.*”³³

Além da previsão contida no art. 5º inciso XXII, a Constituição trata da propriedade no Capítulo destinado aos princípios gerais da atividade econômica, em seu artigo 170, o qual dispõe: “*A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: II - propriedade privada; III- função social da propriedade; VI- defesa do meio ambiente.*”

Assim, vemos que o conteúdo do direito de propriedade assume duas dimensões ou vertentes: uma associada diretamente a função social e outra ligada ao exercício de um direito subjetivo individual. Estas duas vertentes nada mais são do que as duas faces de uma mesma moeda, no caso o conteúdo de

³⁰ Op.Cit..

³¹ GRANZIERA, Maria Luiz Machado. Direito Ambiental, 2ª Ed.São Paulo: Atlas, 2011, p. 82. Ob.cit. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 23ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.123

³² FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros 2011. Pags. 190e 191.

³³ GRANZIERA, Maria Luiz Machado. Op. cit, p. 83. Ob.cit. SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamento de Direito Público. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.163

um direito que não pode ser analisado sob a ótica exclusivamente individualista, mas que também não pode ser enfocado apenas pelo interesse social sob pena de, seguindo unicamente quaisquer uma das duas orientações, cometer graves injustiças.³⁴

A diferença é que hoje o direito de propriedade deve ser encarado sim como um direito subjetivo, mas não simplesmente isso, ele agora agrupa um valor que antes não possuía, qual seja, a função social.³⁵ O que se quer dizer com isso é que a propriedade privada deve ser lida como direito subjetivo mais atendendo à função social para então ser considerada legítima.

Trata-se de um princípio da ordem econômica, assegurado no âmbito dos direitos e garantias fundamentais. A propriedade será socialmente funcional desde que respeitada a dignidade humana, e que contribua para o desenvolvimento nacional e para diminuir a pobreza e as desigualdades sociais.

Analizando o conteúdo normativo disposto no art. 225, em especial o §1º, e seu inciso III³⁶, temos que o citado artigo, ao expressar em seu *caput* que “*Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*” nos remete às interpretações do ilustre José Afonso da Silva.

Para esse renomado autor “*o objeto da tutela jurídica não é tanto o meio ambiente considerado nos seus elementos constitutivos. O que o direito visa proteger é a qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida. Veja-se que o objeto do direito de todos não é o meio ambiente em si, não é qualquer meio ambiente. O que é objeto do direito é o meio ambiente qualificado.*”³⁷

Ele entende que essa qualidade de meio ambiente é que se converteu em bem jurídico, tratado pela Constituição como “bem de uso comum do povo”, e por possuir atributos de meio ambiente, não pode, ainda na visão dele, ser de apropriação privada mesmo que possua elementos constitutivos de titularidade de particulares. Considera, por fim, que esses são bens de interesse público vinculados a um fim de interesse coletivo. Sendo assim, não pode o particular deles dispor como lhe convier porque não são suscetíveis de apropriação privada.

³⁴ AGNOL, Maria Cristina Dall'. Op. Cit.

³⁵ AGNOL, Maria Cristina Dall'. Op. Cit.

³⁶ “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: III - 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.”

³⁷ José Afonso da Silva in Direito Ambiental Constitucional, 6^a Edição, 2007, Malheiros, págs. 81 e 83

Luís Roberto Gomes conclui que a nossa Constituição Federal teve sua estrutura radicalmente alterada, pois além de incorporar em seu conteúdo a função social da propriedade, uniu-se em vínculo placentário com a tutela ambiental.³⁸

Muitas são as interpretações jurídicas acerca da influência do Código de Napoleão acerca do direito de propriedade assentado em nosso sistema constitucional, posto que esse mesmo diploma histórico já antes influenciou o mesmo direito em nosso Código Civil, influência essa que perdura até o presente.

Entretanto, como muito bem colocado por Maria Luísa Guimarães, *apud* Júlio Cesar Lima Brandão, “*a análise do tramento jurídico da propriedade no âmbito de um ordenamento jurídico, permite identificar a ideologia do Estado.*”³⁹

O Código Civil Brasileiro, em seu art. 1.228 alude que “*O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.*”

Porém o parágrafo primeiro do mesmo artigo trouxe à baila o conceito de função social e estabeleceu que o direito de propriedade deverá ser exercido dentro das condições da sua finalidade econômica e social, impondo ao proprietário o dever de conservação do meio ambiente, asseverando que “*o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.*”

Contudo, nos chama a atenção a observação do professor Celso Antonio Pacheco Fiorillo, de que não podemos confundir as relações jurídicas que envolvem determinados bens vinculados às pessoas humanas em face da propriedade (usar, gozar e dispor) com as relações jurídicas que envolvem os bens ambientais, posto que sendo este considerados pelo art. 225 da Constituição como sendo “de uso comum do povo”, ninguém poderá com eles estabelecer relação jurídica que possa implicar em sua violação, ante sua natureza e finalidade metaindividual.⁴⁰

O conceito de função social da propriedade surgiu por inspiração na doutrina cristã que se opunha à concepção individualista do direito de propriedade privada, mudou a forma de ver a propriedade, não apenas como um direito individual, mas também com uma função, qual seja, a de servir ao bem comum, ao social.

³⁸ GOMES, Luís Roberto. O princípio da Função Social da Propriedade e a exigência constitucional de proteção ambiental. Revista de Direito Ambiental. RDA 17/160, jan/mar/2000, pPág. 483.

³⁹ BRANDÃO, Júlio Cesar Lima. Aspectos Jurídicos das Florestas de Preservação Permanente e das Reservas Legais. Revista de Direito Ambiental. RDA 22/114, abr/jun/2010, pág. 487.

⁴⁰ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2011. P. 187 e 193

Segundo José Afonso da Silva, *apud* Duarte Júnior, a função social se manifesta na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens.

O art. 186 da Constituição brasileira é expresso a que essa função social será cumprida quando a propriedade rural atenda, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, dentre outros, a “utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente.”⁴¹

Nesse sentido então, a propriedade só tem valor no universo jurídico se atender a princípios sociais e humanistas, aí inserto o meio ambiente. Vale dizer que a função social da propriedade privada cria para o particular um dever de utilização de seu patrimônio. Cria, pois, um ônus para o particular.⁴²

Sintetizando, pode-se dizer estarmos diante de dois princípios constitucionais fortemente voltados para o social: “a propriedade atenderá a sua função social” (art. 5.^º, XXIII) e “a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigências estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente” (art. 186 da CF).

Mas e quanto ao fato de que as normas constitucionais não possuem hierarquia e o direito à propriedade também vem assegurado na Carta Magna?⁴³ É um direito mitigado ou relativizado porquanto existe apenas e tão-somente se atender a uma função social?

É o que predomina em nossa doutrina, apesar das inúmeras discussões em curso, mormente durante o período em que esteve em votação a reforma do Código Florestal, onde se viu inúmeros debates em torno da verdadeira justiça de uns (categoria dos ruralistas), pagar pelo bem estar de todos (usuários do mesmo ecossistema), quando também é dever e função do estado proteger o meio ambiente.

Entretanto, o aparente conflito entre o direito de propriedade e o direito ao meio ambiente sadio se torna mais evidente em face dos interesses patrimoniais envolvidos devido ao fato de que a atual configuração do direito

⁴¹ Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:I - aproveitamento racional e adequado;II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

⁴² PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 23^a Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.233

⁴³ Art. 5^º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:XXII - é garantido o direito de propriedade.

de propriedade em nosso ordenamento jurídico perdeu a feição de direito absoluto concedido no século XVIII.⁴⁴

Enquanto isso os debates se acaloram entre os agricultores ruralistas e os que como eles entendem que a Reserva tem contorno jurídico de Confisco⁴⁵ quando se fala em restrição à propriedade e a instituição de uma reserva que vise preservar o ecossistema utilizado por todos, porém protegido por poucos (eles).

5. RESTRIÇÕES E LIMITAÇÕES AO DIREITO DE PROPRIEDADE: ALGUMAS ALTERNATIVAS PARA UTILIZAÇÃO ECONÔMICA DA PROPRIEDADE EM VIRTUDE DA RESERVA LEGAL

Como se viu da exposição até agora, a Reserva Legal traz restrições e limitações ao direito de propriedade, pois como o próprio nome diz, ela reserva um percentual da área da propriedade a ser destinada à sua instituição, bem como restringe a área que pode ser utilizada para lavoura ou pecuária.

Podemos perceber claramente que há restrição até no que se refere a escolha da área a ser implantada a Reserva Legal, que não se dá por opção do proprietário rural, já que a teor do art. 14 do Código Florestal o órgão ambiental deve aprovar a sua localização.

As limitações administrativas se opõem às restrições civis, posto que estas são reguladas pelo Direito Privado, como os são os direitos de vizinhança. Só podem ser criadas por lei, mas podem se materializar por meio de ato administrativo advindo de autoridade competente da Administração Pública. Possuem como característica a gratuidade e a generalidade da medida protetora dos interesses da comunidade.⁴⁶

Entretanto, as limitações só devem ser tidas como legítimas quando representem razoáveis condicionamentos ao uso da propriedade e não impeçam a utilização da coisa segundo sua destinação natural ou não deturpem a vocação do titular do imóvel rural. Se forem excessivas, podem ser consideradas servidões administrativas ou desapropriação ensejadora de justa reposição ao lesado.

A doutrina administrativista brasileira assevera que não se confundem as limitações com as servidões que constituem direitos reais sobre a coisa alheia e

⁴⁴ DUARTE JÚNIOR, Ricardo César Ferreira. DUARTE, Marise Costa de Souza. A questão da indenização por restrições de natureza ambiental ao exercício do direito de propriedade diante do regramento constitucional e da efetivação do princípio da função socioambiental: algumas considerações preliminares. Conteudo Jurídico, Brasília-DF: 27 abr. 2010. Disponível em: <http://www.conteudojurídico.com.br/?artigos&ver=2.26676>. Acesso em 20.02.2012.

⁴⁵ Sobre esse tema, veja-se abordagem completa em AGNOL, Maria Cristina Dall'. Op. Cit.

⁴⁶ Sobre o conceito de Limitações Administrativas ver: MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p.544.

gravam um imóvel em benefício de outro. Mas não é justamente isso que se faz quando se obriga o proprietário a contribuir para a preservação do ecossistema?

Para essa mesma doutrina, predominantemente ambientalista, também não se deve confundir com desapropriação, pois nesta se retira do particular a propriedade da coisa. O proprietário nada mais pode fazer com uma área tão delicada e visada pelos órgãos ambientais.

Paulo Afonso Leme Machado, considera que por ser uma regra geral a obrigação de instituir reservas florestais, não cabe indenização ao proprietário por parte do Poder Público, posto que não afeta um único proprietário, mas uma categoria, a dos proprietários rurais.⁴⁷

Para entendermos melhor a questão da indenização devida nos casos aqui tratados, primeiramente temos que entender os limites do direito de propriedade, citados nas lições de Antônio Herman Benjamin. Para ele, tais limites podem ser classificados em dois tipos básicos: *limites internos* e *externos*. Seriam *internos* aqueles de natureza intrínseca e contemporânea à formação da relação de domínio, aqueles impostos pelas regras de vizinhança, de cunho coletivo, ou decorrentes dos bons costumes ou das exigências de convivência em sociedade, sem os quais não se consolida o direito em sua plenitude. Os *externos* são consecutivos à propriedade e estariam consubstanciados nas intervenções do Estado na propriedade privada, que geram restrições a algumas das faculdades do domínio, como no caso das restrições administrativas, ou a sua totalidade, como ocorre com as servidões de passagem, a construção de estradas e outras obras públicas.⁴⁸

As restrições impostas como decorrência do atendimento da função socioambiental da propriedade, corresponderiam a *limites internos* ao direito, como elementos constitutivos do próprio direito. Limites esses que, na maioria das vezes, sequer são indenizáveis, segundo Figueiredo, a não ser que tais restrições levem a um total esvaziamento do conteúdo essencial mínimo da propriedade, a caracterizar, nesse caso, a desapropriação indireta, conforme referido por Leuzinger, *apud* Duarte Júnior.⁴⁹

Forte nesses entendimentos quanto aos limites do direito de propriedade e no enquadramento da figura da reserva como sendo uma limitação administrativa que não esgota a capacidade de usar, gozar e dispor da coisa, é que entende a doutrina majoritária que não cabe indenização ao proprietário rural em razão da limitação imposta pela instituição da Reserva Legal.

⁴⁷ Ob. Cit., pág. 133.

⁴⁸ BENJAMIN, Antonio Herman. Desapropriação, reserva legal e áreas de preservação permanente. Temas de Direito Ambiental e Urbanístico. Coordenação Guilherme José Purvin de Figueiredo. São Paulo, Max Limonade, 1998, págs. 66 e ss.

⁴⁹ Op.Cit.

Essa intervenção grave no direito do proprietário sobre suas terras, prejudica sua atividade produtiva, já que ele o tempo todo deve manter-se dentro dos parâmetros da lei, sem que a isso se possa instituir retribuição à altura de sua perda econômica, muito menos deduzir de sua carga tributária as despesas que tem com a instituição e manutenção da Reserva Legal.

A Reserva foi instituída com a intenção clara de prover a indústria com reservas de madeira suficiente, mas por falta de instrumentação necessária para garantir os estoques é que se obrigavam os proprietários rurais a conciliarem o desenvolvimento com a demanda da sociedade em torno das florestas. Tudo isso mudou com os novos dispositivos legais. O Programa Nacional de Florestas (PFN), é uma instituição governamental responsável pela garantia do fornecimento de madeira para a indústria e as plantações florestais brasileiras são campeãs de produtividade.⁵⁰

A área gravada com Reserva Legal é isenta de cobrança do ITR⁵¹, a teor do que dispõe o art. 10, §1º, inciso II, alínea “a” da Lei nº 9.393, de 19 de dezembro de 1996, que dispõe sobre o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR.

Além da isenção fiscal acima assinalada, existem outras possibilidades de se minimizar o impacto do prejuízo causado pelo vínculo da Reserva Legal, contudo, a maioria delas ainda pendente de um normativo que assegure sua efetividade, quais sejam: a negociação de Quotas de Reserva Ambiental - CAR, o arrendamento de área sob regime de servidão ambiental, o crédito de carbono (possibilidade futura de compatibilizar a Reserva Legal com o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo - MDL, adotado pelo Tratado de Kyoto) e a compensação por serviços ambientais.

O Capítulo X do Código Florestal Brasileiro trata da criação do Programa de Apoio e Incentivo à Preservação e Recuperação do Meio Ambiente, e, para tanto, resta autorizado ao Poder Público o fomento e o incentivo à adoção de tecnologias e boas práticas que conciliem a produtividade agropecuária e florestal, com redução dos impactos ambientais, abrangendo, mas não se limitando, às seguintes linhas de ação: a) compensação pelas medidas adotadas através da concessão de crédito agrícola, disponibilização de financiamentos visando a preservação voluntária de vegetação nativa ou recuperação de áreas degradadas; b) geração de créditos tributários através da dedução da base de cálculo do ITR das áreas de Preservação Permanente, Uso Restrito e Reserva Legal; c) destinação de recursos oriundos de cobrança pelo uso da água, para manutenção, recuperação ou recomposição dessas citadas áreas; d) dedução da

⁵⁰ ZANETTI, Robson. *Reserva legal?*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 02 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.23620&seo=1>>. Acesso em: 19 set. 2012.

⁵¹ O ITR é tributo sujeito a lançamento por homologação (corresponde a pagamento antecipado).

base de cálculo do Imposto de Renda, de parte dos gastos efetuados pelo proprietário ou possuidor com gastos efetuados com a recomposição das citadas áreas, desmatadas antes de 22 de julho de 2008, etc.

Outras formas de minimizar as obrigações do proprietário rural, para fazer com que se tenha maior flexibilidade no atendimento à legislação, estão sendo analisadas. O artigo 16 do Código Florestal Brasileiro aduz a possibilidade de se instituir a Reserva Legal em regime de condomínio ou coletiva entre propriedades rurais. Isso para que o proprietário respeite os percentuais previstos na legislação mas, não necessariamente tenha que dispor da sua propriedade para tal. Poderá, portanto, comprar ou alugar área em regime de condomínio para cumprir a sua obrigação ambiental.

Recentemente, o Estado de São Paulo publicou, por meio de sua Secretaria de Meio Ambiente, a Resolução SMA 165/2018⁵² que regulamentou o mecanismo de regularização da Reserva Legal dos imóveis rurais mediante compensação por meio de doação ao Poder Público de área localizada no interior de Unidade de Conservação de domínio público pendente de regularização fundiária, sob a gestão de órgãos da Administração Direta ou de entidades da Administração Indireta do Estado de São Paulo.

Criou-se, com esta norma, uma maneira eficaz de implantar as unidades de conservação no país, que apresentam uma série de problemas fundiários causados pela ineficiência do poder público que cria a área protegida mas não indeniza os seus proprietários, atendendo ao mesmo tempo, aos anseios do proprietário rural que pretende utilizar todo o potencial da sua área, sem a necessidade de gravar um percentual como área de reserva legal.

6. CONCLUSÃO

Embora a Reserva Legal tenha tido sua instituída com outras finalidades, hoje é entendida como necessária à conservação da biodiversidade, mesmo que seus percentuais tenham praticamente se mantidos, o que é de se questionar se ainda se faz necessária, diante da evolução tecnológica aplicada ao uso de solo e a conscientização dos produtores e do consumidor em geral.

Trata-se de uma restrição ao direito de propriedade e uma limitação administrativa que, embora restringindo veementemente a propriedade, não encontra amparo legal e doutrinário para que se estabeleça a justa indenização.

O proprietário rural que não possui Reserva Legal tem a obrigação de demarcá-la e registrá-la, cessando de imediato a exploração em sua área, possibilitando assim a regeneração natural. Além disso, tem a obrigação de sua recomposição independente de ser o titular original da propriedade, posto

⁵² <https://www.ambiente.sp.gov.br/legislacao/resolucoes-sma/resolucao-sma-165-2018/>

trata-se de uma obrigação de caráter real (*propter rem*) que acompanha a coisa e não o seu dono ou possuidor.

Enquadra-se dentre os espaços territoriais constitucionalmente protegidos, com base na função socioambiental da propriedade, pressuposto da existência do próprio direito, pois, diante dos novos contornos legais do direito da propriedade está só é reconhecida quando cumpre a função socioambiental.

Os legitimados a tutelar a instituição e manutenção da Reserva Legal nas propriedades rurais poderão fazê-lo, administrativamente, através do Inquérito Civil e Termo de Ajustamento de Conduta e, judicialmente, mediante Ação Civil Pública, Ação Popular e Mandado de Segurança Coletivo.

O direito de propriedade privada deve ser respeitado em igualdade com o direito e dever de proteção ambiental e sempre que evidente for o prejuízo do proprietário deverá haver justa indenização, quando não, deverá então haver políticas públicas de apoio financeiro e incentivo fiscal para que o próprio proprietário ou possuidor de imóvel rural possa conduzir sua atividade tão importante para o crescimento do País, de modo sustentável, de forma que a Reserva Legal não evolua de ônus para um peso de insuportável transporte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- AGNOL, Maria Cristina Dall'. Ônus da Preservação e o Confisco na Reserva legal. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 06 jul. 2009. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br>.
- AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato. Organizadores. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. 4^a ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011.
- COSTA, Flávio Dino de Castro e. Desapropriação em Matéria Ambiental. Revista de Direito Ambiental - RDA 18/130, n. 15, abr-jun/2011.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Uso Privativo de Bem Público por Particular. 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 1º Volume. 23^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DUARTE JÚNIOR, Ricardo César Ferreira. DUARTE, Marise Costa de Souza. A questão da indenização por restrições de natureza ambiental ao exercício do direito de propriedade diante do regramento constitucional e da efetivação do princípio da função socioambiental: algumas considerações preliminares. Conteúdo Jurídico, Brasília. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.26676>.
- ELTZ, Magnum. Reforma do Código Florestal: um breve histórico de nossa legislação pregressa. Pág. 2. Disponível em [http://direitoambiental.jimdo.com/ambiente-em-revista//](http://direitoambiental.jimdo.com/ambiente-em-revista/)
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 2^a ed. rev. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2011.
- GOMES, Luís Roberto. O princípio da Função Social da Propriedade e a exigência constitucional de proteção ambiental. Revista de Direito Ambiental. RDA 17/160, jan/mar/2000.
- GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito Ambiental. 2^a ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011.
- GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. Tutela de Interesses Difusos e Coletivos. 3^a ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. - (Coleção sinopses jurídicas; v. 26).

Histórico do Código Florestal, disponível em <http://www.canaldoprodutor.com.br/codigoforestal/historico-da-proposta>.

LEITE, José Rubens Morato. Ação Popular; um exercício da cidadania ambiental? Revista de Direito Ambiental. RDA 17/123, jan/mar/2000.

LIMA, Elaine Cristina Ribeiro. Reserva legal em condomínio como alternativa à recomposição da vegetação nativa no Estado de Minas Gerais. Dissertação de Mestrado em Geografia da Universidade Federal de Uberlândia, Minas Gerais, 2008.

MELO, Yuri Lopes de. Reserva Legal: Fundamento Constitucional e Políticas Públicas. Revista de Direito Ambiental - RDB 60/123, n. 31, out-dez/2010.

MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente. A gestão ambiental em foco. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 7^a ed. rev. atual. e reform. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MUKAI, Toshio. Direito Urbano e Ambiental. Editora Fórum, 4^a Edição. Minas Gerais, 2010, pág. 214.

NUNES, Paulo Henrique Faria. Meio Ambiente & Mineração. O desenvolvimento sustentável. 1^a ed. 4^a reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011.

SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 6^a ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

ZANETTI, Robson. Reserva legal?. Conteudo Jurídico, Brasília-DF: 02 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.23620&seo=1>>.

ZANETTI, Robson. ZANETTI, Eduardo Augusto. A Reserva Legal no Brasil. Artigo Disponível em <http://www.robsonzanetti.com.br/v3/artigo.php?id=79&idCat=14>.



Paulo Klautau

CÁTEDRA VI

OS PARÂMETROS DA OIT FRENTE A ERRADICAÇÃO DO TRABALHO FORÇADO. DISCURSO DOS DIREITOS HUMANOS

Elder Lisboa Ferreira da Costa

Segundo os recentes estudos e dados da fundação Walk Free, cerca de 45,8 milhões de pessoas em todo o planeta estão submetidas a alguma forma de escravidão. Na linguagem utilizada por kevin Bales, trata-se da escravidão moderna. Segundo o documento, 58% estão vivendo em 5 países, Índia, China, Paquistão, Bangladesh e Uzbequistão. Os países com a maior proporção de população em condições de escravidão são a Coreia do Norte, Uzbequistão, Camboja e Índia.¹

Escravos modernos é uma terminologia nova, utilizada pelo cientista Kevin Bales, para explicar o fenômeno escravagista, ocorrido em diversas partes do mundo. Esta lacra ocorre no Brasil, onde cerca de 161,1 mil pessoas estão submetidas ao que se chama de *escravidão moderna*. A pesquisa aponta também que a exploração no Brasil está concentrada nas áreas rurais, nas regiões do cerrado e na região amazônica, todavia podendo ocorrer em setores urbanos. Em publicação de relatório da fundação, foram resgatados 936 trabalhadores em situação de escravidão, onde a maioria eram homens entre 15 e 39 anos, com pouca instrução, e que procederam a um processo de migração no Brasil, buscando melhores condições de vida.

O retrato triste desta realidade, foi objeto de nossa tese de doutoramento na multissetorial Universidade de Salamanca, onde foi diretora de Tese a Doutora Maria Esther Martinez Quinteiro, onde chegamos a resultados alarmantes desta prática escravagista no Brasil.

Neste texto optou-se, pela terminologia *trabalho escravo*². Decifrar o código da escravidão ainda parece um enigma. A escravidão de outrora, cujo símbolo máximo era a senzala nos campos de engenho brasileiros, transformou-se na “*nova escravidão*”, dando lugar aos campos das fazendas do sudeste do Pará.

¹ <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2016-05/escravidao-moderna-atinge-458-milhoes-de-pessoas-no-mundo>, acesso em 01.06.2016. Belém às 9.31 hs.

² Não foi empregada a expressão utilizada pelo Código Penal Brasileiro em seu artigo 149 – “Condições Análogas à Escravidão” –, pois se entende que tal prática não é o objeto deste texto. A expressão utilizada pela OIT é trabalho forçado.

Mesmo depois da Abolição da Escravatura, em 1888, no Brasil, a prática escravagista continuou e permanece existindo em terras brasileiras. O mundo mudou e, como afirmado por Kevin Bales (2000, p. 13), o viés norteador dessa *nova escravidão é a pobreza, e não mais a cor*³.

Detectada sua existência, a primeira voz que se insurgiu, (ainda no período da ditadura, quando o Brasil era governado por militares), a “denunciar” a presença da prática escravagista em plena atividade no território nacional foi Dom Pedro Casaldáliga⁴, à época bispo da Igreja Católica Apostólica Romana de São Félix do Araguaia, no Estado do Mato Grosso-Brasil, por meio de sua Carta Pastoral “*Uma Igreja Contra o Latifúndio*”, editada em 1971. Por este fato, o prelado foi ameaçado várias vezes de morte.

Destaca-se que, em 2004, foi adotado em Gana o *Ano Internacional de Comemoração da Luta contra a Escravidão*. Mesmo depois de sua erradicação legal, o problema ainda é vivo e latente, e com ele está preocupada a comunidade internacional, representada por Organismos Internacionais como a Organização das Nações Unidas (ONU), a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e, particularmente no Brasil, a Comissão Pastoral da Terra (CPT), além de outros órgãos do Governo Brasileiro, como a Delegacia Regional do Trabalho (DRT), Procuradorias do Trabalho e a Justiça Federal, e diversas entidades Não Governamentais, como a CPT.

Evidentemente que, neste texto, analisou-se o contexto dos escravos da região Norte do Brasil, especificamente no sudeste e sul do Estado do Pará, entendido como uma das dimensões do fenômeno escravagista que persiste na atualidade, possuindo nítida relação com o aspecto econômico-ambiental da região ao contribuir com a prática antiecológica do desmatamento para formação de pastagens de gado e instalação de fazendas. Aliás, uma característica evidente do fenômeno investigado é que os “novos escravos” serão recrutados, principalmente nos Estados do Nordeste brasileiro, e “transportados” para as fazendas onde desempenharão suas “atividades”.⁵

A Constituição Brasileira prevê, em seu artigo 1º, incisos III e IV, a supremacia dos direitos humanos. O trabalho escravo fere de morte o disposto no artigo 4º, inciso II, da CF, que trata dos direitos dos trabalhadores, e ainda o

³ BALES, Kevin. *La nueva esclavitud en la economía global*. Madrid: Siglo XXI de España, 2000. p. 13. Tradução livre do autor.

⁴ Dom Pedro Casaldáliga é Bispo Emérito de São Félix do Araguaia, título que recebeu quando sua renúncia foi aceita pelo Papa, ao completar 75 anos de idade. Na verdade, foi o precursor das denúncias da prática escravocrata no Brasil.

⁵ Nos comentários de Cézane site. Afirma que apesar de todos os problemas o Brasil é assinalado como um país exemplar da América Latina, quando se compromete com o problema da escravidão. Disponível em www.esglobal.org/2000-anos-de-esclavitud. Acesso em 17.05.2014.

artigo 7º, quando não destina uma função social à propriedade, como explicitado nos artigos 5º, inciso XXIII, e 170, inciso III.

O trabalho escravo finca-se sobre os seguintes pilares estabelecidos pela OIT, base de toda estruturação para se conceber o trabalho forçado: *Servidão por dívidas, retenção de documentação pessoal, isolamento geográfico, utilização de força armada, privação da liberdade*. Estes são os vetores nos quais se baseia a Organização Internacional do Trabalho, para a detecção do trabalho escravo. Portanto, este texto, procurou verificar se essas proposições ocorrem na problemática brasileira e como elas acontecem⁶.

Nestas linhas, detectou-se que os vetores nos quais se finca a OIT, nas Convenções 29 e 105, foram de fato encontrados com algumas variações, daí, obrigatoriamente, partiu-se para uma verificação de seus conceitos básicos, o que será feito ao longo do texto. Houve uma hipertrofia da sociedade civil e, consequentemente, uma mudança de paradigmas onde a sociedade participa de seus próprios destinos, não sendo uma mera espectadora do espetáculo, mas protagonista, buscando incessantemente políticas públicas de resgate dos trabalhadores.

A GÊNESE PARA O COMBATE DO TRABALHO FORÇADO.

Não se pode esquecer a contribuição de Dom Pedro Casaldáliga que em 1971 publicou a Carta Pastoral, importante documento que mapeou as condições de vida da região do Bico do Papagaio, onde verificou-se não só as características da região, mas as condições de vida dos trabalhadores. Muito tempo depois em março do ano de 2003, foi lançado pelo Governo Federal, durante a gestão do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em seu primeiro mandado de Presidente da República do Brasil, o CONATRAE - Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo. Finalmente, o Governo reconheceu, pelo menos no plano formal e diante da Organização das Nações Unidas, a existência de trabalhadores mantidos na condição de escravidão em terras brasileiras. Já foi um começo. Note-se que a grande maioria dos dados são da Comissão Pastoral da Terra, de cujos números o Governo se vale, para proceder o combate a escravidão. O marco é significativo e emblemático, pois finca-se a bandeira institucional de que é preciso vencer a chaga escravagista.

O fenômeno escravocrata no Brasil recebe várias denominações. Diversos conceitos são elaborados, dando signos à mesma realidade. A OIT utiliza o termo “trabalho forçado”. Outras denominações designam a prática escravagista: *Trabalho escravo, escravidão de homens brancos, semiescravidão, condição análoga à*

⁶ O pilar segurança armada, como contemplado pela OIT, foi verificado no presente texto.

*escravidão e senzala amazônica*⁷. Todos os termos são todos sinônimos que descrevem uma mesma realidade.

Para fazer frente a esta erradicação, o Brasil firmou vários Tratados Internacionais em que se comprometeu a abolir o trabalho forçado devido à sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito. As políticas públicas de resgate do cidadão são analisadas no presente texto e confrontadas com a realidade.

A Constituição Brasileira de 1988, em seus artigos 5º e 7º, trata dos direitos individuais e sociais, entra em afinação perfeita com o que prescreve a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro 1948, e a Convenção n. 29 da OIT sobre o Trabalho Forçado ou Obrigatório, adotada em Genebra em 28 de junho de 1930. Além disso, o Brasil também ratificou a Convenção Relativa à Escravatura, assinada em Nova Iorque, em 7 de dezembro de 1953, e aprovada pelo Decreto Legislativo n. 66, de 14 de julho de 1965, e a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura, aprovada em Genebra, em 7 de setembro de 1956, e ratificada pelo Brasil em 6 de janeiro de 1966, por meio do Decreto Legislativo n. 58.563, de 1º de janeiro de 1966. Todos os textos incompatíveis com a escravidão. Ou seja, em termos de Pactos Internacionais contra a escravatura, o Brasil vai muito bem. Todavia, vários fatores contribuem para a persistência da prática escravocrata no Brasil. Um dos fatores da não erradicação do trabalho escravo é que apenas 50% das denúncias são apuradas, provocando o aparecimento de uma cifra negra e aumentando as dificuldades de detecção da problemática⁸.

As ações governamentais devem estar afinadas em perfeita harmonia para a eliminação desta lacra. Esta conjuntura ocorre principalmente nas questões governamentais. Kevin Bales (2000, p. 9), estudioso da matéria, pesquisou em vários setores governamentais e bibliotecas para tentar decifrar os aspectos fenomenológicos envolvidos e, lamentavelmente, concluiu que:

⁷ Este termo foi utilizado por Sento Sé. Cf. SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. *Trabalho Escravo no Brasil*. São Paulo: LTr, 2000. p. 16. A OIT estima que, no mundo, haja no mínimo 2,45 milhões pessoas que se encontram em situação de trabalho forçado como consequência do tráfico de pessoas. A designação “trabalho forçado”, adotada pela OIT, repercute em vários pontos do planeta onde se detecta o problema, dentre os quais podem ser citados os seguintes: o trabalho exercido pelas prostitutas mantidas contra sua vontade, resultante do tráfico de pessoas; e o desempenhado por costureiros bolivianos no Estado de São Paulo. Nesta tese, trata-se exclusivamente dos trabalhadores rurais nas fazendas do Estado do Pará, utilizando-se o conceito internacional consignado pela OIT apenas para sua identificação a fim de, posteriormente, evidenciar como são suas características no que tange aos escravizados das fazendas. Após a Segunda Guerra Mundial, houve um projeto das Nações Unidas, aprovado por meio da Resolução n. 317 (IV), de 2 de setembro de 1949, e que entrou em vigor em 25 de julho de 1951, e se revelou em um dos mais importantes instrumentos da ONU contra as práticas análogas à escravidão.

⁸ Normalmente, as “denúncias” da prática escravagista partem da Comissão Pastoral da Terra (CPT).

Durante varios años reuní toda la información que fue encontrado sobre la esclavitud moderna. Fui a las Naciones Unidas y la Biblioteca Británica; revisé los archivos de la Oficina Internacional del Trabajo y visité diversas organizaciones benéficas y de derechos humanos. Obtener información útil y fiable sobre la esclavitud resulta verdaderamente difícil. Los funcionarios de los gobiernos niegan su existencia aunque les muestres fotografías y declaraciones juradas. Las organizaciones de derechos humanos, por el contrario, quieren denunciar la existencia de la esclavitud. Estas organizaciones hacen públicos los relatos de las víctimas y se encargan de desmentir las afirmaciones gubernamentales apuntando pruebas sobre la extensión de la esclavitud⁹.

A existência do trabalho escravo no Brasil tem também parte de suas raízes decorrente do processo de globalização. O trabalho desempenhado nas fazendas de gado ainda de forma rudimentar visa ao lucro para os escravagistas. O desmatamento está intimamente ligado a essa prática, pois a derrubada da floresta dá lugar às pastagens e à criação de gado na região, onde as relações de trabalho são arcaicas e desumanas.

Muitos trabalhadores depois de resgatados, não têm para onde ir, até porque voltar para suas terras de origem, representará voltar à miséria em que antes se encontravam sem nenhuma perspectiva de vida, tornando a cidadania cada vez mais distante. Na obra *Pisando Fora da Própria Sombra*, Figueira destacou que um trabalhador ficou 16 vezes em poder do escravagista, justamente por não ter condições de sair da vida na qual se encontrava¹⁰.

No que tange à legislação penal, o Código Penal Brasileiro prescreve, em seu artigo 149, alterado pela Lei n. 10.803/03, a conduta criminal do trabalho escravo, mas, na prática, o resultado prático inoperante visto existirem pouquíssimos processos onde agentes foram denunciados por práticas escravagistas¹¹. A palavra-chave para sua detecção é a *liberdade*. Outras capítulações são utilizadas para o combate ao trabalho escravo, entre elas: Art. 203, parágrafo 1º Inciso I, Art. 297 parágrafos 4º, Art. 69 e 70, Arts. 337-A, todos do Código Penal Brasileiro. Além do artigo 109 da CF que trata da competência da Justiça Federal.

O sudeste do Estado do Pará-Brasil é o foco central deste texto. A principal cidade da região é Marabá¹² (ver Figura 2)¹³, atualmente com 251.885

⁹ BALES, Kevin. *La Nueva Esclavitud en la Economía Global*. Traducción de Fernando Borrajo Castanedo. Madrid: Siglo XXI de España. 2000. p. 9.

¹⁰ Conversa mantida no escritório de Resende, no Rio de Janeiro, na Universidade Federal Fluminense.

¹¹ O trabalho escravo não é praticado somente no Brasil, mas também em outros países, onde é combatido. Em Portugal, o Código Penal inseriu tal prática no artigo 159 por meio do Decreto-Lei n. 48/95; na Itália, está presente no artigo 600 do *Régio Decreto*, de 19 de outubro de 1930.

¹² Marabá é a principal cidade da região onde se encontram as sedes dos principais órgãos da administração federal como a Justiça Federal, Polícia Federal, e os órgãos do Ministério do Trabalho e Emprego.

¹³ O autor deste texto

exerceu na região as funções de promotor de justiça em 1991 e, posteriormente, no ano de 1993, retornou à cidade como juiz de direito.

mil habitantes, segundo os dados do IBGE de 2013¹⁴, ocupando uma área de 15.128,416 quilômetros quadrados e caracterizando a maior economia do sudeste do Pará e sua mesorregião. Na cidade de Marabá.

Figura 1 - Mapeamento das cidades subordinadas à jurisdição de Marabá – Estado do Pará



Fonte: Google Mapas.

A frente de combate ao trabalho escravo no âmbito internacional, se dá principalmente por meio da OIT está integrada por mais de 180 países, como Estados Membros, todavia o fato de tantos países fazerem parte deste complexo, não significa que as normas da OIT sejam de fato cumpridas e, o grande desafio é justamente a composição de direitos fundamentais reconhecidos e implementados no plano interno com base em normas de caráter universal adotadas pela OIT.

Como afirmado por Wachsmann (2008, p. 10).

La création de l'Organisation marque aussi l'abandon du monopole réservé aux appareils étatiques dans les relations internationales: la Conférence générale des représentants des membres est composé de quatre représentants de chacun des États, deux délégués du gouvernement, un représentant des employeurs et un représentant des travailleurs.¹⁵

¹⁴ Fonte: IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <<http://cidades.ibge.gov.br/painel/painel.php?codmun=150420>>. Acesso em: 4 de novembro de 2013, às 23h11. Strasbourg-France.

¹⁵ WACHSMANN, Patrick. *Les Droits de l'homme*. Paris. Éditions Dalloz. 2008, p. 10.

Importante destacar que o Brasil, como signatário da OIT, assume o compromisso jurídico em respeitar os direitos dos trabalhadores nas fazendas de gado, e a dotar o Estado de instrumentos que visem a erradicar a prática escravista nas fazendas. Por isto a afirmação de Bonet Pérez (2013, p. 509), que nesse sentido pode-se afirmar em primeiro lugar que a própria Declaração de 1998, define o compromisso jurídico adquirido pelos Estados Membros, através da Constituição da OIT e da Declaração de Filadélfia, não só como obrigação de “*promover*”, mas também “realizar e fazer respeitar”, ditos direitos, na medida em que estão consagrados. Implica dizer que a obrigação de “*realizar e fazer respeitar*” um Direito Humano Internacional reconhecido, implica, na medida, que seja, um certo compromisso de resultado e não de mero comportamento¹⁶.

O trabalho desenvolvido pela OIT dentro de uma análise global, nos faz acreditar de que de fato a normalização mínima de caracteres de proteção ao trabalho tem sido o mote a desenvolver o trabalho desta Organização, dentro de uma proteção integral dos direitos humanos.

As bases em que a OIT foi criada como Organismo Internacional, nas palavras de Bonet Pérez (2013, p. 465), se percebe um entrelaçamento das condições estruturais e condicionantes conjunturais. Na primeira a constatação de extrema dureza nas condições de trabalho vinculadas a revolução industrial e a expansão do modo capitalista, e na segunda o relativo convencimento dos países industrializados da necessidade de adotar uma Legislação Internacional do Trabalho, havia gerado expectativas de futuro sobre o seu progressivo desenvolvimento, na criação da OIT, vinculados época e muito especialmente, ao desenvolvimento e finalização da I guerra mundial.¹⁷

O Pacto Mundial para o Emprego, adotado pela Conferência Geral de 2009, é importante mecanismo da OIT, para encontrar meios e saídas para este grave problema que assola diversos países do globo, associado a crise que assola diversos setores da sociedade, devendo adotar um nível mínimo de proteção social de caráter universal.

Como afirma Fernández Liesa (2013, p. 12), o início dos Direitos Sociais e os antecedentes do Estado Social se situam no final do século XIX na evolução do Estado e dos Movimentos Obreros, em sua luta contra a opressão e os excessos do capitalismo.¹⁸

¹⁶ BONET PÉREZ. Jordi. “La Organización Internacional del Trabajo (OIT)”. *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo IV Siglo XX. Volumen III. Dirección. Gregorio Pece-Barba Martínez. Madrid. Ed. Dykinson. 2013, p. 509.

¹⁷ BONET PÉREZ. Jordi. “La Organización Internacional del Trabajo (OIT)”. *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo IV Siglo XX. Volumen III. Dirección. Gregorio Pece-Barba Martínez. Madrid. Ed. Dykinson. 2013, p. 471.

¹⁸ FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. “La Sociedad de Naciones y Los Derechos Humanos”. *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo IV Siglo XX. Volumen III. Dirección. Gregorio Pece-Barba Martínez. Madrid. Ed. Dykinson. 2013, p. 12.

O Estado do Pará, localizado na região Norte do Brasil, apresenta dados preocupantes: É o primeiro nas estatísticas de trabalhadores rurais assassinados e, também, lidera todos os números em termos de indivíduos que vivem em situação de escravidão em fazendas no Estado. Os dados são da OIT - Organização Internacional do Trabalho.

A OIT, tem obrigação de investigar as violações de direitos humanos cometidos pelos Estados que se viram obrigados por força dos Tratados e Convenções Internacionais, e oferecer suporte e subsídios, para que a legislação interna possa ter meios e mecanismos de fazer o controle e sucessivamente punir quem violar as normas de direitos humanos.

Importante nota a Declaração de Filadélfia, onde destaca entre seus princípios fundamentais, o afirmado pela OIT, em que o trabalho não é uma mercancia, é essencial a liberdade de expressão, e de associação, a indicação da pobreza como um perigo, e compromisso de lutar contra a necessidade, dentro dessa perspectiva esta declaração é sinal de referência dentro da nova Ordem Internacional Universal de proteção aos direitos dos trabalhadores.

Particularmente no Brasil, onde o trabalho escravo é latente¹⁹ e está presente em vários Estados brasileiros, verifica-se uma letargia das Instâncias Formais de Controle, tanto no que se refere à fiscalização como também à punição dos agentes²⁰.

Os instrumentos até hoje utilizados para a erradicação do trabalho escravo, objeto deste texto, têm sido insuficientes para o banimento dessa chaga que assola o Brasil. Equipes Móveis que procedem à fiscalização das fazendas somente atuam quando há denúncia formal da prática do trabalho escravo, isto é, se não houver denúncia, não há atuação do poder estatal.

A Carta de Marabá-Pará-Brasil, publicada em 2010, demonstra a necessidade de atuação e combate ao trabalho escravo na região objeto desta pesquisa, e relata o aperfeiçoamento das ações de fiscalização e resgate dos trabalhadores, e principalmente a punição dos escravagistas, ampliando as ações dos Grupos Móveis e um significativo dever de monitorar os atores envolvidos no processo²¹.

Todos os instrumentos das Nações Unidas para a proteção dos direitos humanos tanto quanto os convênios realizados, como a Convenção Complementar sobre a Abolição da Escravidão, visando os Estados que praticam

¹⁹ da presente tese de doutoramento temos um mapa preciso da situação dos trabalhadores, e o seu local de origem, demonstrando que vários Estados da federação brasileira são “exportadores” de trabalhadores para a área detectada na presente tese. O Estado que segue em primeiro lugar com p número de escravizados é o Estado do Tocantins com 34,4% do total pesquisado, seguido de perto pelo próprio Estado do Pará com 27,2%.

²⁰ A falta de agente das instâncias formais de controle tem sido a tônica para a expansão do trabalho escravo no Brasil.

²¹ Carta de Marabá, de 16 e 17 de novembro de 2010. Promoção: Ministério Público Federal do Pará, Comissão Pastoral da Terra e UFFPA (*Campus Marabá*).

condições e mantêm práticas análogas à escravidão²², possibilitarão a existência de um cenário com mais esperança na erradicação dessa chaga que ainda assola a humanidade.

Os casos escabrosos e denunciados à Organização de existência e prática do trabalho escravo em pleno século XXI têm preocupado. Mesmo com toda a política de combate, há um recrudescimento dessa prática, principalmente em fazendas do Estado do Pará.

Normalmente, as condições são muito parecidas quando verificadas pelos Grupos Móveis.²³ Os trabalhadores são obrigados a construir suas próprias habitações, em geral barracões de madeira cobertos somente com lona, sem nenhuma proteção lateral, sujeitos a todas as intempéries. Não há cozinha digna para serem elaboradas as refeições nem tampouco fogão a gás para seu preparo. Tudo é improvisado e feito pelos próprios trabalhadores. A alimentação é frugal e carne, se consome em alguns casos, somente uma vez por semana²⁴. A água não é tratada e é a mesma que o rebanho usa e onde faz as suas necessidades fisiológicas. É grande a incidência de doenças, como diarreias e vômitos, nos trabalhadores²⁵, que não têm nenhuma assistência médica.

Em todos os casos verificados, não foram encontrados equipamentos de primeiros socorros nem remédios disponibilizados aos trabalhadores e, quando estes ficam doentes, tornam-se sujeitos à própria sorte. Além disso, o escravagista não fornece médicos e, em nenhum caso, foi realizado o exame admissional dos empregados antes da jornada de trabalho. Tais condições

²² Os documentos referenciados estão em *United Nations in the Field of Human Rights*. New York, 1980.

²³ Recentemente a Oficina Internacional do Trabalho de Genebra, assinou a aplicação de normas internacionais do trabalho de 2014 I, que trata da Comissão de Experts na aplicação de Convênios e Recomendações. Relata o documento às fls.384/85, que em relação aos Grupos Móveis encarregado na luta contra o trabalho escravo, se apoia na diretriz de que não basta somente o aumento no número de inspetores para participar de tal trabalho, mas principalmente no perfil dos inspetores a na sua disposição e interesse em participar de tal atividade. Relata que a Secretaria de Inspeção do Trabalho, consulta periodicamente os inspetores do trabalho, a este respeito, porém uma pequena parte dos mesmos querem participar deste tipo de atividade. Disponível em http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_norm/-relconf/documents/meetingdocument/wcms_235055.pdf Acesso em 18.05.2014 às 12.13. Salamanca Espanha.

²⁴ Nas declarações prestadas por G.A.S para o Ministério do Trabalho e Emprego constante do anexo II, declarou: “*Que fazia a lista do que precisava e então os mantimentos eram trazidos pelo Sr. Diu e que não sabia quanto havia gastado, pois todos os rótulos eram retirados. Que não tinha recebido pagamento nenhum. Na casa onde morava com sua família, não havia água, sendo necessário busca-lo no rio, mais ou menos a 100 metros*”.

²⁵ Tal situação em que se encontram os trabalhadores está em desacordo com o artigo 15 da Convenção 29 da OIT que declara: “*Toda legislação ou regulamento referente a indenização por acidente ou doença resultante do emprego do trabalhador e toda legislação ou regulamento que prevejam indenizações para os dependentes de trabalhadores falecidos ou inválidos, que estejam ou estarão em vigor no território interessado serão igualmente aplicáveis as pessoas submetidas a trabalho forçado ou obrigatório e a trabalhadores voluntários*”. Anexo II da Tese de doutoramento.

foram detectadas pela ação de Grupos Móveis, como documentado na Figura a seguir.

Figura 2 – Ação do grupo móvel 2008 – Fazenda no sul do Pará



Fonte: acervo pessoal do autor.

No Brasil, infelizmente, tem-se que a prática escravagista é tratada como uma questão penal, pelo menos a forma que a legislação tenta combater essa prática, com a incidência do artigo 149 do Código Penal Brasileiro²⁶. Volve-se o texto para o fato de que a questão dos direitos humanos é vilipendiada duas vezes. A primeira, pelo Estado Brasileiro quando não promove verdadeiramente políticas para a erradicação da escravidão; a outra pelo próprio escravagista, que, impune, segue com suas práticas nefastas. Isto se dá devido à ideia equivocada do fenômeno jurídico, como já retratado por Juan Gobbi (1963, p. 103):

La moderna epistemología demuestra que no hay otro sujeto, en el mundo de las ciencias sociales, que el hombre. Esa aprehensión primaria nos permite situar debidamente el problema. Sin embargo, el Derecho, en cuanto es una ciencia con una dimensión normativa, no puede despreocuparse tampoco de la verificación de en qué medida las normas alcanzan a ese sujeto. Si no establecemos ese puente entre la realidad y la norma, podemos dar una idea fragmentada y equivocada del fenómeno jurídico²⁷.

Pérez Alonso (2008, p. 51), com propriedade, destacou o fenômeno visto que, no Brasil, infelizmente não se tem um olhar do problema escravagista

²⁶ Entende-se que a forma como o Estado Brasileiro trata a questão escravagista merece reparos, devendo sair a questão do campo estritamente penal, para a questão de direitos humanos.

²⁷ JUAN GOBBI, Hugo. “El Sujeto Individual en el Derecho Internacional Contemporáneo”. *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, n. 2, p. 102-114, Madrid, 1963. p. 103.

sob uma perspectiva multidisciplinar. A questão ainda é considerada de modo estanque e prioritariamente penal e administrativa. Somente se conseguirá avançar para a solução do problema quando verificada sua complexidade e os atores das instâncias formais de controle entenderem que a saída está nos elementos de prevenção da prática escravagista, ou seja, na erradicação da miséria que assola milhões de brasileiros.

La complejidad de este fenómeno no debe ser óbice para que se describan los rasgos comunes que lo definen y se destaqueen, sus elementos identificadores, con el propósito de conseguir una mejor comprensión de esta problemática. De este modo, estaremos en mejores condiciones de ofrecer respuestas jurídicas más fundadas y practicables. Respuestas que deben ser obtenidas partiendo de un enfoque necesariamente multidisciplinar, integral y polifacético que tenga en cuenta la complejidad del fenómeno a abordar en su conjunto. Así, desde esta perspectiva hay de incluir en el análisis ele elementos de prevención, investigación, enjuiciamiento, asistencia y protección a las víctimas, cooperación policial y judicial etc.²⁸.

O Conceito Trabalho Escravo, tanto que será objeto de discussão no Congresso Nacional, tanto que é objetivo é a (re)discussão do que se planteia o artigo 149 do Código Penal. Daí ser importante frisar a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravidão, de 4 de setembro de 1956. Para tal convenção, é fundamental extrair com vistas à delimitação da proposição sob foco nesta investigação acadêmica: escravidão para o referido convênio significa “*o estado ou condição de um indivíduo sobre o qual se exercem todos os atributos do direito de propriedade ou qualquer um desses*”. Sobre o referido conceito, em importante nota Velasco Vallejo (1994, p. 642) esclareceu todos os aspectos por ele abrangidos:

Dicho concepto ha sido ampliado por el convenio suplementario a otras instituciones o prácticas análogas, como la por deudas, los siervos de la gleba, la compra de mujeres, la transferencia lucrativa o no lucrativa de una persona, su transmisión al sucesor jurídico del esposo después de la muerte de éste y la cesión de niños y jóvenes a terceros para explotar su capacidad de trabajo. (Art. 1 del convenio suplementario). La “trata” queda prohibida por los arts. 3 y 4, los Estados se comprometen cohibir cualquier práctica análoga y a perseguir penalmente a los infractores. Instrumento eficaz de la lucha contra la trata de esclavos son las prescripciones de los arts. 13 y 222 del Convenio de Ginebra. (...). De un punto de vista distinto y al considerar el trabajo forzado como una figura afín a la esclavitud, debemos reseñar los esfuerzos de la O.I.T para su abolición. Preparados bajo sus auspicios encontramos la Convención relativa a la abolición del trabajo forzado de 15 de junio de 1957²⁹.

²⁸ PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. *Tráfico de Personas y Inmigración Clandestina: Un Estudio Sociológico Internacional y Jurídico-Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 51.

²⁹ VELASCO VALLEJO, Manuel Diez de. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tec-nos, 1994. p. 642-643.

Portanto, os direitos humanos plasmados na era moderna, e posteriormente concebidos após as revoluções, notadamente a Francesa e Americana que, irradiando para outros povos seus postulados, e os Tratados e Convenções Internacionais sobre a escravidão, são a pedra de toque para se erradicar esta chaga existente no Brasil em relação à temática da escravidão nas fazendas de gado no sudeste e sul do Pará.

O Estado do Pará é o campeão do desmatamento na região. Uma matéria publicada no jornal *O Liberal*, de 18 de julho de 2013, revelou um dado assustador. Segundo o Instituto do Homem e Meio Ambiente da Amazônia (Imazon), a degradação florestal no Estado aumentou 42% em 12 meses. Isto representa 184 quilômetros quadrados, evidenciando um aumento de 437% em relação a junho de 2012. A incidência maior foi no Estado do Pará, com 42%; em segundo o Amazonas, com 32%; depois Mato Grosso, com 18%, e Rondônia, com 5%.

No caso dos empregados das fazendas de gado encontrados, não há transporte regular para as cidades, privando os trabalhadores de um dos direitos fundamentais, que é o lazer. Na verdade, os trabalhadores labutam de sol a sol sem qualquer descanso. Confirma-se aqui um dos pilares da OIT, diagnósticos para estabelecer a existência da escravidão qual seja: O *distanciamento geográfico*. Tal fato foi assegurado pelo Procurador Marcelo Oliveira quando afirmou: “*Havia ausência de transporte regular para a cidade, caracterizando cerceamento ao direito de locomoção dos trabalhadores, o que se dá também pela formação de dívidas*”³⁰.

Nas fazendas de gado, a impunidade cresce. Normalmente, quando os Grupos Móveis de resgate chegam a essas propriedades, deparam-se às vezes com a fuga do “gato”, impedindo sua punição pelo aparelho estatal, como afirmado pelo Ministério Público Federal: “Tal prática, inerente à atividade produtiva da fazenda, portanto, a cargo do denunciado, foi auxiliada pelo ‘gato’ Jodelson, não denunciado apenas pela falta de elementos identificadores e por ter se evadido antes da fiscalização”³¹.

Conclui-se, portanto, que a extirpação do fenômeno escravocrata no Brasil passa por uma percepção deturpada e *míope* dos direitos sociais e, dentre eles, está o direito ao trabalho e ao Direito do Trabalho, seara em que, consequentemente, estão incluídas as garantias que o Estado dará para que o trabalho digno possa ser efetivado³². Só que este direito ao trabalho é constan-

³⁰ Denúncia apresentada à Justiça Federal de Marabá. Acervo do doutorando, disponibilizado pelo Juiz Carlos Hadad, então titular da Vara da Justiça.

³¹ *Ibidem*. Acervo do doutorando da denúncia do Ministério Pùblico Federal.

³² Neste particular demonstrado a atualidade do enunciado na Carta Pastoral de Dom Pedro Casaldáliga, onde em 1971, já denunciava a má distribuição administrativa, quando afirmou: A própria extensão dos municípios já é uma estrutura do desequilíbrio social. A distância da sede do Município traz consigo o

temente vilipendiado pelos escravagistas, os quais não dotam os trabalhadores de condições laborais dignas, tornando-os vítimas do sistema. O sistema governamental deveria implementar ações agressivas para tal, como descreveu Benacerraf Pariente (1998, p. 79):

El problema se debe atacar por la raíz. Los derechos de las personas a la salud, a la educación y al trabajo, entre otros deben hacerse efectivos a través de políticas agresivas por parte del gobierno. Debemos considerar el gasto social como una inversión para el desarrollo: “el gasto social no tiene por qué hacerse a expensas de sacrificar el crecimiento económico; al contrario, bien entendido el primero, actúa como una palanca que impulsa y sostiene al segundo”³³.

Habermas (2003, p. 99 e 169) também se posicionou sobre o tema:

Esta sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e nos transmitem, a seguir, para a esfera pública política, são as vigas mestras da *democracia participativa*³⁴. A reconstrução do direito situa-se no plano de uma explicação do significado. Através do sistema de direitos, explicitamos os pressupostos nos quais os membros de uma comunidade jurídica moderna se apoiam quando pretendem legitimidade, sem apelar para motivos de ordem religiosa ou metafísica. (...) os direitos fundamentais, reconstruídos no experimento teórico, são constitutivos para toda a associação de membros jurídicos livres e iguais; nesses direitos refletem-se a socialização horizontal dos civis, quase *in status nascendi*³⁵.

Daí, consolida-se um dos maiores desafios do sistema democrático de cunho material: Tentar diminuir as diferenças em relação à distribuição de renda, que se encontra concentrada entre a população economicamente mais abastada, em detrimento da população vulnerável.

Dados publicados pelo IBGE e reproduzidos pelo jornal *O Globo* demonstram que, desde 2001, o desemprego caiu, mas isso não significa melhora

máximo desinteresse e esquecimento por parte das autoridades, a impossibilidade de recurso e protesto por parte do povo. Há um só juiz de direito em toda a região e passamos até um ano sem juiz. São Felix ainda não é um município e certos meios interesseiros querem impedir a sua emancipação. A polícia local – frequentemente mandada para cá por castigo, vende-se com extrema facilidade aos poderosos do comércio ou das fazendas, usa e abusa do seu poder onipotente nos povoados, espanca e xinga e patrocina as imoralidades dos prostíbulos, as “deflorações” e outras irregularidades públicas.

³³ BENACERRAF PARIENTE, Lilian. “La Defensa de los Derechos Sociales”. *Anuario de Derecho de Universidad de Los Andes*, n. 20, p. 73-86, Mérida, 1998. p. 79.

³⁴ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 2003. p. 99.

³⁵ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 2003. p. 169. Em Itálico.

nas condições do trabalhador nas fazendas, que não foi atingido pelas regras do IBGE, segundo o qual a renda do mais rico (parcela de 1% da população) cresceu nos últimos anos mais do que a parcela pobre da população, aumentando a desigualdade.³⁶

Para piorar, há também um sensível desnível, pois não existe mão de obra qualificada para os trabalhadores nas fazendas de gado, o que provoca a “corrida” por empregados sem as mínimas condições, sujeitando-se às adversidades encontradas.

Nos dados encontrados pelo IBGE, publicados por *O Globo*, o programa de transferência de renda - *in casu*, o *Bolsa Família*, do Governo Federal - expandiu-se, aumentando o número de famílias, mas a renda dos mais ricos também cresceu³⁷. Ou seja, o objeto desta pesquisa foi atingido de forma mínima pelo programa do Governo Federal, no que tange aos trabalhadores nas fazendas de gado. Mesmo com o aumento de pessoas abrangidas pelo referido programa, isso não foi o suficiente para estancar os índices elevados do trabalho escravo no país.

Como visto, sendo o trabalho escravo decorrente de problemas multifaciais, dentre eles a grande concentração de terras irregulares e fraudulentas, começou-se, mesmo que minimamente, a agir sobre a problemática. Registre-se que outros órgãos também devem fazer parte deste esforço, como o Iterpa, em nível Estadual, e o Incra, em nível Federal.

Sem dúvida que a *grilagem de terras*, o *desmatamento* e a *miséria* são frutos de uma nova modernidade³⁸. Esta afeta as instituições de todas as formas, e em especial a problemática da grilagem tem permeado sobremaneira o Brasil e, particularmente, o Estado do Pará. O dinamismo social é a pedra de toque no Estado Democrático de Direito e a prática escravagista também tem sofrido suas mutações, como enfatizado por Giddens (1997, p. 9):

Las instituciones modernas difieren de todas las formas anteriores de orden social por su dinamismo, el grado en que desestiman los usos y costumbres tradicionales y su impacto general. No obstante, no se trata de meras transformaciones externas: la modernidad

³⁶ A referência se faz dois anos da posse do Presidente Lula, demonstrando como o quadro se desenhava. O que de fato está comprovado é que a atividade escravocrata está intimamente ligada às condições dos trabalhadores, ou seja, quanto maior o desemprego e as condições de vida forem insatisfatórias, mais possibilidades de trabalhadores serem aliciados para o trabalho escravo.

³⁷ Fonte: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalho/rendimento/pme_nova/>. Acesso em: 23 de outubro de 2013, às 8h30.

³⁸ Dom Pedro Casaldáliga em sua Carta Pastoral destacou que: “*Aos católicos latifundiários que escravizam o povo de nossa região – eles mesmos alienados, muitas vezes pela convivência interessada e cômoda, de certos elementos eclesiásticos- pediríamos, se nos quisessem ouvir, um simples pronunciamento entre sua fé e o seu egoísmo. Não se pode servir a dois senhores. Não adiantará “dar cursilhos” em São Paulo, ou patrocinar o “Natal” do pobre e entregar esmolas as “Missões”, se fecham os olhos e o coração para os peões escravizados ou mortos nas suas fazendas e para as famílias de posseiros que os seus latifúndios deslocam num êxodo eterno ou cercam sadicamente fora da terra necessária para viver*”. Anexo II da tese de doutoramento.

altera de manera radical la naturaleza de la vida social cotidiana y afecta a los aspectos más personales de nuestra experiencia³⁹.

Portanto, com referência aos direitos dos trabalhadores nas fazendas, reduzidos à escravidão, seus direitos sociais e culturais têm sido negados pelo Estado quando não cumpre a sua parte concernente ao emprego de políticas públicas adequadas. A erradicação do trabalho escravo bem como sua detecção ficam praticamente imperceptíveis quando não se praticam as ações necessárias, dentre elas a punição do agente escravocrata em razão do crime praticado⁴⁰.

Dentre essas propostas de erradicação da prática escravagista, propôs a Carta de Marabá a inclusão e o aperfeiçoamento da “lista suja”,⁴¹ indicando aqueles que praticam o trabalho escravo em suas propriedades, não permitindo que recebam incentivos do Governo Federal e fazendo com que haja bloqueio de recursos em andamento quando detectada a escravidão⁴². A problemática encontra-se formada já que vários atores que referendam a escravidão. Louva-se a atitude do Congresso Nacional em aprovar a PEC 438 à unanimidade no Senado Federal⁴³

A perspectiva futura não é animadora já que os dados do IDH apontam melhora insensível na mobilidade dos trabalhadores nas fazendas de gado, tornando ainda uma grande parte delas presas fáceis na mão dos escravagistas.

A única diferença da escravidão de ontem para a executada no século XXI, é que, no passado, a escravidão tinha previsão legal. Hoje, embora ela não exista mais no ordenamento jurídico nacional, sua prática ainda persiste. Esse tipo de escravidão na sociedade brasileira revela um contexto extremamente desigual. Foi detectado o sistema *truck system*, por intermédio do qual se comprovou a venda de produtos para os trabalhadores, de artigos

³⁹ GIDDENS, Anthony. *Modernidad y Identidad del yo. El yo y la Sociedad en la Época Contemporânea*. Traducción de José Luis Gil Aristu. Barcelona: Península, 1997. p. 9.

⁴⁰ Sobre a afirmação de punição para os escravagistas, manifesta-se aqui adesão ao pensamento de Peçes-Barba quando este afirmou: “Os direitos nos protegem contra-ataques não justificados podem ser feitos por meio do direito penal, quer dizer por sanções negativas, aplicando pena. Estamos a afirmar de que a erradicação do trabalho escravo se fará por meio de aplicação de políticas públicas para promover uma igualdade e, de combate a desigualdades instrumentais derivadas da necessidade de satisfação das necessidades desses grupos vulneráveis. São direitos econômicos, de segurança social, de educação, esses direitos derivam de um processo de especificação. Exige, portanto, um esforço coletivo de todos os atores do processo para a transformação. Todavia, quando o fato “trabalho escravo” ocorre, deve-se aplicar o direito penal”, todavia não esquecendo os direitos humanos.

⁴¹ A “lista suja” deve ser implementada de maneira efetiva para que a consecução em torno da erradicação do trabalho escravo tenha êxito. A Carta de Marabá, exporta a integrar o IBAMA, as Secretarias Municipais do Meio Ambiente e/ ou a Sema/Pa, nas ações de fiscalização, tendo em vista o vínculo – conexão delitiva – existente entre o trabalho escravo e diversas infrações ambientais, como o desmatamento ilegal e o funcionamento de atividade lesiva ao meio ambiente sem autorização legal (atividade de carvoejamento), dentre outros delitos. Destaca-se mais uma vez que a atividade escravagista está intimamente ligada ao desmatamento da região.

⁴² Carta de Marabá, disponível nesta tese nos anexos.

⁴³ A matéria ainda depende de regulamentação.

de primeira necessidade aos equipamentos de trabalho a eles fornecidos, o que foi confirmado pelos depoimentos⁴⁴.

Giddens (2009, p. 299) observou: “*La esclavitud es una forma extrema de desigualdad en la que unos individuos son propietarios, literalmente, de otros. Las condiciones legales de la propiedad de esclavos han variado considerablemente en las diferentes sociedades*”⁴⁵.

No Estado Democrático de Direito, o debate centra-se na questão do poder, refletido de forma legítima, de maneira que todos possam ter os direitos e garantias individuais afirmados. Todavia, na presente tese, verificam-se os postulados da democracia abalados pela presença da prática escravagista que persiste, sem sinais de que sua erradicação possa estar próxima.

Os locais de habitação nas fazendas são os piores possíveis, desprovidos de quaisquer direitos básicos que tem um cidadão segundo a constituição brasileira. Na fazenda de C. R., em São Félix do Xingu, percebe-se o estágio de penúria em que viviam os trabalhadores quando da chegada dos Grupos Móveis de resgate. Na Figura 4, a seguir, é possível observar que o telhado é de palha e lona, propiciando tanto no verão como no inverno desconforto no mínimo aos trabalhadores.

Figura 3 – Local de moradia de trabalhador rural na Fazenda C. em São Félix do Xingu



Fazenda C, de C. G. R.

Atividade: criação de bovino para corte. Fonte: acervo pessoal do autor.

⁴⁴ Os depoimentos que confirmam a presente proposição encontram-se acostados nos anexos desta tese.

⁴⁵ GIDDENS, Anthony. *Sociología*. Traducción de Francisco Muñoz de Bustillo. 5. ed. Madrid: Alianza, 2009. p. 299.

Alguns aspectos próprios estipularão as regras de mercado pela divisão do trabalho, determinando as riquezas das nações e o bem-estar dos indivíduos. O que se vai encontrar nesse *jogo de xadrez* é um triste diagnóstico, pois muitos grupos, agindo com interesses próprios, com ânimo de lucro e egoísmo, não reconhecem o Contrato como único instrumento para a relação entre os homens e a propensão a comerciar, traficar e intercambiar⁴⁶.

Os direitos humanos têm importância singular dentro do contexto mundial. Não há dúvidas quanto à necessidade de um discurso de direitos humanos, por meio do qual os direitos do homem devem ser reconhecidos e afirmados pelas nações soberanas, fomentando políticas públicas destinadas a diminuir as desigualdades sociais entre os indivíduos e pugnando por uma vida digna a todos os homens.

Aliás, “vida digna” inexiste entre os trabalhadores nas fazendas diante das condições encontradas pelos Grupos Móveis, que são as piores possíveis. Como demonstrado nas fotos registradas na Fazenda C., a água consumida pelos trabalhadores encontra-se contaminada, propiciando toda sorte de doenças. Difícil acreditar numa política de aproximação de direitos quando existem trabalhadores vivendo nessas condições no Brasil.

Na ação do Grupo Móvel, em 2009, a situação dos trabalhadores era tão deplorável que consumiam água contaminada do poço próximo às habitações. Todos os trabalhadores encontravam-se doentes devido à contaminação da água.

O Direito dos trabalhadores não são respeitados e consequentemente quebrado está a vigência dos direitos humanos, havendo descompasso entre os predicados de democracia convivendo no mesmo espaço com práticas escravagistas.

CONCLUSÕES

Atualmente, sua prática e persistência são perceptíveis e efetuadas por um grupo de escravagistas e, mesmo tendo desaparecido no aspecto legal, continua em franca atividade de forma clandestina e sub-reptícia dentro de um sistema de trabalho degradante, baseado na *servidão*, na *retenção de documentos* e no *distanciamento geográfico*, na *segurança armada* e na *privação da liberdade*.

Outro fator que favorece a manutenção da escravidão é a falta de políticas preventivas fiscalizadoras por parte do Governo. Observou-se que não se levam a cabo ações de inspeção apropriadas, se não existe a “denúncia”

⁴⁶ A tradução é livre de Peces-Barba. De fato, depois da análise feita por Adam Smith, verifica-se que tudo está centrado pela ideia de lucro dos escravagistas, que desrespeitam direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores que por eles são “contratados”. Destaca-se a antítese da solidariedade com a aproximação econômica e de qualquer sentido moral e a disparidades de autores sobre o tema. Suthey, Byron, Carlyle, Dickens, Disraeli e Engels rechaçaram a ideia com veemência.

potencializando-se a sensação de impunidade o número insuficiente de agentes, auditores, procuradores e juízes para conter o grave problema. As ocorrências são feitas pela CPT, que encaminha as demandas as instâncias formais de controle.

A percepção dos implicados sobre a natureza ilegítima da prática escravista é quase nula, apesar da negação da liberdade que supõe a escravidão. Observou-se que os métodos de controle são ineficientes. A escravidão é combatida de modo interno com a aplicação do artigo 149 do Código Penal Brasileiro e com a sobreposição de multas e indenizações, chegando-se à conclusão de serem insuficientes, dado o recrudescimento do fenômeno escravagista. E com o agravante de, acrescido aos pilares sobre a escravidão – *servidão por dívidas, distanciamento geográfico, segurança armada e retenção de documentos e privação da liberdade* – ter sido verificada uma variação acentuada da *segurança armada*. Detectada em 26,7%, sua presença, segundo depoimento dos escravizados, dava-se para a proteção da propriedade de invasores de terra, porém, quando encontrada, servia para a intimidação e a coação dos trabalhadores.

O recrutamento dos trabalhadores nas fazendas se leva a cabo majoritariamente pelo agente denominado “gato”, correspondendo a 67,9% de todo o contingente de escravizados. Comprova-se que, ainda no século XXI, os trabalhadores são facilmente seduzidos por propostas de “trabalho”, em face das condições em que vivem, tanto que alguns escravizados foram vítimas várias vezes do mesmo processo, ora trabalhando para o mesmo fazendeiro, ora em outras propriedades.

A remuneração dos operários é feita sempre pelo serviço total, recebendo o trabalhador adiantamentos pelo trabalho executado, sempre descontado da alimentação e das despesas com viagens. A maioria dos casos, sendo impossível determinar a área total a ser trabalhada, corresponde a 63,6% de todos os trabalhadores alcançados na presente pesquisa. O “peão”, muitas vezes, não recebe os valores previamente combinados pelo seu trabalho, mas acaba submisso, fruto do medo e da dificuldade de fuga das fazendas – quando é possível ocorrer, ele sai da propriedade de carona, alguns em carro de leite ou, mesmo, a pé em grandes latifúndios.

Os discursos pronunciados pelo ex-Presidente Lula nos dois mandatos, bem como pela Presidenta Dilma Rousseff em seus dois anos de Governo, comprometendo-se a erradicação da pobreza e a melhora de condições de vida aos brasileiros, não tiveram aplicação substantiva na erradicação do trabalho escravo nas fazendas de gado, segundo se comprova neste texto.

As causas mais estendidas da escravidão nas fazendas é a *servidão por dívidas* e a *retenção de documentos*, aspectos responsáveis por 83,3% de todo o contingente investigado, confirmando os pilares da OIT. A maior concentração de trabalhadores encontra-se no Estado do Tocantins, representado por 34,4%

do total desta investigação. A conclusão a que se chega é que são os fatores adversos nos locais de origem e a facilidade de se encontrar mão de obra nessas regiões, onde os trabalhadores estão desempregados e sem alternativa, que favorecem a migração.

O baixo número de multas e as ínfimas indenizações recebidas pelos escravizados liberados, junto com a ausência de confiscação de terras, intensificou a sensação de impunidade no Brasil.

O instituto da escravidão como conceito jurídico é largamente comprovado, posto que, no conceito jurídico aqui adotado, houve o cerceamento da *liberdade* dos trabalhadores por meio da proibição de deixarem a propriedade até que toda a “dívida” seja paga. Esta proibição se reflete pela privação da liberdade, pela retenção de documentos, pela servidão por dívidas, além da segurança armada em menor escala. Há evidente coação psicológica dos trabalhadores, e o distanciamento geográfico agrava a situação. Algumas fazendas distavam do centro urbano mais de 180 quilômetros, não sendo fornecido pelo escravagista transporte adequado aos trabalhadores.

Verificou-se também que a principal atividade desenvolvida nas propriedades é a pecuária, responsável por 86,7%, comprovando que esta atividade está umbilicalmente ligada ao desmatamento na região, o que provoca o aumento considerável da devastação e a destruição das espécies da região amazônica.

A violência de gênero foi detectada na presente investigação, correspondendo a mulher a 2,9% do total de escravizados. Elas desempenham atividades laborais na cozinha e na arrumação do acampamento. Algumas acompanham seus maridos e filhos. Aliás, a presença de crianças encontradas corresponde a 2,6%.

A aprovação da PEC 438 no dia 27 de maio de 2014, foi fundamental e importante para o combate a escravidão em terras paraenses. A baixa incidência de multas, as poucas indenizações e o fato de não haver o confisco das terras dos escravagistas aumenta a impunidade no Brasil.

Louvável a atuação da CPT e da DRT nos Estados e do grupo de pesquisa da Universidade Federal do Rio de Janeiro. O acervo de grande monta tornou os dados confiáveis, subsidiando os agentes das instâncias formais de controle na instauração dos procedimentos adequados para a punição dos escravagistas.

Com o diagnóstico pronto, verificou-se que a erradicação do trabalho escravo só se dará com políticas públicas de qualidade, tais como: após o resgate, propiciar ao trabalhador qualificação nos seus locais de origem; promover a implantação de programas agrícolas de sustentabilidade local que permitam ao indivíduo escoar sua produção e, com isso, auferir renda; favorecer o incremento de melhores condições de vida nos municípios; implementar a criação de escolas e projetos profissionalizantes, permitindo ao trabalhador permanecer em seus municípios sem a necessidade de migração à procura de trabalho.

Acredita-se, finalmente, que a prática escravagista, com todas as suas características e incidências nas fazendas de gado no sudeste e sul do Pará, deve sair do plano de uma mera transgressão penal e entrar para o rol de questões atentatórias à dignidade humana, sendo, portanto, de planificação internacional, pois a violação às prerrogativas dos trabalhadores, permitindo que sua liberdade seja cerceada por todos os motivos detectados nesta investigação acadêmica e aqui apresentados, constituem na verdade atos contrários aos direitos humanos. Assim, as violações dos direitos dos trabalhadores escravizados se compreenderiam como atentados contra os *direitos humanos*, que o Estado está obrigado a garantir.

Enquanto não forem aprovadas proposições efetivas para a erradicação do trabalho escravo, no Brasil infelizmente continuará a existir com uma lamentável dicotomia negra na sua história contemporânea: o “*regime democrático*” e a “*prática escravagista*” convivendo em espaço comum, e a presença desta última provocando a derrocada dos postulados de “liberdade”, “igualdade”, “fraternidade” e “solidariedade”.



Egydio Salles

CÁTEDRA VII

DUAS NOTAS SOBRE A AÇÃO RESCISÓRIA E A INTERPRETAÇÃO DO STJ

José Henrique Mouta Araújo

O presente ensaio tem por objetivo analisar dois aspectos ligados à ação rescisória e a interpretação do Superior Tribunal de Justiça (STJ): i) seu cabimento contra decisões que não são de mérito (*em sentido estrito*); ii) qual o Tribunal competente para conhecimento e apreciação da demanda.

Aliás, já possuo outros textos e livros publicados¹ nos quais encontro alguns temas ligados à rescisória, especialmente após as reformas ocorridas ainda no CPC/73 e as advindas do novo diploma processual.

Além das questões ligadas à conceituação dos pronunciamentos de mérito rescindíveis², ganhou força na doutrina processual discussão sobre o cabimento da ação desconstitutiva visando impugnar decisão que, mesmo não sendo de mérito³, impede o reajuizamento da demanda ou mesmo o exame do mérito do recurso pendente. Os exemplos são muitos como, por exemplo, as decisões monocráticas de Relator em recurso, que impedem o julgamento do mérito do apelo; aquelas proferidas na fase de cumprimento de sentença e as chamadas *falsas sentenças terminativas*.

Seguem duas situações comuns da prática forense enfrentadas, antes mesmo da entrada em vigor do CPC/15, pelo STJ:

“Processo civil. Recurso especial. Ação rescisória. Agravo de instrumento. Exceção de pré-executividade. Acolhimento. Execução de título extrajudicial.

¹ Sobre o tema ver, dentre outros, o livro de minha autoria, intitulado *Coisa julgada progressiva & resolução parcial de mérito*. Curitiba, Juruá, 2007, o artigo *Tutela antecipada do pedido incontroverso: estamos preparados para a nova sistemática processual?* Revista de Processo n. 116, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004 e o texto publicado na coletânea em homenagem ao professor José de Albuquerque Rocha (*decisão interlocutória de mérito no projeto do novo CPC: reflexões necessárias*. In O projeto do Novo Código de Processo Civil – Fredie Didier Jr, José Henrique Mouta e Rodrigo Klippel – organizadores, Salvador : Juspodivm, 2011, pp. 219-230).

² ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Decisão rescindível e o novo CPC: aspectos polêmicos e atuais*. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPRo, n. 91 (julho-setembro/2015), pp. 77-95.

³ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda há muito defende a rescindibilidade de decisão que não aprecia o mérito. *Tratado da Ação Rescisória*. Campinas, Bookseller, 2003, pp. 164, 176 e 206.

Extinção. Acórdão ‘de mérito’. Coisa julgada material. Possibilidade de desconstituição via rescisória. Recurso provido. 1- Para a qualificação das decisões como meritórias e, portanto, suscetíveis de rescisão, a análise apenas da linguagem concretamente utilizada mostra-se insuficiente, sendo imperioso perquirir acerca do verdadeiro conteúdo do ato decisório. Deveras, não obstante conclua o órgão julgador pela extinção do processo sem exame de mérito, sob indicação expressa de uma das hipóteses do art. 267 do CPC, pode, de fato, ter incursionado no direito material, passando o *decisum* a projetar efeitos externamente ao processo, inviabilizando-se a rediscussão da matéria e legitimando o ajuizamento de Rescisória. Precedentes. 2 - Trata-se da hipótese dos autos, na medida em que, a uma, o arresto rescindendo, extintivo da Execução de Título Extrajudicial proposta pelo ente bancário, conquanto prolatado em sede de Exceção de Pré-executividade, bem poderia tê-lo sido em Embargos à Execução, pelo que de rigor a respectiva equiparação para fins de produção da coisa julgada material e sua rescindibilidade; ademais, o tema objeto de cognição, introduzido nos autos da Execução mediante Exceção de Pré-executividade, implicou a apreciação da própria relação de direito material, consubstanciando, sim, *decisum* meritório, susceptível, pois, de desconstituição via Ação Rescisória. 3 - Recurso Especial conhecido e provido, determinando-se o exame do mérito da Ação Rescisória pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (REspNº 666.637 - RN - 4ª Turma - Rel. Min. Jorge Scartezzini-J. 09.05.2006 - DJE de 26.06.2006).

“Ação Rescisória ajuizada contra decisão monocrática que negou seguimento ao Recurso Especial do autor - Procedência - Violação a literal dispositivo de lei e erro de fato configurados - Início de prova material que demonstra atividade campesina a partir de 09/07/57 (data do pedido inicial) corroborada pelos depoimentos testemunhais - Precedentes - Aposentadoria por tempo de serviço concedida - Sucumbência fixada - Rescisória procedente. 1.- Para fins previdenciários bastam à comprovação da atividade rurícola o início de prova material corroborada por prova testemunhal. 2.- Erro de fato demonstrado ao não reconhecer a atividade campesina a partir de 09/07/57. 3.- Preenchido o requisito previsto pelo art. 52, da Lei 8.213/91, faz jus o autor à concessão da aposentadoria por tempo de serviço nos moldes do art. 53, II, do mesmo diploma legal. 4.- Ação rescisória julgada procedente” (AR 4089 / SP Rel Min. Moura Ribeiro, Rev. Min. Regina Helena Costa- 3ª Seção- J. 11/06/2014. DJE de 17/06/2014)

Nestes dois casos (*decisão que extingue a execução e pronunciamento monocrático que nega seguimento a recurso*), o STJ já entendia ser cabível a demanda desconstitutiva, mesmo não sendo, em sentido estrito, *decisões de mérito*.

Ademais, também estava sujeita, segundo orientação do Tribunal anterior à legislação processual de 2015, a rescisória a hipótese de falsa carência de ação⁴,

⁴ Vale citar, no tema, as lições de José Roberto dos Santos Bedaque, ao consagrar que o único modo de diferir a categoria das condições da ação do mérito da demanda é pela profundidade da cognição. Se, por exemplo, o juiz, após exame profundo do fato constitutivo afirmado na inicial, conclui pela ilegitimidade da ação, deve ser considerado que a ação não tem fundamento jurídico.

onde ocorre a resolução do mérito, apesar da fundamentação judicial ter sido em sentido contrário⁵. *In casu*, mesmo sendo enquadrada eventualmente a falta de legitimidade ou interesse processual como extinção sem resolução do mérito, na verdade essa falsa carência de ação configura pronunciamento definitivo, se aplicando a teoria da asserção⁶ e, como consequência, está sujeita à rescisória, desde que atendidos os requisitos legais⁷.

Atento a estas e outras situações práticas, o CPC/15 expressamente consagra o cabimento de rescisória em face de decisões transitadas em julgado que, mesmo não sendo de mérito, impedem a repropósito da demanda ou a admissibilidade do recurso correspondente (art. 966, §2º). Como mencionado, aqui estão incluídas as decisões monocráticas de Relatores negativas de seguimento de recurso; algumas proferidas no cumprimento de sentença ou na execução extrajudicial e as hipóteses de falsa carência de ação.

Vale ressaltar que o diploma processual de 2015, ao aprimorar a redação do art. 268 do CPC/73, passa a deixar claro que nos casos de extinção do processo por ilegitimidade ou falta de interesse, a nova demanda a ser proposta deve corrigir o vício anterior (art. 486, §1º). Seguindo este entendimento, portanto, se trata de decisão de mérito, eis que impede o reajuizamento da mesma demanda e poderá provocar, desde que se enquadre em um dos dispositivos do art. 966, do CPC/15, o manejo de ação rescisória.

O outro aspecto relevante a ser tratado neste ensaio diz respeito à análise dos efeitos dos recursos e os reflexos para a ação rescisória, inclusive no que respeita à competência para seu processamento.

No caso concreto, a análise da competência dependerá da apreciação dos efeitos recursais e das questões deduzidas na ação rescisória. Se a *questão (aqui*

midade passiva do réu, na verdade, ele está julgando improcedente o pedido. “Essa visão do fenômeno ‘condições da ação’ amplia a possibilidade de o processo cognitivo terminar com sentença de mérito, afastando o grande número de falsas extinções por carência, que tantos problemas têm causado ao sistema” *Efetividade do processo e técnica processual*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2010, pág. 25.

⁵ “Para a aferição da rescindibilidade é irrelevante o eventual erro de qualificação cometido pelo órgão que decidiu. O que se tem de levar em conta é a verdadeira natureza da decisão. Assim, ‘v. g.’, embora não sejam de mérito (art. 267, nº VI), nem pois rescindíveis as sentenças de ‘carência de ação’, como a que indefere a inicial por ilegitimidade de parte, a situação muda de figura se o juiz, com impropriedade, dissera julgar o autor ‘carecedor de ação’, quando na realidade estava a declarar improcedente o pedido. Corretamente interpretada a sentença, evidencia-se o cabimento da ação rescisória, tal qual se evidencia, na hipótese inversa, o descabimento”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 112

⁶ Ver, no STJ, sobre a teoria da asserção: REsp 1.680/GO, 4ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 13.02.1990; REsp 2.185/GO, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 14.05.1990; REsp 86.441/ES, 1ª Turma, Rel. Min. José de Jesus Filho, DJ de 07.04.1997; REsp 103.584/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 13.08.2001.

⁷ Sobre a falsa carência de ação, ver ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Mandado de segurança*. 6ª edição. Salvador: juspodivm, 2017, pp. 58 e seguintes.

entendida como a violação que enseja o enquadramento nas hipóteses previstas no art. 966 do CPC/15) que sustenta a rescisória é totalmente diferente da enfrentada no recurso ao STJ ou STF, o efeito substitutivo, com o deslocamento da competência, a não a alcanga, pelas seguintes razões: i) o substitutivo está ligado ao devolutivo; ii) os capítulos irrecorridos da decisão não podem sofrer substituição pelo julgado do Grau Superior.

O Enunciado 515, de Súmula da Jurisprudência dominante do STF⁸, consagra a necessidade de análise específica da matéria contida na rescisória e a que foi remetida ao órgão máximo em decorrência da análise do mérito recursal. Da mesma forma, o Enunciado 249, de Súmula da Jurisprudência dominante do STF consagra: “É competente o Supremo Tribunal Federal para ação rescisória quando, embora *não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida*”.

Assim, se na rescisória pretende o autor discutir violação não mencionada no recurso especial ou extraordinário interposto contra a decisão que pretende desconstituir, não houve o efeito substitutivo do recurso conhecido e improvido pelo Tribunal Superior. O caráter substitutivo do apelo está limitado ao devolutivo por extensão – exatamente nos limites dos argumentos suscitados no recurso julgado em seu mérito.

Não é competente o Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, para conhecimento de rescisória contra suposto acórdão ou decisão monocrática de Ministro que conheceu de recurso especial, quando a matéria suscitada na nova demanda é totalmente estranha àquela discutida no recurso (AgRg no REsp 1473844 / SP - Rel. Min Mauro Campbell Marques - J. em 27/10/2015 - DJe 09/11/2015; AR 4697 / PE - Rel. Min Reynaldo Soares da Fonseca - Revisor Min Ribeiro Dantas- 3^a Seção - J. em 28/10/2015 - DJe 06/11/2015; AgRg no AgRg na AR 4824 / RJ, Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 26.06.2013; AgRg na AR 4320 / RS, Segunda Seção, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 28.11.2012; AgRg na AR 4888 / SP, Terceira Seção, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 24.06.2015; AgRg nos EDcl no REsp 1259043 / SC, Segunda Turma, Rel Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 21.05.2013).

Por outro lado, é importante observar a *ampliação da competência do Tribunal Superior* quando há fundamentos na rescisória que foram debatidos nos recursos, acrescidos de outros inéditos. Segundo entendimento firmado na Corte, é competente o STJ “para o julgamento de ação rescisória desde que tenha proferido decisão meritória e que, pelo menos, alguma das matérias

⁸ **Súmula 515/STF:** “A competência para a ação rescisória não é do Supremo Tribunal Federal, quando a questão federal, apreciada no recurso extraordinário ou no agravo de instrumento, seja diversa da que foi suscitada no pedido rescisório”.

suscitadas na ação rescisória tenha sido objeto de sua decisão. Assim ocorrendo, a competência do STJ prorroga-se para o exame das demais matérias deduzidas na ação” (MC 24.443/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 2^a Seção, J. em 10/08/2016, DJe 22/08/2016).

No mesmo sentido, importante citar passagem da Ementa da AR 4.086/RS, Rel. Ministro Massami Uyeda, 2^a Seção, J. em 28/09/2011, DJe 13/10/2011: “nesse contexto, em que o acórdão rescindendo (proferido por esta augusta Corte) decide parte do mérito da causa originária, esta c. Segunda Seção reconhece a competência deste Tribunal Superior para conhecer e julgar a ação rescisória destinada a desconstituir-lo, ainda que o objeto da ação rescisória não tenha sido abordado na decisão rescindenda. Isso porque, nesse caso, somente este Tribunal Superior teria autoridade para rescindir referido acórdão, e não a Instância precedente”.

Aliás, o CPC/15 consagra expressamente a possibilidade de rescisória *contra capítulos de mérito*, nas hipóteses de decisão parcial (art. 356), ou mesmo nos casos em que o interesse do autor for apenas pela desconstituição de um ou alguns dos capítulos da decisão (art. 966, §3º). Logo, há a necessidade de análise cautelosa em relação ao órgão competente para a sua apreciação, com a ampliação da competência do Tribunal Superior nos casos em que o efeito substitutivo do recurso atingiu parte do objeto da rescisória.

O Enunciado 337, do Fórum Permanente de Processualistas Civis consagra que “*a competência para processar a ação rescisória contra capítulo de decisão deverá considerar o órgão jurisdicional que proferiu o capítulo rescindendo*”.

Outrossim, para a verificação da competência é mister não ter ocorrido a decretação de nulidade e retorno dos autos à outra instância. Neste caso, a rigor, nem coisa julgada material ocorrerá, como já entendeu o STJ: “o acórdão que decide, por maioria, anular a sentença por vício de forma não traduz coisa julgada material, pois há, notadamente, renovação da lide na origem, não se admitindo, também por este fundamento, os embargos infringentes” (REsp 1.091.438/RJ, rel. Min. Benedito Gonçalves, 1^a Turma, Julgado em 22/06/2010).

Não se deve olvidar que, no caso de anulação, a previsão da *teoria da causa madura* apenas é consagrada na apelação (art. 1.013, §3º, do CPC/15), pelo que, se o TJ ou TRF anular a sentença e adentrar no mérito da demanda, poderá falar em ocorrência de coisa julgada material após o trânsito em julgado do *decisum*, passando a ser admitida a rescisória na própria Corte local.

Por derradeiro, vale informar que o CPC/15 permite o deslocamento desta demanda desconstitutiva, nos casos de decretação de incompetência do Tribunal, com prévia intimação do autor para emendar a inicial (art. 968, §§5º e 6º, do CPC/15), para o órgão competente, especialmente nos casos em que é ajuizada na iminência do encerramento do prazo bienal (art. 975, do CPC/15).

O STJ tem distinguido, nos casos concretos, o simples erro na propositura da ação rescisória em razão da competência, e o equívoco no ajuizamento em razão da matéria, com diferentes consequências: “no primeiro caso, entende-se possível remeter o processo ao Tribunal competente, porquanto o erro está unicamente na indicação do órgão judiciário competente, mantendo-se incólume a inicial que impugna o correto acórdão a ser rescindido. Na segunda hipótese, ao invés, tem-se vedado a possibilidade da mesma remessa, na medida em que a petição inicial, de modo equivocado, insurge-se contra acórdão diverso, ou seja, contra decisão que não se constitui no efetivo acórdão rescindendo, sendo inviável fazer-se a correção do pedido e da causa de pedir articulados na inicial” (AgInt na Ação Rescisória nº 5.613 - RJ - Rel. Min. Rui Araújo - J. em 23/08/17 - DJ de 15.08.17)⁹.

Estas são as observações relevantes em relação aos dois temas propostos para o presente ensaio.

⁹ No tema, ver também, no STJ: AgRg na AR 4670-RJ, EDcl no AgRg na AR 5364-SC, AR 4515-RN.



Augusto Meira

CÁTEDRA VIII

A INTERVENÇÃO PENAL (PÓS) DEMOCRÁTICA E A (IN) EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS¹

*Clodomir Assis Araujo Junior
Jorge Luiz Oliveira dos Santos*

INTERVENÇÃO PENAL E (PÓS) DEMOCRACIA: UMA ABORDAGEM INICIAL

Utilizando-se da metáfora do supermercado para explicar a ação do Estado, podemos afirmar que subsistem lado a lado, como se em uma prateleira estivessem, produtos democráticos e autoritários (MARTINS, 2010). Estes produtos poderão, ao gosto do detentor do poder político, ser utilizados, uns mais do que outros e vice versa.

Essa figura de linguagem explica como governos autoritários fazem uso de instrumentos democráticos e como governos democráticos, acabam por apresentar nuances, ou cenas contínuas autoritárias.

A atual quadra histórica brasileira é bem peculiar neste quesito. Com 30 anos de estabilização político democrática, consolidada pelo fim do Regime de Exceção e pelo estabelecimento da Ordem Constitucional de 1988; vivemos, talvez, o período de maior importância e distinção desde a proclamação da Carta Cidadã.

Tal peculiaridade, para alguns, como o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Ayres Brito, pode ser entendida como uma “pausa democrática correspondente a um freio de arrumação” (BRITO, 2016).

Bem próxima a esta visão, há quem defenda a existência atual de contexto de crise quanto ao Estado Democrático de Direito. Para esta concepção viveríamos em um momento histórico excepcional em que o “velho”, ou o “antigo”, apresenta sinais de cansaço, mas o “novo” ainda não nasceu.

¹ Trabalho apresentado no VIII Encontro de Pesquisa Empírica em Direito realizado pela Rede de Pesquisa Empírica em Direito ocorrido entre os dias 22 a 24 de agosto de 2018 na Faculdade de Direito de Juiz de Fora/MG, no Grupo de Trabalho 28 – Violência Estatal, Sistema de Justiça Criminal e Democracia de Baixa Densidade.

Ao se falar em crise, portanto, reafirma-se a viabilidade e a sobrevivência de dado fenômeno. A crise do Estado Democrático de Direito, representaria, assim, a permanência em integralidade dos seus fundamentos. Representaria uma situação difícil, excepcional, mas nada a significar a desvinculação a um modelo de organização política, atrelado ao princípio da legalidade estrita (CASARA, 2017).

Entretanto, para além desta visão de irrompimento das balizas fundamentais da democracia, há uma percepção distinta deste discurso docilizador. Um olhar que consegue enxergar que a “crise” passou a ter ares de normalidade, de permanência, um verdadeiro estado permanente de exceção, como explica Casara:

Agora, porém, o quadro é outro: não se trata de recorrer ocasionalmente a um instrumental autoritário em plena democracia, mas de reconhecer que o Estado não pode mais ser tido como democrático em especial diante da forma como trata os diretos e as garantias fundamentais. Não há crise. O que chamam de “crise” é, na verdade, um modo de governar as pessoas. (CASARA, 2017, p.16)

Com efeito, o Sistema de Justiça Criminal passa pela estruturação de um novo paradigma. Entender esta mudança, isto é, compreendê-la, passa iniludivelmente, pelo entendimento das suas bases epistêmicas, tentativa que buscaremos nas próximas linhas.

A LÓGICA EFICIENTISTA, O IDEÁRIO PREVENCIONISTA DA PENA E OS INFLUXOS DA MÍDIA: A BASE EPISTÊMICA PAN PUNITIVISTA

Nesse paradigma (pós) democrático da Justiça Criminal, há uma inegável influência do projeto neoliberal globalizante, verdadeiro núcleo fundamentalizador desta nova forma de gerir as pessoas. Gestão esta, que pode ser entendida como um movimento não homogêneo, por encontrar resistência de alguns pontuais regimes políticos, consistente em uma corrente de pensamento que surge no segundo pós-guerra, na Europa e nos Estados Unidos, com o principal intuito de combater o Estado do bem-estar, pautando-se para tanto nos ideários de liberalismo econômico, individualismo e contenção da intervenção estatal (ROSA; MARCELLINO JUNIOR, 2015).

Os autores destacam, ainda, uma das marcas mais significativas desse novo contexto que é, indubitavelmente, a eficiência. Por forte e irrestrita influência de princípios econômicos ao Direito, a intervenção penal, vista agora por esta lógica eficientista, rende obediência ao binômio custo-benefício. O

Estado penal passa a ser o Estado máximo e policialesco para a segurança da propriedade privada e manutenção dos contratos, e o Estado mínimo para o atendimento aos pleitos sociais.

Com efeito, a expansão punitivista que predomina no ambiente (pós) democrático da Justiça Criminal é, sobretudo, afetação direta do projeto neoliberal globalizante, com proeminência do eficientismo econômico, aonde as regras gerenciais vão substituindo paulatina e perversamente as regras jurídicas. A lógica qualitativa e a efetividade dos direitos fundamentais vão cedendo espaço à lógica quantitativa e gerencial. A Justiça passa a ser diagnosticada pela radiografia dos números, dos programas de metas, daí o alerta proposto por Hayek (*apud* ROSA; AMARAL, 2015, p. 161):

Partindo da proteção da propriedade privada e da autonomia dos contratos, em nome da liberdade e da autonomia dos sujeitos, o modelo de Poder Judiciário Neoliberal pretende que a Jurisdição seja o garante de seus pressupostos, desprezando qualquer pretensão de Justiça Social.

Pari passu temos na espetacularização criminal, o ambiente perfeito para a afirmação desta lógica eficientista. O caso penal sofre uma mutação simbólica marcada pela desnaturação do seu conteúdo, enquanto informe jornalístico eticamente comprometido, para um produto de primeira valia dos conglomerados empresariais de comunicação.

No espetáculo/show penal, pouco espaço, ou nenhum, é permitido ao enredo defensivo. Há uma perversa predominância da narrativa acusatória. As exceções permitidas, em sua maioria acabam por reduzir a atividade defensiva a meros joguetes e estratagemas, por vezes até demonizando a figura dos atores que ousam resistir à fúria punitiva.

Também em linha de consequência, verificamos uma incontroversa diminuição da dimensão de garantia inerente à intervenção penal no Estado Democrático de Direito, cedendo espaço ao exponencial crescimento da dimensão de entretenimento (CASARA, 2017).

Essa priorização da diversão/entretenimento da narrativa jornalística em relação ao caso penal não passou despercebida da reflexão de Llosa (2013, pp. 121/122):

O avanço da tecnologia audiovisual e dos meios de comunicação que serve para contrapor-se aos sistemas de censura e controle nas sociedades autoritárias, deveria ter aperfeiçoado a democracia e incentivado a participação na vida pública. Mas teve efeito contrário, por que em muitos casos a função crítica do jornalismo foi distorcida pela frivolidade e pela avidez de diversão da cultura reinante [...] O jornalismo escandaloso é um perverso enteado da cultura da liberdade.

Vemos, portanto, uma predominância do discurso moralizante e eficiente da intervenção penal ligados pela “avidez de diversão”. A atividade crítica de controle do poder punitivo, através da denúncia dos abusos, função das mais importantes da mídia no ambiente democrático resta completamente minimizada atualmente.

Nesse horizonte o “cão de guarda” da democracia, a mídia, aquela que deveria protegê-la, paradoxalmente passa a incentivar o exercício do poder punitivo, alimentando a atividade coercitiva do Estado (GOMES, 2015).

Da conjugação do ambiente midiático, que hoje prevalece na narrativa criminal, com a lógica eficientista aplicada à prestação jurisdicional, temos o *locus* perfeito para as sentenças condenatórias, decisões de indeferimento de liberdade, decretações de prisões processuais. A justiça eficiente seria, portanto, aquela que condena, que aplica decisões punitivas de forma midiática e mais ainda, aquela que atua com forte crença no caráter prevencionista da intervenção penal.

Sendo possível dizer, que o ideário prevencionista do Direito Penal é uma das principais bases epistêmicas do populismo penal/pan punitivismo. Para além de toda a representação do projeto neoliberal de gestão das massas indesejadas, a intervenção penal expansionista ocorre, ainda, por consequência deste “senso comum teórico”² preventivo arraigado no Sistema de Justiça Criminal.

Parte deste ideário prevencionista do Direito Penal pode ser entendido como integrante da chamada Racionalidade Penal Moderna, teorização proposta por Álvaro Pires, segundo a qual desde o século XVIII as ideias penais predominantes no Ocidente de uma forma, ou de outra vincularam a intervenção penal à aplicação das penas aflitivas. “O sistema penal projeta um auto-retrato identitário essencialmente punitivo, em que o procedimento penal hostil, autoritário e acompanhado de sanções aflitivas é considerado o melhor meio de defesa contra o crime (só convém uma pena que produza sofrimento)” (PIRES, 2004, p. 42).

Punimos bastante, punimos sem limites, justamente por acreditar plamente que a tutela penal é um instrumento capaz de prevenir os conflitos (crimes) e de proteger os bens jurídicos. Eugênio Raúl Zaffaroni afirma que essa crença seria uma espécie de “esquizofrenia normativa” (ZAFFARONI, 2015).

² Luis Alberto Warat explica que “[....]a expressão ‘senso comum teórico’ designa as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito. Trata-se de um neologismo proposto para que se possa contar com um conceito operacional que sirva para mencionar a dimensão ideológica das verdades jurídicas....Resumindo: os juristas contam um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político da investigação de verdades. Por conseguinte se canonizam certas imagens e crenças para preservar o segredo que escondem as verdades. O senso comum dos juristas é o lugar do secreto (WARAT, 1994, pp.13/14).

Algo que a Criminologia Crítica há mais de 50 anos vem se concentrando em desvendar; porém, subsisti e hoje é reafirmada pela espetacularização da Justiça Criminal que usa e abusa do argumento da suposta impunidade que haveria no Brasil.

Nesse sentido, os incautos apostam todas as suas fichas na intervenção penal, formatando o combustível ideal que alimenta a máquina do poder punitivo. “Doce ilusão”, como alertam (ROSA; AMARAL, 2015, p.175):

É claro que os viciados em punição e que apostam suas fichas no Direito Penal, num país com a terceira posição no ranking de segregados, pensam que se prende pouco. Esses deveriam entender que o Direito Penal não pode dar mais do que se pede a ele, ou seja, o Direito Penal sempre chega atrasado e não possui os efeitos que promete. O Direito Penal engana quem deseja ser enganado.

Poderíamos supor, então, que a tríade: Eficientismo Penal - Espetacularização da Justiça Criminal - Ideário Prevencionista do Direito Penal, formariam o núcleo epistêmico da intervenção penal (pós) democrática. Seria a base central que alimenta e fomenta a tutela penal expansionista dos dias atuais.

MINIMIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: QUANDO A INFLUÊNCIA DO IDEÁRIO PREVENCIONISTA COM A LÓGICA DA EFICIÊNCIA ANIQUILAM O DIREITO FUNDAMENTAL EM UM AMBIENTE DE ESPETÁCULO

A presunção de inocência é um dos pilares democráticos do Sistema de Justiça Criminal Brasileira. No entanto, em um breve recorte neste sistema penal, não se percebe dificuldade alguma para atestarmos a evidente minimização deste direito fundamental. O dia a dia da intervenção penal, no Brasil, é rico em exemplos desta natureza.

Essa baixa efetividade tem causas cognitivas que se vinculam à própria incompreensão de significado deste importante postulado. Questionamentos básicos como: o que é; por que existe e para que foi concebida, passam longe da maioria dos protagonistas penais (MORAES, 2010).

Para além deste déficit cognitivo, existe outro influxo bastante relevante, cremos que seja o principal, e que não pode ser desprezado na perquirição da sua baixa efetividade. Falamos exatamente da própria conjugação do ideário prevencionista da pena com a lógica eficientista judicial, que prevalecem hoje no ambiente espetacular do sistema penal pátrio. Essa tríade conjugação implica em uma forte proposição utilitarista da intervenção penal, levando em muitos casos os seus operadores a optarem por ações adequadas a esta lógica.

Resultado disto são as várias correntes hermenêuticas autoritárias, que hoje sobressaem no nosso Sistema de Justiça e que influenciam brutalmente para a baixa densidade da presunção de inocência. Práticas autoritárias, inclusive chanceladas por órgãos judiciais que a princípio guardariam como função constitucional resguardar as garantias e os direitos fundamentais.

Uma projeção de autoritarismo que verificamos de forma vertical e automatizada, algo totalmente mecanizado e acrítico. Tribunais fixam em determinados casos entendimentos, tidos como intransponíveis, em uma inegável banalização da atividade judicial, onde se distingue a “aderência consumista aos julgados da moda” (ROSA; AMARAL, 2015, p. 168).

Como exemplo, vejamos a hermenêutica judicial que vem prevalecendo nos casos de estupro³. Há sedimentado entendimento de que a palavra da(o) ofendida(o) possui extremo valor probatório, quando aliada a outros elementos de prova. Aliás, esta justificativa, consonância da versão da vítima com o conjunto probante, tem sido utilizada para, em verdade, empreender uma prática jurídica extremamente perniciosa à presunção de inocência, em vista do seu aspecto de norma de juízo (MORAES, 2010).

Sob o pálio de que o suposto *modus operandi* deste tipo delituoso, em regra faz uso de subterfúgios que impedem, ou dificultam testemunhas presenciais, ou outro tipo de prova, percebemos na prática uma cruel inversão do ônus probatório. Existe, portanto, uma carga de responsabilidade ao imputado exponencialmente inversa à presunção de inocência que ele deveria gozar como direito fundamental.

Essa minimização ganhará reforço a depender, se o caso penal estiver em foco nas lentes e páginas do “espetáculo criminal”, *locus*, perfeito para decisões/intervenções permeadas pelo ideário prevencionista da pena. Nestes casos, as decisões absolutórias ou concessivas de liberdade, são atacadas com a pecha da profanada ineficiência judicial. Um ato de extrema “coisificação” do homem. Como se pudéssemos concretamente medir a eficiência de uma prestação judicial criminal, tão somente pela sua disposição sobre a procedência ou não da imputação acusatória.

Em outra vertente, porém, na mesma toada da minoração da presunção de inocência, agora em relação ao seu viés de norma de tratamento (MORAES, 2010), verificamos a exposição midiática implementada pela imprensa em alguns casos. Investigados e acusados expostos, sem qualquer observância aos preceitos que lhes asseguram o tratamento como inocentes, antes do trânsito em julgado da sentença. Uma draconiana atividade que separa a teoria e o mundo normativo através de um abismo com a prática do sistema penal.

³ Nesse sentido ver a decisão no AgRg no HC 450539/MG/STJ. Rel Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br>>. Acessado em <6 de julho de 2018>.

Distâncias que até os cegos conseguem enxergar, mas que alguns atores criminais resistem em aceitar. “Essa exposição faz parte do ônus de ser acusado” ou então “ele pode requerer uma indenização por danos”, diriam os mais céticos em relação à violência do sistema penal brasileiro. De certo mesmo, resta-nos a certeza de que ser tocado/escolhido pelo sistema penal, definitivamente “é missão para os fortes”, para não deixar de usar o clichê da moda.

Essa intervenção midiática ganha relevos, ainda mais substanciais, quando orquestrada e institucionalizada, pelas próprias agências oficiais do sistema penal. Vide as coletivas de imprensa onde agentes estatais, com o devido “banner” oficial, ainda em fase de perquirição criminal, ou em prematura fase judicial “sentenciam” meros investigados/recém denunciados, os condenando, talvez à mais desumana das penas: o linchamento público e moral. Pena irreversível.

Presunção de inocência? Para quê, ou melhor, para quem? Quem manda se envolver em falcatrucas. Quem manda ser estuprador, corrupto. Esse jargão há muito atravessou o senso comum e hoje parece enraizado no seio do Sistema de Justiça Criminal Brasileira, com outras palavras é claro, mas com o mesmo direcionamento teleológico utilitarista e com pilares científicos e filosóficos próprios: em certos casos mais graves, os direitos fundamentais não são necessários, existe um “interesse coletivo” sobreposto justificando a seleção oficial dos cidadãos e dos inimigos (SANTOS, 2018).

Essa onda minimizadora da presunção de inocência, antes mais sentida pela clientela habitual do sistema penal, chegou aos “intocáveis”, a elite social e política envolta à chamada “criminalidade econômica”. Com a propulsão do discurso punitivista de diminuição da seletividade, as agências penais, voltam suas armas para os crimes do colarinho branco. Uma expansão penal iniciada na década de 90 e que hoje resta consolidada. Reforço, inegável à intervenção penal calcada nas bases prevencionistas, com forte apelo midiático de “democratização penal”, seu novo aporte justificador: todavia, antes de diminuir a seletividade, apenas e iniludivelmente somente concretiza um novo nicho de “bodes expiatórios”.

Espelho simétrico desse movimento foi a mudança de entendimento implementada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do Habeas Corpus 126292/SP em relação à possibilidade da execução provisória da pena, em casos de condenações em segundo grau de jurisdição, ainda pendentes de recursos às instâncias superiores.⁴

Em primeira lente este possa parecer o golpe mais profundo, deste movimento, igual à onda do mar quando arrebenta com a força pujante o seu adversário. Em que pese a sua proeminência e amplitude, pois operada pela

⁴ Disponível em <www.stf.jus.br>. Acessado em <06 de julho de 2018>.

nossa Suprema Corte Judicial, não possui, ao nosso olhar, o mesmo vetor que as práticas penais entranhadas na hermenêutica autoritária prevalente no sistema penal pátrio. Tais práticas subversivas da presunção de inocência são afirmadas cotidianamente pela engrenagem criminal e reafirmadas pela mídia espetacular que aborda o caso penal sob o enfoque do entretenimento. Daí a sua maior lesividade, pois opera no *day to day*, ainda que lentamente. Destroi o seu prisioneiro, no caso a presunção de inocência, não pela sua força, mas pela sua persistência.

Apesar de parecer menos letal ao sistema de garantias e direitos fundamentais, esse giro interpretativo concretizado pelo STF, autorizando a execução provisória da pena, tem um efeito simbólico devastador. Questionamos em outra letra: se o Tribunal a quem a Constituição atribuiu a sua guarda maior, desnatura um preceito fundamental da relevância da presunção de inocência, quem poderá questionar as iniquidades diárias praticadas no e pelo sistema penal?

Essa “Operação de Hermes” do Supremo, muito além de minimizar o direito fundamental a presumir-se inocente, antes do trânsito em julgado, destroçando o seu significado, historicamente construído, desponta como um inexorável coroamento de uma política criminal, há tempos consolidada no nosso sistema criminal. Política penal pautada em bases teóricas eminentemente eurocêntricas, onde o ideário prevencionista da intervenção penal é um dos sacros santos dogmas. A mesma crença intangível de que a normatização criminal consegue proteger os bens jurídicos. Nada mais epistemologicamente distante da nossa assombrada realidade (CACICEDO, 2017).

UM OLHAR PARA A INTERVENÇÃO PENAL COM A LENTE DO PENSAMENTO PÓS ABISSAL: A NECESSÁRIA CONTENÇÃO PUNITIVA

Compreender o atual ciclo autoritário da intervenção penal nacional, onde verificamos um desmedido movimento de contração do sistema de liberdades públicas, nos obriga a uma reflexão antecedente sobre a própria dialeticidade entre o estado de direito e o estado policial.

O estado de direito possui duas importantes projeções: o estado de direito histórico e o estado de direito ideal. O estado de direito histórico representa uma projeção concreta, retrospectiva, algo realizado no mundo. Nele se encontra “encapsulado” o estado de polícia, ligado às decisões/arbítrios dos governantes. Já em um plano abstrato temos o estado de direito ideal, uma projeção para o futuro, onde todos estão submetidos igualmente à lei. O estado de direito ideal funciona como o “farol do poder jurídico”, não sendo outra coisa senão um “elemento orientador dos estados de direito históricos e reais, nunca realizados plenamente no mundo” (ZAFFARONI, 2007).

Nessa dialética relação, estado de direito histórico e estado policial, adquire relevo majoritário o poder punitivo, inserido neste último como um verdadeiro capítulo. Trata-se de um poder autoritário, violento, verticalizador e reprodutor de antagonismos sociais, que seleciona vítimas e criminalizados por suas vulnerabilidades, sacrificando seus operadores em uma imagem eminentemente bélica (ZAFFARONI et al, 2006).

Grande parte do expansionismo penal vivenciado nos dias atuais decorre inexoravelmente da ausência de contenção do poder punitivo. Este “capítulo” do estado policial atua com maior expansão, distanciando cada vez mais o estado de direito real e histórico da sua projeção ideal.

Nesse horizonte expansivo, cada vez mais se sobreleva a função de contenção do poder punitivo, cujo exercício deve ser guiado justamente pelo direito penal a quem caberá planificar as decisões judiciais, impedindo o puro impulso das agências executivas e políticas.

A questão reside inicialmente neste ponto: e quando essa contenção não funciona? Zaffaroni nos remete a uma fundamentada ponderação:

Em la medida em que el derecho penal (la doutrina), como programador del poder jurídico de contención del estado de policía, deje de cumplir esa función, o sea, em la medida em que legitime el trato como enemigos de algunas personas, renuncia al principio del estado de derecho y con ello acuerda espacios de avance del poder punitivo sobre todos los ciudadanos y abre el espacio al estado de policía, o sea, cede terreno em su función de contención o dique en permanente resistencia (ZAFFARONI, 2007, p. 167).

A ausência, ou falha, na contenção punitiva que deveria ser exercida pelo direito penal, como vimos, gera proporcional expansão do estado policial. Com efeito, isto nos remete a uma nova observação: qual a razão do direito penal ao longo da nossa história vir seguidamente falhando nesta função de contenção? Os atores criminais, mormente os integrantes das agencias judiciais, de fato introjetaram esta função de “dique” do poder punitivo?

A resposta desponta um tanto complexa, mas absolutamente proporcional à questão, vamos ao ponto.

UM PONTO FINAL OU ALGUNS ARREMATES FINAIS

O discurso jurídico penal predominante no Brasil, bem como em toda a América Latina, com forte prevalência da visão preventiva da intervenção penal, bebeu em fontes epistemológicas eurocêntricas. As formulações dogmáticas penais foram, desta forma, importadas com forte predominância da fonte ítalo-germânica. Mais recentemente vem predominando a influência alemã,

haja vista o destacado aporte técnico de suas proposições dogmáticas, todas, frise-se, plantadas em bases sociológicas consensuais, inobservando, portanto, a nossa incontornável conflitividade social (CACICEDO, 2017).

Por consequência dessa importação teórica dogmática, a nossa prática judicial criminal explode em ações diametralmente opostas a contenção punitiva redutora da violência estatal, embarcando na viagem infinita dos fins simbólicos da pena e do poder punitivo, vale dizer, proteção dos bens jurídicos e prevenção de conflitos.

Essa transposição acrítica dos aportes teóricos criminais não foi esquecida pela lente de Zaffaroni:

Así como no parece razonable ofrecer a un gobierno un proyecto elaborado para un Estado que dispone de recursos financieros muy superiores(ni tampoco lo contrario), no parece políticamente correcto que quiera ofrecerse el mismo proyecto de jurisprudencia a operadores judiciales que forman parte y son adiestrados en estructuras de poder por completo diferentes y, por ende, con perfiles de jueces y funciones también distintos. Esto fue, por lo general, ignorado en Latinoamérica donde, ante la ausencia de teorizaciones propias com alto nível de elaboración, nos hemos introducido en la técnica jurídica com modelos muy elaborados, pero destinados a judiciales europeos continentales (ZAFFARONI, 2005b, p. 79)

A prática de importação teórica em questão se reproduz como um todo nas ciências sociais. Não é exclusiva do direito, quanto menos da dogmática penal. Arrima-se em um falso universalismo que a produção nortecêntrica e eurocêntrica tenta sustentar. Um pensamento abissal que divide as sociedades por uma linha, a linha abissal, divisora da sociedade em dois grandes grupos, as sociabilidades metropolitanas e as sociabilidades coloniais. Este pensamento reproduz, ainda, o capitalismo, o colonialismo e o patriarcado, nas suas mais perversas versões. Essa epistemologia do norte, desta forma, é incapaz de visualizar as regionalidades do sul global (SANTOS; MENDES, 2017).

Neste arremate final, vale a importante ressalva de que não se trata de demonizar a produção epistemológica do norte global, muito pelo contrário. A questão situa-se em desvelar a sua incapacidade e limitação para tratar de conflitos surgidos em um marco político, cultural, econômico e social diversos dos que lhes fundaram.

A ultrapassagem deste pensamento colonizador depende fundamentalmente das epistemologias do sul, ancoradas nas experiências de resistências do sul “anti-imperial” e “epistemológico, não-geográfico” (SANTOS; MENDES, 2017, p.16).

Nesse lineamento a proposição de um direito penal atrelado à função de contenção do poder punitivo, nos parece muito mais adequada à nossa sociabilidade conflitiva, marcada pela indelével mancha de sangue do genocídio

que vem sendo verificado no sistema penal. Em vista disso, uma intervenção penal que se autodenomine democrática - concretizadora das liberdades públicas - não pode escornar a contenção do poder punitivo como função prioritária dos seus agentes judiciais, sob pena, de uma profunda minimização da sua densidade democrática, tal qual hoje vivenciamos.

REFERÊNCIAS

- BRITO, Carlos Ayres. YouTube.(2016, Abril 23). **Brazilian Conference 2016 - pausa democrática /freio**
- CACICEDO, Patrick. **Pena e Funcionalismo: Uma análise crítica da prevenção geral positiva.** Rio de Janeiro: Revan, 2017.
- CASARA, Rubens. **Estado Pós – Democrático.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.
- GOMES, Marcus Alan. **Mídia e Sistema Penal: as distorções da criminalização nos meios de comunicação.** Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- LLOSA, Mario Vargas. **A Civilização do Espetáculo: Uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.
- MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito: *the brazilian lessons*.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- PIRES, Álvaro. **A Racionalidade Penal Moderna: o Público e os Direitos Humanos.** In **Novos Estudos.** N 68. Março 2004. São Paulo, pp. 39/60.
- ROSA, Alexandre Morais da; AMARAL, Augusto Jobim do. **Cultura da Punição: A Ostentação do Horror.** Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
- ROSA, Alexandre Morais da; MARCELINO JUNIOR, Julio Cesar. **O Processo Eficiente na Lógica Econômica: Desenvolvimento, Aceleração e Direitos Fundamentais.** Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
- SANTOS, Boaventura de Souza; MENDES, José Manuel Mendes. **Demodiversidades Imaginar Novas Possibilidades Democráticas.** Lisboa: Almedina, 2017.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal do Inimigo – ou o discurso do direito penal desigual.** Disponível em <<http://icp.org.br/artigos/>>. Acessado em 26 julho 2018.
- WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral do Direito – Interpretação da lei, temas para uma reformulação.** Vol. I. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I.** Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- _____ **El Enemigo en el Derecho Penal.** Buenos Aires: Ediar, 2007.
- _____ **En Busca de Las Penas Perdidas.** Buenos Aires: Ediar, 2005a.
- _____ **Em Torno de La Cuestión Penal.** Buenos Aires: B de F, 2005b.
- _____ YouTube. (2015, Novembro 03). **A importância da criminologia para o direito e processo penal.**



Orlando Teixeira da Costa

CÁTEDRA IX

O GRITO DE BRUMADINHO: O ROMPIMENTO DA BARRAGEM DO CÓRREGO DO FEIJÃO E SUAS IMPLICAÇÕES NA PERSPECTIVA DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

*André Augusto Malcher Meira
Fernanda Antunes Marques Junqueira
Ney Maranhão*

*O Rio? É doce.
A Vale? Amarga.
Ai, antes fosse
Mais leve a carga.*

*Entre estatais
E multinacionais,
Quantos ais!*

*A dívida interna.
A dívida externa
A dívida eterna.*

*Quantas toneladas exportamos
De ferro?
Quantas lágrimas disfarçamos
Sem berro?*

(Carlos Drummond de Andrade)

1. COMO INTRODUÇÃO: *UM POUCO DE MINAS GERAIS*

Minas Gerais é terra de montanhas, colinas e vales. É o berço do mineiro; do queijo; da goiabada e do “uai”. É solo fértil, rico, do ouro, do café, da pedra. Por suas veias, corre o Rio São Francisco. Pelos seus montes, estende-se

a Mata Atlântica. No seu dorso, repousa a face esplendorosa do sol. Terra de Aleijadinho e de Carlos Drummond de Andrade. Lugar de grandes riquezas.

Não à toa que forasteiros se encantaram. Pouco tempo depois, as britadeiras chegaram. A montanha se resumiu a pó. Foi-se o ouro. O brasão é de ferro. O ferro é da Vale que, em Minas Gerais, fez morada.

Itabira, Mariana, Ouro Preto, Sabará, Brumadinho foram as cidades eleitas. De suas sacadas, porém, viram finar-se o reino. As serras pulverizaram-se, britadas em bilhões de lascas, “deslizando em correia transportadora, entupindo 150 vagões, no trem monstro de cinco locomotivas – trem maior do mundo, tomem nota”¹.

Fugiu a serra, permaneceu o mísero pó de ferro e este não passa.

Fala-se do pó de Mariana, que, em 05 de novembro de 2015, marcou a paisagem daquela região com a sua dura e inelutável geografia. Concebido como o maior crime ambiental da história brasileira, o rompimento da barragem de Fundão, controlada pela Samarco Mineração S.A, um empreendimento conjunto da Vale S. A. e da BHP Billiton Brasil Ltda., despejou, sobre o vale do córrego de Santarém, 62 milhões de metros cúbicos de rejeitos de mineração.

O subdistrito de Bento Rodrigues foi soterrado pelo mar de resíduos que se formou. As águas foram estagnadas; a terra envenenada; as casas aniquiladas; os bosques naturais extermínados; os camponeses foram expulsos de seus lares, vegetando nos subúrbios das grandes cidades, tentando consumir o que antes produziam. Dezenove mortes contabilizadas.

Fala-se do pó de Brumadinho, que, há pouco mais de três anos do episódio fatídico de Mariana, em 25 de janeiro de 2019, reabriu as cicatrizes de uma terra ferida pela exploração descompromissada com a sustentabilidade, traduzindo-se no maior acidente de trabalho experimentado pela história brasileira.

O rompimento da barragem do Córrego de Feijão, controlada pela Vale S.A., apagou o verde das colinas. Fez da serra, lama. Do lar, memória. Do presente, incerteza. Da vida, incógnita. Mais de 200 pessoas desaparecidas. 394 resgatadas. 176 desabrigados. 121 mortos, dentre os quais 114 foram identificados.²

Uma terra em dor; contaminada pela cobiça; ferida pela ambição; indignada pelo descaso com o ser humano; angustiada pelos bens que foram destruídos; entristecida pelos braços que foram soterrados; pesarosa pelo esfarralamento do valor social do trabalho; zurzida pela exploração; obliterada pela carência de humanidade.

¹ ANDRADE, Carlos Drummond de Andrade. *A montanha pulverizada*. Disponível em <https://dialogo-sessenciais.com>. Acesso em data de 29/01/2019.

² Por ser um fenômeno recente, até a data de elaboração deste artigo, notas oficiais relatam a morte de 121 pessoas, estando 200 listadas como desaparecidas. Essa informação, todavia, está sujeita à flutuação à medida dos procedimentos de busca pelas equipes responsáveis.

Até quando a história se repetirá? Quantas *Marianas* e quantos *Brumadinhos* haverão de somar-se para que o homem repense a forma como interage com o meio ambiente? Quantos trabalhadores haverão de sucumbir-se para se implementar medidas de prevenção com responsabilidade e responsividade? Qual será o legado desta geração para as vindouras?

Nas linhas seguintes, talvez, se encontre respostas para tais indagações. Se não prontas, mas, possivelmente, marcos de reflexão. Reflexão sobre o meio ambiente do trabalho e a importância de sua preservação. Reflexão sobre a necessidade de adoção de mecanismos de salvaguarda da incolumidade física e psíquica do trabalhador a partir dos marcos regulatórios nacional e internacionalmente editados. Reflexão sobre a centralidade do trabalho e do ser humano, em toda a sua inexorabilidade.

O caminho já foi nivelado pela Constituição de 1988, paço dos direitos fundamentais, morada da democracia e dos mais caros valores conquistados pela Nação. A experiência catastrófica do pó de Mariana e de Brumadinho demonstrou, ao custo de vidas, fauna e flora, que a prevalência do capital em detrimento da pessoa humana conduz, inevitavelmente, à barbárie.

Minas Gerais não será a mesma. Ainda será a terra do mineiro, do pão de queijo, do diminutivo. Mas, ainda assim, marcada pelas agruras cometidas pelo capital sem freio, muros e bagagens. Espera-se, ao menos, que o pó de lá sirva de lição e alerta para o restante do mundo. Ou o homem muda de curso, preservando as condições de vitalidade da Terra ou o abismo o aguardará.

2. COMO PERGUNTA: *O QUE ACONTECEU?*

Tarde do dia 25 de janeiro de 2019. Estavam os trabalhadores diretos e terceirizados da empresa Vale S.A. executando ordinariamente seu nicho de atribuições na Mina do Feijão, situada na cidade de Brumadinho/MG. Alguns lotados na área administrativa. Outros aguardando o carregamento e o descarregamento do minério. Havia quem estivesse em gozo do intervalo destinado à alimentação, apresentando-se no refeitório da empresa.

Logo ali ao lado, um pouco acima, ficava a barragem de rejeitos de mineração, construída segundo o sistema de alteamento para montante³, método menos oneroso e mais simples de depósito dos dejetos minerários.

³ O método para montante consiste, inicialmente, na construção de um dique inicial ou de partida, utilizando-se geralmente aterro compactado ou enrocamento. Os rejeitos são descarregados hidráulicamente, por meio de canhões ou hidrociclones, desde a crista (parte mais alta) do dique de partida, formando uma praia de rejeito que, com o tempo, será adensada e servirá como fundação e fornecerá material para futuros diques de alteamento, que serão construídos com o próprio material do rejeito. O processo é repetido até que seja atingida a cota de ampliação prevista no projeto. (in: RAFAEL, Herbert Miguel Angel Maturano. *Análise do potencial de liquefação de uma barragem de rejeito*. Pontifícia Universidade Ca-

Nos arredores da região, os moradores estavam a executar suas tarefas na lavoura, no campo, ou, então, deleitando-se em casas de hospedagem para apreciar a paz e a vista da serra que corta a paisagem. Ou, quem sabe, para visitar o museu a céu aberto de Inhotim, pérola das Minas Gerais.

Nada fora do cotidiano usual de uma típica cidade do interior.

Cenário que mudaria, por completo, pelas voltas do relógio, aproximadamente às 13:37 daquela tarde.

De súbito, sem aviso ou anúncio prévio, Brumadinho se viu arroubada pela lama, sem tempo para socorro e clemência. Mais uma tragédia a se somar na conta das Gerais, a cuja dívida nem o minério mais refinado é capaz de suportar. O sempre efêmero sopro das glórias e o peso sempre perdurável das catástrofes.

Do total de vítimas, a maior parte é de trabalhadores que, ao tempo do rompimento, prestavam serviços direta ou indiretamente para a Vale.

Em relação ao dano ambiental, a que se pode atribuir a qualificação de *ecocídio*, aproximadamente 12,7 milhões de metros cúbicos de rejeitos foram despejados pelo rompimento, com a contaminação do solo, subsolo e dos recursos hídricos que abastecem a região.

Os trabalhadores que vivem da pesca não encontrarão nas águas do Rio Parapeba os peixes de outrora. O agricultor e pecuarista procura seus campos férteis, mas não os encontrarão. Os desalojados migrarão para outros centros, levando na bagagem a memória do lar que perdeu e a incerteza do futuro que se avizinha. Apenas alguns dos efeitos deletérios de ordem macrossocial advindos da exploração desconectada com os axiomas fundantes da ética ambiental.

Em nota, a Vale afirmou que:

A Barragem I da Mina Córrego do Feijão tinha como finalidade a disposição de rejeitos provenientes da produção e ficava situada em Brumadinho (MG). A mesma estava inativa (não recebia rejeitos), não tinha a presença de lago e não existia nenhum outro tipo de atividade operacional em andamento. No momento, encontrava-se em desenvolvimento o projeto de descomissionamento da mesma. A barragem foi construída em 1976, pela Ferteco Mineração (adquirida pela Vale em 27 de Abril de 2001), pelo método de alteamento a montante. A Barragem I possuía Declarações de Condição de Estabilidade emitidas pela empresa TUV SUD do Brasil, empresa internacional especializada em Geotecnica. As Declarações de Condição de Estabilidade foram emitidas em 13/06/18 e em 26/09/18, referentes aos processos de Revisão Periódica de Segurança de Barragens e Inspeção Regular de Segurança de Barragens, respectivamente, conforme determina a portaria DNPM 70.389/2017. A barragem possuía Fator de

tólica do Rio de Janeiro. Departamento de Engenharia Civil, 2012). Pelos riscos ambientais que oferece, o método de alteamento para montante é proibido no Chile e no Peru e conta com pouca utilização nos Estados Unidos e na Europa.

Segurança de acordo com as boas práticas mundiais e acima da referência da Norma Brasileira. Ambas as declarações de estabilidade mencionadas atestam a segurança física e hidráulica da barragem.

A Barragem passava por inspeções de campo quinzenais, todas reportadas à ANM (Agência Nacional de Mineração) através do SIGBM (Sistema Integrado de Gestão de Segurança de Barragens de Mineração). Sendo que a última inspeção cadastrada no sistema da ANM foi executada em 21/12/18. Adicionalmente, a mesma passou por inspeções em 08/01/19 e 22/01/19, com registro no sistema de monitoramento da Vale. O cadastramento da inspeção na ANM, conforme legislação, deve ser executado até o final da quinzena seguinte. Todas estas inspeções não detectaram nenhuma alteração no estado de conservação da estrutura. A Barragem possuía 94 piezômetros e 41 INAs (Indicador de Nível D'Água) para seu monitoramento. As informações dos instrumentos eram coletadas periodicamente e todos os seus dados analisados pelos geotécnicos responsáveis pela barragem. Dos 94 piezômetros, 46 eram automatizados.

A Barragem possuía PAEBM (Plano de Ações Emergenciais de Barragem de Mineração), conforme determina portaria DNPM 70.389/2017. O mesmo foi protocolado nas Defesas Civis Federal, Estadual e Municipal, entre os meses de junho e setembro de 2018. O PAEBM foi construído com base em um estudo de ruptura hipotética, que definiu a mancha de inundação. Além disso, a barragem possuía sistema de vídeo monitoramento, sistema de alerta através de sirenes (todas testadas) e cadastramento da população à jusante. Também foi realizado o simulado externo de emergência em 16/06/2018, sob coordenação das Defesas Civis, com o total apoio da Vale, e o treinamento interno com os funcionários em 23/10/18.

Diante de todos os pontos descritos acima, estamos ainda buscando respostas para o ocorrido.⁴

Inúmeros são os questionamentos. Poucas as respostas. Como? Por quê? O que foi feito? O que se deixou de fazer? Como não se preveniu?

A questão merece um olhar mais aprofundado. A par dos riscos oferecidos pela barragem construída com lastro no sistema de alteamento à montante, os quais deveriam contar com fiscalização constante por parte das autoridades públicas e da empresa, não se podem perder de vista as patentes e inúmeras violações às normas de segurança e medicina do trabalho, que, se implementadas, colocaria a salvo as inúmeras vidas que precocemente se foram em razão do rompimento.

3. COMO LIÇÃO: *A CULTURA DO CUIDADO*

Diferentemente do que ocorria nas civilizações históricas, nas quais o homem consumia de forma sistemática e crescente as fontes naturais, na sociedade

⁴ Disponível em <http://brumadinho.vale.com/>. Acesso em data de 30/01/2019.

moderna, a mola propulsora está centrada na economia, entendida esta como a arte e técnica de produção ilimitada de riqueza mediante a exploração dos recursos naturais e da invenção tecnológica da espécie humana.⁵

Há, nesta proposição, uma inversão lógica do conceito de economia que, de gestão racional da escassez, é tomada como a ciência do crescimento ilimitado.

Nos países da América Latina, entretanto, conjugam-se ambas as definições. De um lado, utilizam-se de métodos próprios do século XVIII, cativos do período colonial, aliadas, de outro, a práticas expropriatórias do século XXI.

Para se alcançar o mundo (*o mercado internacional*) e atrair investimentos (*embora injustos*), os países latinos corroem suas riquezas, carpindo-se ao seu império beleguim. Por isso o dizer de EDUARDO GALEANO que os sonhos do mercado mundial são os pesadelos dos países que se submetem aos seus caprichos. E complementa:

[...] Essa triste rotina dos séculos começou com o ouro e a prata, e seguiu com o açúcar, o tabaco, o guano, o salitre, o cobre, o estanho, a borracha, o cacau, a banana, o café, o petróleo... O que nos legaram esses esplendores? Nem herança nem bonança. Jardins transformados em desertos, campos abandonados, montanhas esburacadas, águas estagnadas, longas caravanas de infelizes condenados à morte precoce e palácios vazios onde deambulam os fantasmas.⁶

Salva-vidas de chumbo: em nome do progresso e da modernização, os parques industriais, as explorações mineiras e plantações gigantescas contribuem para o extermínio da escassa Natureza que se mantém viva.

Tudo se resume ao preço de mercado. Quando o preço internacional do minério cai, de mãos dadas perece o país que dele depende. Se, do contrário, o preço é elevado, os donos dos meios de produção agigantam-se e, ao mesmo tempo e, paradoxalmente, aumenta-se a curva de miséria de sua população.

Porque cambiante, fluído e volátil, o capital vai em busca de solos férteis, fixando morada quando consegue casar a riqueza produzida com os custos da produção. A legislação trabalhista, neste ponto, deve ser flexível; os salários achatados; a jornada claudicante. Relega-se a um segundo momento a implementação de mecanismos de segurança, higiene e medicina do trabalho, mercê do custo envolvido na operação. Opta-se, sempre, pelo menos oneroso. Afinal de contas, tudo se resume às forças centrípetas do mercado internacional.

Com a Vale não foi diferente.

⁵ BOFF, Leonardo. *Ecologia: grito da terra, grito dos pobres*. 2^a edição. São Paulo: 2013, p. 238-244.

⁶ GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. Tradução de Sérgio Faraco. LPM editora: Montevidéu, 2010, p. 6.

A Mina do Feijão está localizada no *quadrilátero ferrífero* de Minas Gerais, região rica em minério, que tem como principal consumidor os Estados Unidos. No vale do Rio Paraopeba, especificamente, jaz uma das maiores concentrações de ferro do mundo inteiro, objeto de disputa pelos americanos no período que antecedeu o golpe militar de 1964 e que auxiliou na queda do então Presidente Jânio Quadros.⁷

Nos anos seguintes, o minério viveu seus dias de glória. Com a desaceleração da produção chinesa, sofreu forte queda, mas se mantém com preço estável no mercado internacional.

A barragem do Córrego de Feijão, localizada à jusante do Rio Paraopeba, porém, desde o ano de 2015, não estava em operação, por conta do processo de beneficiamento do minério a seco. Em dezembro de 2018, após obtida a licença ambiental, referendada pelo governo do Estado de Minas Gerais - em tempo recorde, por sinal -, a Vale retomou o processo de ampliação das atividades do complexo Paraopeba, que incluiu a mina do Córrego do Feijão⁸.

⁷ PEREIRA, Osny Duarte. *Ferro e independência. Um desafio à dignidade nacional*. Rio de Janeiro, 1967, p. 150.

⁸ Em 11 de dezembro de 2018, reuniu-se extraordinariamente a Câmara de Atividades Minerárias, na sede da Secretaria de Estado de Meio Ambiente, para deliberação sobre a licença para a continuidade das Operações da Mina da Jangada e a continuidade das operações da Mina de Córrego de Feijão. Nesta convocação, o único voto contrário à obtenção da licença partiu da ambientalista Maria Teresa Corujo, que, em manifestação, declarou que o pedido de ampliação da capacidade produtiva foi operado às pressas, sem prévio balanço hidráulico, em ordem a diagnosticar os reais impactos nas águas da região e do entorno. Em reunião anterior, o Fórum Nacional da Sociedade Civil nos Comitês de Bacias Hidrográficas (FONASC) tentou retirar o pedido formulado pela Vale de pauta, porque constatou uma série de inconsistências no processo de licenciamento. Dentre as irregularidades, citaram o fato de que o licenciamento deveria ter sido realizado em três fases (de licença prévia; de instalação e de operação), mas foi levado a efeito de uma só vez. Segue abaixo excerto do parecer apresentado ao Presidente da Câmara de Atividades Minerárias – CMI:

“Considerando ainda a legislação vigente e o parágrafo único do Art. 1º da DN 217/2017 que estabelece que “o licenciamento ambiental deve assegurar a participação pública, a transparência e o controle social, bem como a preponderância do interesse público, a celeridade e a economia processual, a prevenção do dano ambiental e a análise integrada dos impactos ambientais, o FONASC-CBH entende que é necessário um novo EIA e RIMA do chamado “Projeto de Continuidade das Operações da Mina da Jangada e Córrego do Feijão”, objeto dos PA’s COPAM 00118/2000/03/2013 (MBR/Mina da Jangada) e 00245/2004/050/2015 (VALE/Mina Córrego do Feijão)

Considerando o direito/dever da coletividade de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações (art.225), a Superintendência de Projetos Prioritários (SUPPRI) não poderia ter elaborado o Parecer Único nº 0786757/2018 (SIAM), de 20/11/2018, com sugestão pelo deferimento, e o PA COPAM nº 00245/2004/050/2015 não poderia ter sido pautado por V. Exa. na 36ª Reunião Ordinária da Câmara de Atividades Minerárias – CMI realizada nesta data, visto que o mesmo não está devidamente instruído.

Diante dos fatos e razões acima expostos, REQUEREMOS A RETIRADA DA PAUTA da 36ª Reunião Ordinária da Câmara de Atividades Minerárias – CMI do PA COPAM nº 00245/2004/050/2015 - Processo Administrativo para exame de Licença Prévia concomitante com a Licença de Instalação e a Licença de Operação do empreendimento “Vale S.A./ Continuidade das Operações da Mina de Córrego

Assim o fez, entretanto, em desacordo com normas básicas de prevenção ambiental, custando a vida de inúmeros trabalhadores e impondo à presente e futura gerações os altíssimos custos da degradação ambiental. De uma ponta, o grito da Terra. De outra, o grito dos pobres.

É, de fato, chegada uma nova era geológica: o antropoceno⁹, no qual, em nome do progresso, se hasteia o estandarte da injustiça ecológica e da injustiça social, alimentando-se de hábitos destrutivos para manter vivo o sonho do capitalismo. Dentro desta perspectiva, HANS JONAS adverte que:

[...] Só com um homem o poder ser emancipou da totalidade por meio do saber e do arbítrio, podendo se tornar fatal para ela e para si mesmo. O seu poder é o seu destino e torna-se cada vez mais o destino geral. Portanto, por causa

do Feijão - Lavra a céu aberto sem tratamento ou com tratamento a seco; Minério de Ferro” nos municípios de Brumadinho e Sarzedo/MG, sob o risco de grave violação a direitos fundamentais e à legalidade administrativa, processual e ambiental.

[...]

Considerando as informações acima expostas, a modalidade do PA COPAM nº 00245/2004/050/2015 – Mina Córrego do Feijão é LAC 2 e não LAC1 como pautado na 37ª Reunião Extraordinária da CMI/COPAM.

Considerando que a DN 217/2017 no §5º do art.8º dispõe que “o órgão ambiental competente, quando o critério técnico assim o exigir, poderá, justificadamente, determinar que o licenciamento se proceda em quaisquer de suas modalidades, independentemente do enquadramento inicial da atividade ou do empreendimento, observada necessidade de apresentação dos estudos ambientais especificamente exigidos e respeitado o contraditório”, entendemos que a SUPPRI não podia ter acatado a solicitação do empreendedor e deveria ter mantido a modalidade LAC2 e até ter determinado que o licenciamento se procedesse em LAT (licenciamento ambiental trifásico), ainda mais que a alteração de Classe 6 para Classe 4 é muito questionável em um complexo mineralógico desta magnitude.

O FONASC, conforme se manifestou em diversas ocasiões durante a tramitação da revisão da DN 74/2004, REPUDIA TODAS AS ALTERAÇÕES EFETUADAS QUE NÃO APRESENTARAM QUAISQUER JUSTIFICATIVAS TÉCNICO-CIENTÍFICAS, por mais que se demandasse da SEMAD.

Este Processo de Licenciamento, já nos moldes da DN 217/2017, é prova concreta desse grave retrocesso na legislação ambiental, com implicações seríssimas para o meio ambiente e a população, promovido pelo Governo do Estado de Minas Gerais e por todos aqueles direta ou indiretamente envolvidos nesta questão, sejam eles servidores ou conselheiros que votaram a favor desse novo texto na Câmara Normativa Recursal (CNR). (g.n)

Disponível em http://fonasc-cbh.org.br/wp-content/uploads/Item_5.2_Relato_de_vistas_FONASC_VALE1.pdf Acesso em data de 03/02/2019.

⁹ “O termo Antropoceno foi criado para levar em consideração o impacto da acelerada acumulação de gases de efeito estufa sobre o clima e a biodiversidade e, da mesma forma, dos danos irreversíveis causados pelo consumo excessivo de recursos naturais. Contudo, é preciso transformá-lo em uma nova época geológica. Enquanto o debate continua entre cientistas, ainda precisam ser encontradas soluções. Nós estamos, de fato, testemunhando uma forma coletiva de negação, que é o resultado de uma fé ingênua no progresso, de uma ideologia consumista e de poderosos lobbies econômicos”. In: ISSBERNER, Liz-Rejane e LÉNA, Philippe. *Progress, risk and responsibilities*. Unesco Courier, 1998. Disponível em <https://pt.unesco.org/courier/2018-2/antropoceno-os-desafios-essenciais-um-debate-científico>. Acesso em data de 31/01/2019.

do homem, e apenas nesse caso, o dever surge da vontade como autocontrole do seu poder, exercido conscientemente: em primeiro lugar em relação ao seu próprio ser. [...] O homem se torna o primeiro objeto do seu dever [...]. Além disso, ele se torna o fiel depositário de todos os outros fins em si mesmos, que se encontram sob a lei do seu poder”¹⁰.

O desafio, urgente, então, é proteger a *casa comum* e, para isso, urge a necessidade de uma *conversão ecológica global*, a qual perpassa, *a priori*, pela cultura do cuidado:¹¹

[...] a análise mostrou a necessidade de uma mudança de rumo. Devemos sair da espiral de autodestruição em que nós estamos afundando. Não se trata de uma reforma, mas, citando a Carta da Terra, de buscar um novo começo. [...] A interdependência de todos com todos nos leva a pensar num só mundo com um projeto comum.¹²

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, a despeito de não mencionar especificamente acerca do direito fundamental ao meio ambiente, em seu artigo 251, fez questão de contemplar a cultura do cuidado, ao declarar que: “toda pessoa tem direito a um nível de vida adequado que lhe assegure saúde e bem-estar”.

No mesmo sentido, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986 orienta que “o ser humano deve ser o centro do processo de desenvolvimento”.

O Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988 prega o direito do homem de viver em ambiente sadio e contar com serviços públicos básicos.

Vale rememorar, ainda no marco histórico pré-constitucional, importantes Convenções da Organização Internacional do Trabalho - OIT que tratam da saúde e segurança no meio ambiente do trabalho. Dentre tantas, destacam-se a Convenção nº 136 (sobre a proteção dos trabalhadores contra os riscos da intoxicação pelo Benzeno, em vigor no plano internacional desde julho de 1973), a Convenção nº 139 (sobre a prevenção e controle de riscos profissionais causados por substâncias ou agentes cancerígenos, em vigor no plano internacional desde

¹⁰ JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006, p. 217.

¹¹ Carta Encíclica *Laudato Si* do Santo Padre Francisco sobre o cuidado da casa comum. Disponível em http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html. Acesso em data de 31/01/2019.

¹² Trecho expungido da Carta Encíclica *Laudato Si* do Santo Padre Francisco sobre o cuidado da casa comum. Disponível em http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html. Acesso em data de 31/01/2019.

junho de 1976), a Convenção nº 148 (sobre a proteção dos trabalhadores contra os riscos devidos à contaminação do ar, ao ruído e às vibrações no local de trabalho, em vigor no plano internacional desde julho de 1979), a Convenção nº 155 (sobre a segurança e saúde dos trabalhadores, em vigor no plano internacional desde agosto de 1983) e a Convenção nº 161 (sobre serviços de saúde do trabalho, com vigência em âmbito internacional desde fevereiro de 1988).

No plano nacional, a Constituição de 1988, arvorecida do processo de redemocratização por que passou o país, intentou resgatar as promessas firmadas pela humanidade e, pela sua índole eminentemente social, dedicou especial atenção ao meio ambiente, forte no compromisso de que sua vitalidade supõe e pressupõe uma mudança paradigmática: da cultura de exploração para a cultura do cuidado.

Tanto assim é que a menção ao direito fundamental ao meio ambiente está impregnada em todo o texto constitucional como um ritornelo, pois é um conceito-chave do novo paradigma inaugurado com o seu nascedouro.

O artigo 225, por exemplo, elevou o meio ambiente ao *status* de bem jurídico e, nesta condição, tutelável, impondo ao Estado e às gerações presente e futura o dever de zelar pelo patrimônio natural que ornamenta o território brasileiro:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

O meio ambiente assume, pela norma constitucional, a feição de bem transindividual, rompendo com a noção individualista - própria da era imperialista - e instaurando a necessidade de limitação de condutas individuais que atentem contra a sua integridade.

Catalisa-se, nesta medida, a cultura do cuidado, partindo da premissa de que o homem é essencialmente natural, parte integrante da biosfera. A Natureza, por este viés, não se presta apenas a servir ao homem, mas sua preservação é condição vital e necessária para garantia de sua sobrevivência. Esta virada hermenêutica contribui para que o ser humano se inquiete com os impactos de suas ações sobre o meio ambiente, criando uma cultura de prevenção, preservação, cooperação e sustentabilidade.

Mais que um simples comando constitucional, o artigo 225 contempla a ética ambiental, estribada na visão holística de mundo, na miscível interface *homem-natureza*.

Aliás, não à toa que o Constituinte de 1988 consagrou, dentre os vetores gerais da ordem econômica, a defesa do meio ambiente (artigo 170, VI) e é, justa-

mente, neste axioma, que reside o grande dilema das nações: conciliar as forças motrizes do poder econômico e o uso sustentável dos recursos naturais.

LEONARDO BOFF, em perfeita síntese, afirma que “para ser sustentável, o desenvolvimento deve ser economicamente viável, socialmente justo e ambientalmente correto”.¹³

Em igual sentido, JOHN ELKINGTON, a quem se atribui a autoria do termo *Triple Bottom Line*, a sustentabilidade consiste no equilíbrio entre os três pilares: ambiental, econômico e social.¹⁴

Essa equipolência entre valores representa, em última *ratio*, o sentido apreendido pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, que resultou na Declaração de Estocolmo e no Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), no ano de 1972, nos termos a seguir reproduzidos:

[...] O ser humano tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequada em um meio cuja qualidade lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações presentes e futuras. (Princípio 1)

A partir desta visão sistêmica, comprehende-se que o meio ambiente, para além da preservação dos ecossistemas e processos biológicos, contempla dimensões econômicas, culturais, sociais e políticas, as quais estão, invariavelmente, associadas à existência humana.

Por essa razão, ao conceito de meio ambiente¹⁵ agrega-se a definição de meio ambiente do trabalho, sem que haja dissociação cognoscitiva.¹⁶ Não se trata de gênero e espécie tampouco de ramo e sub-ramo da ciência jurídica. São uníacos e, dentro desta perspectiva, agrupam argumentos em favor da proteção integral à saúde do trabalhador, representando dever do Estado e, sobretudo, obrigação diretamente exigível do empregador.

Alhures, retratamos essa simbiose, enfatizando a indissociabilidade entre a saúde e o bem-estar dos trabalhadores e a saúde e o bem-estar da comunidade:

¹³ BOFF, Leonardo. *Sustentabilidade: o que é, o que não é*. Rio de Janeiro: Vozes, 2012, p. 43.

¹⁴ ELKINGTON, John. *Sustentabilidade, canibais com garfo e faca*. São Paulo: M. Books do Brasil Editora Ltda., 2012, p. 43.

¹⁵ Para os fins previstos na Lei nº 6.938/81, em seu artigo 3º, inciso I, entende-se por meio ambiente “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

¹⁶ Artigo 200, inciso VIII da CR/88: Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

[...]

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Essa assertiva não tem lastro apenas em uma importante invocação *isonômica* – o que seria já vetor jurídico de carga suficiente para tanto. O que está em jogo, na essência, é o reconhecimento de que a proteção do meio ambiente em geral supõe a proteção efetiva de uma de suas facetas mais vulneráveis, na qual costumeiramente se dá o foco de muitas tragédias ambientais: o *meio ambiente do trabalho*.¹⁷

O artigo 7º, inciso XXII, da Constituição de 1988 assegura aos trabalhadores o direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. No inciso XXVIII, consagra o direito ao seguro contra acidentes do trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

A Consolidação das Leis do Trabalho dedica um capítulo à cultura do cuidado no ambiente do trabalho, estabelecendo diretrizes, a cargo do empregador, na preservação da incolumidade física e psíquica do trabalhador. Em seu artigo 157, elenca as premissas gerais, impondo ao empregador a exigência de cumprimento e implementação das normas que versam sobre medicina, higiene e segurança do trabalho, conjugadas suas ações com aquelas normatizadas pelo extinto Ministério do Trabalho, atual Ministério da Economia.¹⁸

Neste passo, em ordem a possibilitar a avaliação das condições ambientais, constitui obrigação do empregador a manutenção de serviços especializados em segurança e medicina do trabalho, com análise do risco da atividade e indicação do número de profissionais especializados necessários para assegurar a sanidade e vitalidade do ambiente de trabalho.¹⁹

A esse respeito, a NR 4, do extinto Ministério do Trabalho, em seu item 4.1, dispõe expressamente que:

¹⁷ MARANHÃO, Ney. *Poluição labor-ambiental*: abordagem conceitual da degradação das condições de trabalho, da organização do trabalho e das relações interpessoais travadas no contexto laborativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 70.

¹⁸ Art. 157 - Cabe às empresas:

- I - cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;
- II - instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais;
- III - adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente;
- IV - facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente.

¹⁹ Art. 162 - As empresas, de acordo com normas a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, estarão obrigadas a manter serviços especializados em segurança e em medicina do trabalho

Parágrafo único - As normas a que se refere este artigo estabelecerão:

- a) classificação das empresas segundo o número de empregados e a natureza do risco de suas atividades;
- b) o número mínimo de profissionais especializados exigido de cada empresa, segundo o grupo em que se classifique, na forma da alínea anterior;
- c) a qualificação exigida para os profissionais em questão e o seu regime de trabalho;
- d) as demais características e atribuições dos serviços especializados em segurança e em medicina do trabalho, nas empresas.

[...] As empresas privadas e públicas, os órgãos públicos da administração direta e indireta e dos poderes Legislativo e Judiciário, que possuam empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, manterão, obrigatoriamente, Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho, com a finalidade de promover a saúde e proteger a integridade do trabalhador no local de trabalho.

Cabe ao SESMT – Serviços Especializados em Engenharia e Medicina do Trabalho - a responsabilidade pela execução do PCMSO – Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional, regulamentado pela NR 7²⁰, e pela elaboração, implementação e acompanhamento do PPRA – Programa de Prevenção dos Riscos Ambientais, regulamentado pela NR 9 do atual Ministério da Economia.²¹

Ambos os programas visam à catalisação dos riscos advindos da atividade, cujo conhecimento propicia a concertação de ações com vistas a garantir a integridade física e psíquica do trabalhador, seja em estrutura, seja em treinamentos e cursos de capacitação, seja na catalogação dos equipamentos de proteção individual e coletivo necessários para minimizar o perigo e evitar acidentes.

No ramo mineralício, especificamente, as empresas extractivas de minério, beneficiamento, garimpo e pesquisa mineral têm a incumbência de elaboração do chamado Programa de Gerenciamento de Riscos – PGR, em substituição ao Programa de Prevenção de Riscos Ambientais – PPRA, na forma da NR 22, o qual deverá ser revisto anualmente, com registro das medidas de controle implementadas e programadas.

De outra banda, deverão criar uma Comissão Interna de Prevenção de Acidentes na Mineração – CIPAMIN, que tem por objetivo observar e relatar as condições de risco no ambiente de trabalho, visando à prevenção de acidentes e doenças decorrentes da atividade mineradora, de modo a assegurar um ambiente de trabalho seguro e saudável.

A respeito da disposição de rejeitos e produtos mineralícios, o item 22.26 da NR 22 destaca que os depósitos de substâncias líquidas em barragens de

²⁰ NR 7 - 7.1.1. Esta Norma Regulamentadora - NR estabelece a obrigatoriedade de elaboração e implementação, por parte de todos os empregadores e instituições que admitam trabalhadores como empregados, do Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional - PCMSO, com o objetivo de promoção e preservação da saúde do conjunto dos seus trabalhadores.

²¹ NR 9 - 9.1.1 Esta Norma Regulamentadora - NR estabelece a obrigatoriedade da elaboração e implementação, por parte de todos os empregadores e instituições que admitam trabalhadores como empregados, do Programa de Prevenção de Riscos Ambientais - PPRA, visando à preservação da saúde e da integridade dos trabalhadores, através da antecipação, reconhecimento, avaliação e consequente controle da ocorrência de riscos ambientais existentes ou que venham a existir no ambiente de trabalho, tendo em consideração a proteção do meio ambiente e dos recursos naturais.

mineração e bacias de decantação “devem possuir estudos hidrogeológicos, pluviométricos e sismológicos regionais e dispor de monitoramento da percolação de água, do lençol freático e da movimentação e da estabilidade dos maciços”. Por isso, pontua a necessidade de supervisão constante confiada a profissionais legalmente habilitados, aliada a um sistema de alerta sonoro eficiente em caso de emergência.

A Lei nº 12.334/2010, que institui o Plano Nacional de Segurança de Barragens, estabelece a obrigatoriedade de revisão periódica de segurança de barragem, com a finalidade de verificar o estado geral de segurança da barragem, “considerando o atual estado da arte para os critérios de projeto, atualização dos dados hidrológicos e as alterações das condições a montante e a jusante da barragem”.²²

Neste panorama geral, já se pode antever, com alguma margem de segurança, que a tragédia ocorrida em Brumadinho/MG foi resultado da negligência e do descaso da Vale em implementar medidas de segurança, medicina e higiene do trabalho asseguradas em lei e normas regulamentadoras, descurando, ademais, da fiel observância de princípios jusambientais basilares.

Aprioristicamente, até para um olhar singelo, não técnico, já se denuncia, por exemplo, a brutal insensatez na decisão empresarial de instalar departamentos administrativos e refeitórios de trabalhadores em plena rota de possível vazamento do imenso mar de rejeitos represado, em inacreditável violação a regras basilares de prevenção de danos e redução de riscos (CRFB, art. 7º, XXII).

Não bastasse, ao tempo que antecedeu ao rompimento, não se ouviu qualquer dispositivo sonoro que pudesse alertar as pessoas em seu entorno do risco de ruptura, conforme previsto na NR 22 do extinto Ministério do Trabalho, possibilitando a evacuação segundo as orientações do plano de emergência adotado pela empresa.

Importante registrar que a simples instalação de equipamento sonoro para situações que tais em nada atende aos ditames de cuidado e prevenção eficaz à vida humana se, na precisa ocorrência trágica que o justificaria, o recurso técnico simplesmente não funciona, operando-se infeliz frustração de seus propósitos tuitivos. Nessa linha, argumentar que o dispositivo sonoro não funcionou porque “engolido” pelo mar de rejeitos soa tão absurdo quanto afirmar que o *air bag* de um veículo não funcionou por causa da abalroada.

Recorde-se que a Lei nº 12.334/2010, em seu artigo 11, inclusive, estabelece a necessidade de elaboração de Plano de Ação de Emergência - PAE, documento

²² Artigo 10, da Lei nº 12.334/2010: Art. 10. Deverá ser realizada Revisão Periódica de Segurança de Barragem com o objetivo de verificar o estado geral de segurança da barragem, considerando o atual estado da arte para os critérios de projeto, a atualização dos dados hidrológicos e as alterações das condições a montante e a jusante da barragem.

formal, no qual são identificadas as condições de emergência em potencial para a barragem, contendo todas as orientações importantes para tomada de decisão no momento do sinistro, permitindo, entre outras medidas, a notificação e o alerta antecipado, visando a minimizar os danos socioambientais.²³

Questão também a ser trabalhada com bastante atenção concerne a uma eventual desconsideração do *atual estado da técnica* em tema de contenção de rejeitos e proteção ambiental. Conforme se tem divulgado na grande mídia e por especialistas por ela consultados, a técnica aplicada pela Vale nas tragédias de Mariana e Brumadinho é a de menor custo e de maior risco, em cotejo com as demais.

Neste ponto, importa asseverar que nossa Constituição Federal admite, expressamente, que todo trabalho envolve algum grau de risco, motivo pelo qual fala em riscos *inerentes* ao trabalho. Em razão disso, o texto constitucional é explícito ao referir não à *eliminação*, mas à simples ideia de *redução* dos riscos labor-ambientais, proposta bem mais aderente à realidade dos fatos.

Essa redução dos riscos, entretanto, caso tecnicamente possível, haverá de sempre tender à *anulação* plena ou mesmo à sua *eliminação* total. Isso se dá porque o propósito último da disposição constitucional é que todo trabalhador trabalhe em ambientes laborais cada vez mais seguros e sadios, à luz da invocada ideia de *atual estado da técnica* (OIT, Convenção nº 115, item 3.1, e Convenção nº 148, item 8.3), pouco importando se esse nível de exposição está, ou não, dentro dos parâmetros técnicos oficiais.

A propósito, por envolver discussão imantada de ordem pública, certamente a aplicação dessas Convenções deve ser geral, não se prendendo à esfera das radiações ionizantes ou da contaminação do ar, ruído e vibrações. Exegese que se articula exatamente com o art. 7º, XXII, da Carta da República, que revela o alvissareiro direito fundamental à *contínua redução* dos riscos inerentes ao trabalho – é dizer, em uma permanente busca de, se possível, reduzir-se a zero os riscos labor-ambientais²⁴.

Não se olvida, de outra banda, a falha dos órgãos fiscalizadores na avaliação das condições da barragem do Córrego de Feijão, por meio das inspeções regulares levadas a cabo pela Agência Nacional de Mineração – ANM. Afinal de contas, como sói acontecer:

[...] Desastres retratam a insuficiência e o colapso de estruturas governamentais e não governamentais que, por alguma razão (ausência de investimento,

²³ NEVES, Luiz Paniago. *Segurança de Barragens – Legislação federal brasileira em segurança de barragens comentada*. ANM: Brasília, 2018, p. 17.

²⁴ MARANHÃO, Ney. Comentários art. 7º, inciso XXII, da Constituição do Brasil. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coordenadores científicos). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 649.

fiscalização, impossibilidade de ação ou omissão) vem-se obrigadas a pagar um alto preço pela reconstrução do caos. [...] Proteger as pessoas e os ecossistemas dos desastres requer o firme compromisso público, privado e da sociedade civil no sentido de guardar e manter os sistemas naturais. Somem-se a isso os esforços no sentido de redução dos níveis de vulnerabilidade e exposição humana e ecossistêmica e, finalmente, a aceitação de que o Direito deve assumir uma abordagem de prevenção e precaução sistêmica para gestão de risco".²⁵

A prolepse desta insuficiência já havia sido anunciada pelo Fórum Nacional da Sociedade Civil nos Comitês de Bacias Hidrográficas - FONASC. CBH, em parecer encaminhado à Câmara Técnica Especializada de Atividades Mineirás - CMI e ao Conselho de Política Ambiental de Minas Gerais - COPAM/MG, apontando as irregularidades constatadas no processo de licenciamento da mina Córrego de Feijão, notadamente no rebaixamento de risco de classe 6 (DN 74/2003) para classe 4 (DN 217/2017), conforme excerto a seguir reverberado:

[...] Assim, a AMPLIACÃO e CONTINUIDADE ATÉ 2032 das minas Jangada e Feijão, que eram Classe 6 quando da DN 74/2003, com INCREMENTO de 88% (oitenta e oito por cento) na produção, é considerada hoje CLASSE 4 pela DN 217/2017, o que não tem qualquer fundamento e beira a insanidade, ainda mais se considerarmos que já é um grande complexo mineral com anos de operação e impactos cumulativos na região. E ainda se pretende conceder Licenciamento Ambiental Concomitante em uma única fase - LAC 1 (LP+LI+LO), com parecer da SUPPRI favorável ao deferimento [...].²⁶

A barragem do Córrego de Feijão é classificada pela Agência Nacional de Águas (ANA), com base nos critérios gerais estabelecidos pelo Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH), como de baixo risco de rompimento, mas com dano potencial associado (DPA) alto.²⁷

Isso significa que, embora não apresentasse risco de rompimento, os danos associados à falha estrutural da barragem poderiam representar uma hecatombe. Justamente o que aconteceu. Uma tragédia anunciada, mas relegada ao réquiem dos estertores.

²⁵ CARVALHO, Délton Wiinter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 141 e 144.

²⁶ Excerto do parecer elaborado pelo Fórum Nacional da Sociedade Civil nos Comitês de Bacias Hidrográficas – FONASC. CBH. Disponível em http://fonasc-cbh.org.br/wp-content/uploads/Item_5.2_Relato_de_vistas_FONASC_VALE1.pdf Acesso em data de 03/02/2019.

²⁷ Em sintonia com o artigo 2º, inciso VII da Lei nº 12.334/2010, entende-se por dano potencial associado à barragem “o dano que pode ocorrer devido a rompimento, vazamento, infiltração no solo ou mau funcionamento de uma barragem”. O chamado dano potencial associado consiste no medidor de riscos de estragos no entorno das barragens, cujo grau varia de acordo com a proximidade de áreas urbanas, povoados, indústrias e rodovias. Disponível em <http://www3.ana.gov.br>. Acesso em data de 30/01/2019.

Por certo, pelo dano potencial associado alto, além do empreendedor, incumbe ao Poder Público e seus agentes delegados, desde a deflagração do processo de licenciamento até a operação minerária, o monitoramento constante das ações implementadas para se garantir a segurança da barragem e a preservação dos recursos naturais e hídricos da região afetada com a extração, criando espaços a permitir a participação direta da população local, munindo-a de mecanismos efetivos de controle social. Mesmo porque, como denunciam DÉLTON WIINTER DE CARVALHO e FERNANDA DALLA LIBERA:

[...] Os riscos catastróficos têm geralmente baixas probabilidades, mas consequências extremas. Neste sentido, estes riscos são marcados por uma grande incidência de incerteza científica, o que dificulta aplicação de metodologias de quantificação de sua probabilidade. Contudo, mesmo que as consequências sejam remotas e altamente especulativas, destaca-se a necessidade de investigação (demonstrada nos estudos de impactos ambientais) em casos de potencial catastrófico (ataques terroristas, acidentes nucleares, terremotos, acidentes industriais, epidemias etc.). [...] os critérios utilizados para impor a necessidade de aprofundamento investigativo acerca de riscos de desastres é que deva haver um prognóstico razoável (*rule of reason*) que inclua as possíveis consequências catastróficas, mesmo com baixas probabilidades. Alguns eventos catastróficos, mesmo diante de sua remota probabilidade, podem ter consequências tão catastróficas capazes de justificar que tais riscos sejam levados em consideração. Diante da possibilidade de especulações acerca de riscos catastróficos, as agências são compelidas a uma leitura mais exigente (*hard look doctrine*) acerca dos piores cenários possíveis (*worst-case scenarios*), impondo uma busca pelo aprofundamento de informações ambientais para identificação técnica dos riscos, suas incertezas, precariedade de dados ou mesmo a ausência destes e, finalmente, a realização de processos de publicização em audiências públicas.”²⁸

Em se tratando de meio ambiente, deve-se ter em mira sempre os princípios da precaução e da prevenção. Se dúvida houver, prevalece o cuidado com o meio ambiente, em todas as suas dimensões, alicerçado na máxima *in dubio pro sanitas et pro natura*. Como ensina a boa doutrina, “o princípio da precaução, para ser aplicado efetivamente, tem que suplantar a pressa, a precipitação, a improvisação, a rapidez insensata e a vontade de resultado imediato”.²⁹

4. COMO REFLEXÃO: *QUEM DEVE PAGAR A CONTA?*

O fundamento ontológico clássico da responsabilidade civil repousa no dever do agente causador da ofensa em reparar, material e moralmente, o dano

²⁸ CARVALHO, Délon Wiinter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 63-64.

²⁹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 25^a Edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2017, p. 75.

causado, lastreado, na maior parte das vezes, na presença da culpa. É fato comprovado que tal moldura subjetiva se mostrou insuficiente para cobrir toda a miríade dos danos resarcíveis; mas é fato igualmente comprovado que, em regra, os atos lesivos são causados pela conduta antijurídica do agente, por negligência, imperícia ou por imprudência.

Aceitando, embora, que a responsabilidade civil se construiu tradicionalmente sobre o conceito de culpa, o jurista moderno convenceu-se de que esta não satisfaz. Deixado à vítima o ônus da prova de que o ofensor procedeu antijuridicamente, a deficiência de meios, a desigualdade de fortuna, a própria organização social, acabam por deixar “larga cópia de danos descobertos e sem indenização”. Prossegue CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA em suas elucubrações:

[...] A evolução da responsabilidade civil gravita em torno da necessidade de socorrer a vítima, o que tem levado a doutrina e a jurisprudência a marchar adiante dos códigos, cujos princípios constritores entravam o desenvolvimento e a aplicação da boa justiça. Foi preciso recorrer a outros meios técnicos, e aceitar, vencendo para isto resistências quotidianas, que em muitos casos o dano é reparável sem o fundamento da culpa.³⁰

Neste diapasão, uma vertente, dita objetivista, perscrutou desvincular o dever resarcitório da ideia de culpa. RAYMOND SALEILLES foi o precursor desta corrente, seguido por LOUIS JOSSERAND, insurgindo ambos contra o elemento subjetivo da responsabilidade civil e enquadrando o dever de indenizar no conceito material de fato danoso. Um conflito de ideias aguerrido, à época, dado que o Código Civil Francês era partidário da teoria da culpa, nos termos do artigo 1382.³¹ Em esforço hermenêutico de interpretação do vocábulo *faute*, RAYMOND SALEILLES defendeu a ideia de que o Código Civil adotou a acepção de *fait*, equivalente à causa determinante de qualquer dano:

[...] A lei deixa a cada um a liberdade de seus atos; ela não proíbe senão aqueles que se conhecem como causa direta do dano. Não poderia proibir aqueles que apenas trazem em si a virtualidade de atos danosos, uma vez que se possa crer

³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Volume III. 13^a Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p.486.

³¹ Art. 1382. *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.* (Qualquer fato oriundo daquele que provoca um dano a outrem obriga aquele que foi a causa do que ocorreu a reparar este dano). Segundo Wilson Melo da Silva “os arquéticos do Código Napoleônico, o código padrão por assim dizer, haviam-no alicerçado nas bases graníticas da culpa subjetiva. Segundo tal código, só haveria obrigação de indenizar quando a vítima pudesse demonstrar, além da relação de causalidade necessária entre o autor do dano e o dano mesmo, que dito dano pudesse ser imputado à culpa desse autor”. (SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 26)

fundamentalmente em tais perigos possam ser evitados, à base de prudência e habilidade. Mas, se a lei os permite, impõe àqueles que tomam o risco a seu cargo a obrigação de pagar os gastos respectivos, sejam ou não resultados de culpa. Entre eles e as vítimas não há equiparação. Ocorrido o dano, é preciso que alguém o suporte. Não há culpa positiva de nenhum deles. Qual seria, então, o critério e imputação do risco? A prática exige que aquele que obtém proveito de iniciativa lhe suporte os encargos, pelo menos a título de sua causa material, uma vez que essa iniciativa constitui um fato que, em si e por si, encerra perigos potenciais contra os quais os terceiros não dispõem de defesa eficaz. É um balanceamento a fazer. A justiça quer que se faça inclinar o prato da responsabilidade para o lado do iniciador do risco.³²

LOUIS JOSSERAND, neste mesmo sentido, enfatiza que a reparação dos danos não deve ser deixada aos azares do destino, tanto mais que, entre a vítima e o autor do dano, a primeira merece mais proteção, porque, comumente, é a que possui menos recursos e nada fez para causar o prejuízo.³³

No Brasil, a responsabilidade objetiva ingressou efetivamente no ordenamento jurídico positivo por meio de diplomas especiais, como a Lei das Estradas de Ferro (Decreto nº 2.681/1912), o Código Civil Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/1986) e a Lei nº 6.453/1977, relativa às atividades nucleares.

O Código Civil de 2002, por sua vez, não ficou imune ao movimento revisionista da responsabilidade civil estribada na culpa, tendo, em diversas hipóteses, adotado a responsabilidade civil objetiva. O parágrafo único do artigo 927 representa, nesta quadra, cláusula geral de responsabilidade objetiva, ao determinar que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem³⁴.

Em matéria de meio ambiente, a Lei nº 6.938/1981, em seu artigo 14, §1º, contemplou a responsabilidade desvinculada do seu elemento subjetivo.³⁵ Esta marca foi reverberada pela Constituição de 1988, em seu artigo

³² SAILEILLES, Raymond. *Les Accidents de Travail et la Responsabilité Civile – Essai d'une Théorie Objective de la Responsabilité Delictuelle*. Arthur Rousseau Éditeur: Paris, 1897, p. 50.

³³ JOSSERAND, Louis. *De la responsabilité du fait des choses inanimées*. Arthur Rousseau Éditeur: Paris, 1897 Arthur Rousseau Éditeur: Paris, 1987, p. 45.

³⁴ A respeito, confira-se, entre outros: MARANHÃO, Ney. *Responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade: uma perspectiva civil-constitucional*. São Paulo: GEN/Método, 2010.

³⁵ Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

[...]

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

225, parágrafo 3º, evidenciando o novo vetor axiológico adotado, sintonizado em uma responsabilidade que, dispensando a culpa, se mostre comprometida com a reparação do ato danoso em uma perspectiva fundada na solidariedade social. Aqui, especificamente, jaz a morada do princípio do *poluidor-pagador*.³⁶

Por poluição, legalmente, entende-se a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: (i) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; (ii) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; (iii) afetem desfavoravelmente a biota; (iv) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e, por fim, (v) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.³⁷

Doutrinariamente, poluição, em essência, corresponde ao desarranjo sistêmico suscitado pela ingerência humana que gera inaceitável afetação do equilíbrio ambiental propiciador de vida. Vertido de modo sintético: poluição é degradação ambiental de base antrópica e nível intolerável.³⁸

O poluidor, a seu turno, compreende a pessoa física ou jurídica, seja de direito público, seja de direito privado, responsável diretamente ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental.³⁹

Nesta linha de raciocínio, fica fácil perceber que a Vale, em função da tragédia ocorrida na cidade de Brumadinho/MG, enquadra-se na acepção de agente poluidor e, nesta condição, responde objetivamente pelos danos ambientais ocasionados, cujos efeitos deletérios de ordem macrossocial serão sentidos anos a fio, afetando as gerações presentes e futuras. No mesmo sentido vaticina o artigo 4º da Lei nº 12.334/2010, ao definir o empreendedor como o responsável legal pela segurança da barragem.

Mas a questão não se encerra por aí. Conforme enfatizado em linhas transatas, ao conceito de meio ambiente se agrega também a ambiente laboral. Dentro desta perspectiva, pode-se dizer, então, que a preocupação com o meio ambiente do trabalho se torna também uma preocupação iniludivelmente ambiental:

³⁶ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[...] § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

³⁷ Art. 3º, inciso III da Lei nº 6.938/1981.

³⁸ MARANHÃO, Ney. *Poluição labor-ambiental*: abordagem conceitual da degradação das condições de trabalho, da organização do trabalho e das relações interpessoais travadas no contexto laborativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 253.

³⁹ Art. 3º, inciso IV da Lei nº 6.938/1981.

[...] Além disso, se a Constituição Federal fala em proteção ambiental para garantia de qualidade de vida e já legítima devassar questões até então consideradas assuntos de exclusiva ingerência patronal, retirando-se o manto de invisibilidade que historicamente encobriu o “d’além muro da fábrica”, não há como refutar a ilação de que a questão da saúde e segurança dos trabalhadores passa mesmo a compor, com destaque, a pauta ambiental, com todas as repercussões jurídicas que disso se possa extrair.⁴⁰

JOSÉ AFONSO DA SILVA, de sua parte, é bastante claro ao destacar que a proteção do meio ambiente de trabalho “significa proteção do ambiente e da saúde das populações externas aos estabelecimentos industriais, já que um ambiente interno poluído e inseguro expele poluição e insegurança externa.”⁴¹

Esse enfoque facilita sobremaneira a compreensão sobre o porquê de a Lei nº 6.938/1981, quando apresenta o conceito jurídico de poluição, estendê-lo à degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que, direta ou indiretamente, “criam condições adversas às atividades sociais e econômicas” (art. 3º, b).

Por isso, há de se reconhecer que, também neste particular, a Constituição de 1988 é digna de efusivos elogios, na medida em que:

[...] navega nessa valiosíssima perspectiva de reaproximação histórica e científica das questões social e ambiental, arbitrariamente apartadas em algum ponto da trajetória humana [...]. Ou seja, ao reconhecer a integração jurídica do meio ambiente do trabalho ao meio ambiente humano (art. 200, VIII), o Texto Magnifico dá concretude a esse sutil movimento de *conjunção socioambiental*. Sob tal perspectiva, a Carta Magna serviu como verdadeiro ponto de culminância para um sadio processo de realinhamento jurídico-axiológico entre *saúde, meio ambiente e trabalho*, cujo elemento de intersecção é precisamente o *meio ambiente laboral*. Resgata, assim, a importância da proteção e promoção do equilíbrio no meio ambiente do trabalho como técnica de atingimento do propósito mais amplo de se erigir, em nossa sociedade, um meio ambiente sadio e equilibrado, em todas as suas dimensões.⁴²

A propósito, não custa lembrar que boa parte das catástrofes ambientais poderia ter sido evitada caso se praticasse rigorosa ação preventiva no combate à poluição junto aos mais variados ambientes de trabalho, especialmente no

⁴⁰ MARANHÃO, Ney. *Poluição labor-ambiental*: abordagem conceitual da degradação das condições de trabalho, da organização do trabalho e das relações interpessoais travadas no contexto laborativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 86.

⁴¹ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 24.

⁴² MARANHÃO, Ney. *Poluição labor-ambiental*: abordagem conceitual da degradação das condições de trabalho, da organização do trabalho e das relações interpessoais travadas no contexto laborativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 87-88.

que tange às condições laborais praticadas e ao processo produtivo aplicado. Fala-se aqui da tragédia de Mariana. Fala-se também da tragédia de Brumadinho/MG.

Se executadas oportunamente as medidas de prevenção, zelando pela cultura do cuidado, não se estaria diante do maior acidente de trabalho experimentado pela história brasileira. E porque conectado umbilicalmente a danos ambientais, responde a Vale objetivamente pelos acidentes do trabalho ocorridos e, assim o faz, ancorada inclusive na teoria do risco integral, muito própria à temática ambiental, a não se admitir, então, pois, na hipótese, excludente de responsabilidade⁴³. Trata-se, decerto, de rigor característico do estuário jusambiental, justificado pela magnitude do bem jurídico que tutela.

Afinal de contas, Vale:

[...] *Tu Antecipaste a hora.
Teu ponteiro enlouqueceu, enlouquecendo nossas horas.
Que poderias ter feito de mais grave
do que o ato sem continuação, o ato em si,
o ato que não ousamos nem sabemos ousar
porque depois dele não há nada?*⁴⁴

5. COMO ENCERRAMENTO: “*O MUNDO É MAIS QUE UMA COISA A SE RESOLVER, É UM MISTÉRIO GRANDIOSO PARA SER CONTEMPLADO NA ALEGRIA E NO LOUVOR*”⁴⁵

Certa feita, Polônio, em um diálogo com seu filho Laertes, no trecho da peça de *Hamlet*, escrita por *Shakespeare*, deixou-o embebido dos seguintes conselhos:

[...] Vai com a minha bênção, e grava na memória estes preceitos: ‘Não dês língua aos teus próprios pensamentos, nem corpo aos que não forem convenientes’. ‘Sê lhano, mas evita abastardares-te’. ‘O amigo comprovado, prende-o firme no coração com vínculos de ferro, mas a mão não calejes com saudares

⁴³ Atente-se para a **Tese 10** publicada pela Secretaria de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ, elaborada mediante exaustiva pesquisa na base de jurisprudência daquele Tribunal. São estes seus termos: “A responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. “Jurisprudência em Teses”, Edição nº 30, Brasília, 18 mar. 2015. Disponível em: <www.stj.jus.br>).

⁴⁴ ANDRADE, Carlos Drummond de. *A um ausente*. Disponível www.pensador.com/poesias_de_carlos_drummond_de_andrade. Acesso em data de 04/02/2019.

⁴⁵ Trecho extraído da Carta Encíclica *Laudato Si* do Santo Padre Francisco sobre o cuidado da casa comum. Disponível em http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html. Acesso em data de 31/01/2019.

a todo instante amigos novos'. 'Foge de entrar em briga; mas, brigando, acaso, faze o competidor temer-te sempre'. 'A todos, teu ouvido; a voz a poucos; ouve opiniões, mas forma juízo próprio'. 'Conforme a bolsa, assim tenhas a roupa: sem fantasia; rica, mas discreta, que o traje às vezes o homem denuncia. Nisso, principalmente, são pichosas as pessoas de classe e prol na França'. 'Não emprestes nem peças emprestado; que emprestar é perder dinheiro e amigo, e o oposto embota o fio à economia'. 'Mas, sobretudo, sê a ti próprio fiel; segue-se disso, como o dia à noite, que a ninguém poderás jamais ser falso'. Adeus; que minha bênção tais conselhos faça frutificar.⁴⁶

À Vale, costuram-se os seguintes: aparta-se da apatia nefanda que a encobre. Não se curve aos feitiços da ambição, mas aos anseios genuínos do homem. Se, por obra do acaso, tiver que lutar, que seja, sempre, em benefício dos trabalhadores que seu rótulo estampa. Sê inteiro e não pela metade. Resgate, com honradez, a Natureza que foi soterrada. Transfira seu olhar para as aflições dos seus. Transforme a discussão envaidecida de egos em política pública. Dê lugar à reparação integral e se veja livre da abstenção. Seja seu átrio reduto de edificação do valor social do trabalho. Mas, sobretudo, sê fiel à cultura da prevenção. Segue-se disso, de sol a sol, e colherá as aventuranças da função social que lhe acomete. Adeus; que nossa exortação pleno respeito faça frutificar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Carlos Drummond de Andrade. *A montanha pulverizada*. Disponível em <https://dialogosessenciais.com>. Acesso em data de 29/01/2019.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dent-zien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BOFF, Leonardo. *Ecologia: grito da terra, grito dos pobres*. 2ª edição. São Paulo: 2013.
- _____. *Sustentabilidade: o que é, o que não é*. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.
- BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). In: *Estudos Avançados*, São Paulo, 18 (51), 2004.
- Carta Encíclica *Laudato Si* do Santo Padre Francisco sobre o cuidado da casa comum. Disponível em http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html. Acesso em data de 31/01/2019.
- DE LA GRESSAYE. Brethe. *La corporation et l'état. Apud*. CESARINO JÚNIOR, A. F.. *Direito corporativo e direito do trabalho*. São Paulo: Livraria Martins, 1940.
- CARVALHO, Délon Wiinter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Direito do trabalho e modernização jurídica*. Brasília: Consulex, 1992.
- _____, *Curso de direito do trabalho*. 14ª edição. São Paulo: LTr, 2015.
- ELKINGTON, John. *Sustentabilidade, canibais com garfo e faca*. São Paulo: M. Books do Brasil Editora Ltda, 2012.
- FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 13ª edição. São Paulo: Edusp, 2008.
- GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. Tradução de Sérgio Faraco. LPM editora: Montevidéu, 2010.

⁴⁶ SHAKESPEARE, William. *Hamlet*. Tradução de Millôr Fernandes. Porto Alegre: L&PM, 2016.

HOBBSBAWN, Eric. *A crise do capitalismo e a importância atual de Marx*. Tradução (espanhol-português) de Marco Aurélio Weissheimer. Disponível em: <<http://www.cartamaior.com.br/templates>>.

ISSBERNER, Liz-Rejane e LÉNA, Philippe. *Progress, risk and responsibilities*. Unesco Courier, 1998. Disponível em <https://pt.unesco.org/courier/2018-2/antropoceno-os-desafios-essenciais-um-debate-cientifico>. Acesso em data de 31/01/2019.

JOSSEAND, Louis. *De la responsabilité du fait des choses inanimées*. Arthur Rousseau Éditeur: Paris, 1897 Arthur Rousseau Éditeur: Paris, 1987.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 25^a edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2017.

MARANHÃO, Ney. *Responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade: uma perspectiva civil-constitucional*. São Paulo: GEN/Método, 2010.

_____. *Poluição Labor-Ambiental: abordagem conceitual da degradação das condições de trabalho, da organização do trabalho e das relações interpessoais travadas no contexto laborativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

_____. Comentários art. 7º, inciso XXII, da Constituição do Brasil. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coordenadores científicos). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NEVES, Luiz Paniago. *Segurança de Barragens – Legislação federal brasileira em segurança de barragens comentada*. ANM: Brasília, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Volume III. 13^a Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

PEREIRA, Osny Duarte. *Ferro e independência. Um desafio à dignidade nacional*. Rio de Janeiro, 1967.

QUIRINO, Célia Galvão; MONTES, Maria Lúcia. *Constituições brasileiras e cidadania*. São Paulo: Ática, 1987.

RAFAEL, Herbert Miguel Angel Maturano. *Análise do potencial de liquefação de uma barragem de rejeito*. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Engenharia Civil, 2012.

ROMITA, Arion Sayão. *Os direitos sociais na Constituição e outros Estudos*. São Paulo: LTr, 1991.

SALEILLES, Raymond. *Les Accidents de Travail et la Responsabilité Civile – Essai d'une Théorie Objective de la Responsabilité Delictuelle*. Arthur Rousseau Éditeur: Paris, 1897.

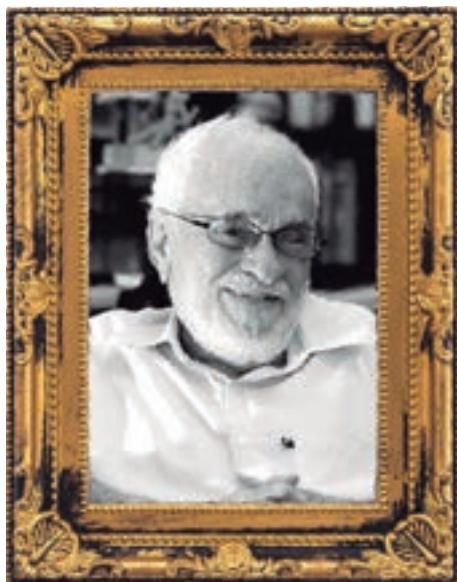
SHAKESPEARE, William. *Hamlet*. Tradução de Millôr Fernandes. Porto Alegre: L&PM, 2016.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 10^º edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. São Paulo: Saraiva, 1974.

VERDIER, Jean Maurice. *Traité de droit Du travail*. Coordenação de Camerlynck, Paris, 1968.

WEBER, Max. *The theory of social and economic organization*. Tradução de A. R. Henderson e Talcott Parsons. Nova York: Hodge, 1947.



Benedito Nunes

CÁTEDRA X

NOTAS SOBRE A DIFERENCIACÃO FUNCIONAL NO PENSAMENTO DE LUHMANN

Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti

A partir do minicurso pronunciado pelo Professor Artur Stamford, no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, é que o presente artigo acerca dos pensamentos de Niklas Luhmann foi formulado.

De modo geral, os advogados, juristas do dia-a-dia, acostumados com as lides forenses, tendem a acreditar que o pensamento de Luhmann se mostra difícil e hermético. Numerosos artigos contribuem para essa concepção, visto que não oferecem respostas sólidas, levando a um acúmulo de dúvidas. Além disso, questiona-se a importância dos livros de Luhmann para a Sociologia Jurídica e para o próprio Direito.

A partir da insatisfação com os artigos lidos, a busca por maiores esclarecimentos sobre Luhmann e sua obra torna-se necessária. Adotando um viés mais pragmático, antes de conversar com os Sociólogos, esclarecimentos sobre Luhmann podem ser encontrados num dos grandes mestres do Direito Civil, Karl Larenz, o qual ensina:

NIKLAS LUHMANN investigou a função da dogmática jurídica no contexto do sistema jurídico, entendido como um sistema parcelar da sociedade. As <<teses sobre a dogmática>> que formula merecem tanto mais a nossa atenção, quanto se encontram isentas de qualquer ideia preconcebida, como infelizmente sucede hoje, não raramente, em muitas manifestações das bandas dos sociólogos¹.

Se Larenz destacava a obra de Luhmann como algo novo, isenta de ideias preconcebidas, isso já indicava que o autor, objeto deste artigo, tinha valor. De toda sorte, o pensamento parece complexo e de difícil acesso. As leituras que parecem das mais didáticas e esclarecedoras se encontram nas lições de

¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 6^a edição. Lisboa: Fundação Caloustre Gulbenkin, p.320.

Mario Losano (2011, pp.291), abaixo transcritas: “Enquanto para os juristas o direito constitui a totalidade de sua análise, para Luhmann o Direito é um subconjunto do todo social”².

E mais na frente:

Para Luhmann, a linguagem científica é “recursiva”, no sentido de que cada definição baseia-se em definições precedentes; em outras palavras, a linguagem científica se autoalimenta, afastando-se da linguagem natural. (...) O discurso de Luhmann resulta difícil não porque desestruturado, elíptico ou aforístico, mas porque o objeto do seu sistema didático é um conjunto de conceitos em que um remete ao outro, contribuindo reciprocamente para definir-se e separando-se, assim, da linguagem natural própria do leitor³.

A obscuridade Luhmaniana, no entanto, permanece, uma vez que sua linguagem é recursiva e de difícil acesso. Não por acaso, muitos são os questionamentos se o autor poderia ou não se integrar ao cânone da Sociologia Jurídica. Losano (2011, pág.303), mais uma vez, esclarece:

O problema é que, por trás da obscuridade, pode se esconder não apenas o toque do gênio, mas também o vazio ou a obviedade. Fique claro que eu tendo a colocar os escritos de Luhmann na área dos escritos provavelmente geniais, mesmo que este meu julgamento esteja ainda em formação. Infelizmente, porém, diante da obscuridade, o leitor pode tirar suas conclusões somente depois de ter investido suas energias na decodificação do texto⁴.

Gradativamente, fica claro que Luhmann se diferencia dos demais sociólogos e apresenta uma teoria nova, distinta das demais, de difícil compreensão, mas que merece ser investigada. Das primeiras investidas na obra do sociólogo Tedesco, o conceito de diferenciação funcional ou sociedade diferenciada por funções é aquele que mais chama a atenção de um leitor atento.

Guilherme Leite Gonçalves e João Paulo Bachur (pp.118 e 119) esclarecem que:

A sociedade moderna é definida pela diferenciação de sistema parciais distintos, cada qual responsável pelo exercício de uma função específica infungível. Como visto, este pressuposto não é compatível com concepções totalizantes ou universais, próprias da pré-modernidade, que, por meio de uma identidade

² LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito, vol.3, do Século XX à pós-modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, pp.291 e seguintes.

³ LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito, vol.3, do Século XX à pós-modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, pp.291 e seguintes.

⁴ LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito, vol.3, do Século XX à pós-modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, pág.303.

religiosa ou moral, concentram a comunicação social e limitam as diferenças. As condições contemporâneas requerem formas menos simplificadas e mais adequadas à organização da hipercomplexidade do ambiente. Os sistemas sociais modernos são operativamente fechados, isto é, referem-se somente a si próprios. Na economia, só vale a lógica econômica, não argumentos morais ou religiosos; no direito, a lógica jurídica; e no sistema político, a política. Este fechamento se dá no plano das estruturas e das operações dos sistemas. Isto não significa, entretanto, que os sistemas são autistas ou cerrados uns para os outros. Ao contrário, cada sistema pode observar seu respectivo ambiente, ser “irritado” e oferecer prestações comunicativas para outros sistemas (i.e., disponibilizar estruturas que “ajudam” ou “atrapalham” outros sistemas – e o dinheiro é o exemplo mais clássico). Paradoxalmente, o fechamento operativo do sistema é condição para sua abertura cognitiva. As relações entre os sistemas jurídico, político e econômico ilustram muito bem esta definição: o aumento dos tributos, por exemplo, pode suscitar queda nos lucros para a economia, questões de constitucionalidade das leis para o direito e aumento da arrecadação para a política. Cada sistema é diferenciado entre si e cada um se apresenta para o outro como seu respectivo ambiente. As demandas externas são processadas pelo sistema de acordo com suas estruturas internas: não há determinação ou causalidade. Diante do influxo ambiental, o sistema produz irritações – na verdade, autoirritações – que serão operacionalizadas de modo autorreferencial. Em outras palavras: os sistemas se abrem para o ambiente sem, todavia, perderem sua identidade, ou melhor, mantendo sua diferença⁵.

Na mesma linha vão as palavras do Professor Artur Stamford (p.92):

(...) nas sociedades funcionalmente diferenciadas que, devido aos meios de comunicação simbolicamente generalizados (MCSG), passamos a distinguir comunicações sobre arte, ciência, direito, economia, educação, política, religião. Afinal, o sentido é produzido na trama das operações com sentido (no sistema mesmo); sentido não é uma qualidade do mundo ou de um pensamento. A memória que constitui o sentido é justamente a conservação das condições mínimas para que ocorra a seleção do que tem sentido. Trata-se do primado da diferenciação⁶.

O próprio Luhmann, na sua obra *Complejidad y Modernidad de la unidad a la diferencia* (pp.78 e 79), bem explica que:

La diferenciación funcional organiza los procesos de comunicación en torno a funciones especiales, que han de ser abordadas a nivel de la sociedad. Puesto que todas las funciones necesarias tienen que ser realizadas y son interde-

⁵ *O Direito da Sociologia de Niklas Luhmann* por Guilherme Leite Gonçalves e João Paulo Bachur no Manual de Sociologia Jurídica, coord. Felipe Gonçalves Silva e José Rodrigo Rodriguez, São Paulo: Saraiva, pp.118 e 119.

⁶ SILVA, Artur Stamford. *10 Lições sobre LUHMANN*. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, p.92.

pendientes, la sociedad no puede conceder primacía absoluta a ninguna de ellas. Tiene que usar un segundo nivel de formación de los subsistemas para instituir una primacía de funciones específicas limitada a un conjunto especial de relaciones sistema/entorno. Ejemplos al respecto son la función política de producir decisiones colectivamente vinculantes, la función económica de asegurar la satisfacción de necesidades futuras dentro de horizontes temporales ampliados y la función religiosa de »interpretar lo incomprensible«. En estos casos y en otros, la diferenciación comienza bastante pronto como *una diferenciación de roles*⁷.

Na mesma senda vai o Glosario sobre la Teoria Social de Niklas Luhmann (pp.61 e 62):

En esta sociedad diferenciada por funciones (o por diferenciaciones funcionales), los sistemas parciales son desiguales por la función que cada uno de ellos desarrolla. Todo sistema parcial se diferencia y se define con base a la función específica que desarrolla en la sociedad: los principales son el sistema político, el sistema económico, el sistema de la ciencia, el sistema de la educación, el sistema jurídico, las familias, la religión, el sistema de salud, el sistema del arte. La comunicación fundamental en la sociedad está por tanto estructurada alrededor de estas funciones. Toda función -se desarrolla de modo autónomo por un sistema parcial. Todo sistema parcial hipostatiza el primado de su propia función, que determina la orientación de la misma: en otras palabras, todo sistema parcial observa la sociedad a parcial de la propia función. Tal orientación se estructura por una distinción binaria [véase código], que no admite interferencias externas en la ejecución de la función. En cada uno de los sistemas parciales el código conlleva un rechazo a las distinciones de los demás sistemas, así como una aceptación de su validez en la sociedad. Por ejemplo, el sistema económico rechaza en su interior la orientación de la ciencia, pero acepta la relevancia de ésta en la sociedad. Utilizando un concepto del lógico Gotthard Günther, la sociedad diferenciada por funciones se define por esto como policontextural: muchas codificaciones tienen validez simultánea aunque se rechacen mutuamente.(...) La sociedad diferenciada por funciones es el primer ejemplo de sociedad con carácter mundial: incluye todas las comunicaciones producidas en el mundo, sin límites ligados a discontinuidades territoriales. Mientras que antes de la era moderna la sociedad fue siempre definida dentro de límites territoriales, más allá de los cuales rigen condiciones de comunicación diferentes, actualmente en el mundo existen condiciones sociales uniformes: las diversas funciones (la economía, la política, la educación, la ciencia, la salud, etcétera) no se desarrollan dentro de límites territoriales, aunque sí simultáneamente en todo el mundo. Por lo tanto, ya no es posible definir la unidad de la sociedad mediante límites territoriales: las diferencias entre áreas geográficas pueden observarse sólo con referencia a una

⁷ LUHMANN, Niklas. Complejidad y Modernidad de la unidad a la diferencia. Madrid: Editorial Trotta, pp.78 e 79.

sociedad global, que funge como contexto para valorarlas, por ejemplo a través de las distinciones entre áreas desarrolladas y áreas subdesarrollo⁸.

Do exposto, fica evidenciado que o Direito se diferencia dos demais sistemas sociais, por sua função, mas interagindo com os demais subsistemas que compõem a sociedade. Tratando especificamente do sistema jurídico, Luhmann faz a seguinte indagação: como é que essa diferenciação e autonomização funcional do direito positivo é alcançada e mantida através de longas cadeiras decisórias? E ele mesmo responde:

Em princípio, esta é a resposta: pela Instauração de processos em um sistema jurídico diferenciado. Como já foi exposto anteriormente (p. 177 ss. e p. 207 ss.), os processos são sistemas sociais de tipo especial, institucionalizados de forma tipológica, sendo realizados de modo único para a seleção de decisões coletivamente vinculativas. Tais processos servem de sustentação da diferenciação do direito - inicialmente no plano da aplicação do direito, ao libertá-la da consideração de vários papéis e formulando, em substituição, normas jurídicas específicas enquanto programação das decisões, que por elas têm que orientar-se. Mais adiante, esses processos atingem também o plano legislativo do estabelecimento do direito, exercendo a função da construção de normas já conscientemente, e não mais de forma latente e secundária. Assim como no caso da transição para o direito das grandes culturas antigas, a transição para o direito positivo também está condicionada ao desenvolvimento dos processos correspondentes. Só quando, e na medida em que dispõe-se permanentemente de processos enquanto padrões comportamentais solidamente institucionalizados é que se torna possível sustentar o elevado risco de uma diferenciação, permitindo a sustentação do direito em si mesmo. Como já foi acentuado, isso não significa que o direito surge a partir de si mesmo, sem um estímulo externo; mas sim que só se torna direito, aquilo que passa pelo filtro de um processo e através dele possa ser reconhecido. Nesse mesmo sentido, a diferenciação do direito não quer dizer que o direito não tem nada a ver com as outras estruturas, regulamentações e formas de comunicação social e estaria como que solto no ar; mas tão-só que agora o direito está mais consequentemente adequado à sua função específica de estabelecer a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas, aceitando dos outros âmbitos funcionais apenas aquelas vinculações e aqueles estímulos que sejam essenciais para essa função especial⁹.

E é complementado por Larenz (pp.323 a 325):

No modo de expressão próprio de LUHMANN, pode-ser-ia dizer que a dogmática serve tanto ao acréscimo como à redução da «complexibilidade» das decisões

⁸ CORSI, Giancarlo e outros. *Glosario sobre la Teoría Social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana, Anthropos Editorial del Hombre, pp.61 e 62.

⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, pp.18 e 19.

possíveis. O próprio LUHmann chega a este resultado por uma outra via. O recurso a normas jurídicas, diz ele, que são criadas para uma multiplicidade de casos e que lhe são aplicadas, é indispensável «como plataforma de regulação»; sem elas não pode falar-se de «Direito». Daí resulta o problema da aplicação dessas normas a «casos». Nenhum «caso» é idêntico a outro sob todos os aspectos. Os «casos» são, portanto, variáveis. Se agora – devido à primeira função da dogmática – também a interpretação das normas jurídicas é variável, então a relação entre norma e caso é uma relação entre duas variáveis; e, como diz LUHmann «reciprocamente» variável. Daí recorre para LUHmann a segunda função da dogmática. Esta reside «em restringir a arbitrariedade das variações, que se tornam possíveis se se imagina uma relação como reciprocamente variável – ou seja, se não só os casos se deve acomodar às normas, como também a aplicação das normas se deve acomodar aos casos. Mediante a dogmatização do material jurídico – e isto quer dizer, em primeiro lugar, mediante a sua elaboração por classes de conceitos – conseguir-se-á «que não fique sem guia aquele ir e vir de perspectiva, frequentemente descrito, entre as normas e os factos e que este se saiba vinculado não só à situação a decidir mas também ao sistema jurídico e que não se lance em espiral para fora do ordenamento jurídico». Na medida em que a dogmática reflete as razões de semelhança dos casos, consegue-se que as soluções «dependem de pontos de vista constantes». A dogmática jurídica define, nos quadros desta sua função, «as condições do juridicamente possível», o que não pode significar senão que ela restringe a capacidade de variação tanto das normas como dos casos, ao assinalar os limites adentro dos quais uma solução pode ainda considerar-se conforme ao Direito, ou «plausível», no dizer do jurista. LUHmann relaciona, por fim, o duplo processo de acréscimo e redução de «complexibilidade» por parte da dogmática jurídica com a ideia de justiça, como aquele polo que indica a unidade da ordem jurídica como um todo e frente ao qual o sistema conceptual dogmático tem em conta a complexibilidade do Direito. A justiça refere-se às exigências gerais do Direito; a dogmática representa «o plano imanente ao sistema jurídico, no qual estas exigências se reespecificam e operacionalizam». Isto sucede através da evolução dos critérios que servem para diferenciar Direito e não Direito. Vistos formalmente, estes critérios consistiriam em «regras de diferenciação do igual e do desigual», para satisfazer as exigências da justiça. Mediante a elaboração de critérios deste tipo a dogmática serviria a «diferenciação do sistema jurídico» e no fundo, «a ideia» de que o Direito «deve ser tratado de acordo com critérios especificamente jurídicos». Digamos isto com as nossas próprias palavras: a dogmática realiza a mediação permanente entre as exigências últimas dos valores fundamentais e princípios geralmente aceites, tanto como o conjunto das normas «dadas», como entre estas – e, neste modo, em última instância, também com os próprios princípios – e as suas «aplicações» em situações multimídia e variáveis. (...) LUHmann coloca a questão «de se como é em geral ainda possível, sob condições socioestruturais dadas, uma dogmática jurídica e uma diferenciação, por ela garantida, do sistema jurídico¹⁰.

¹⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 6^a edição. Lisboa: Fundação Caloustre Gulbenkian, pp.323 a 325.

Guilherme Leite Gonçalves e Orlando Villas Bôas Filho (pp.101 e 102), por fim, esclarecem que:

Na teoria dos sistemas, o direito positivo guarda uma estreita vinculação com o processo de diferenciação funcional que marca a sociedade moderna. A positivação, na medida em que consiste no estabelecimento e na validação do direito por meio de decisões, pode ser compreendida como um mecanismo essencialmente reflexivo, uma vez que, por meio dela, o direito passa a regrar ele mesmo sua criação e mudança. A vinculação do direito positivo ao processo de diferenciação funcional da sociedade moderna – que consiste na formação de subsistemas autorreferenciais que desempenham funções específicas a partir de um código que lhes é próprio – acarreta problemas bastante evidentes ao sistema jurídico, sobretudo no que tange à sua capacidade de regulação e à sua legitimização, pois essa forma de diferenciação social impede que haja qualquer hierarquia entre os subsistemas. Em sociedades funcionalmente diferenciadas, todas as funções desempenhadas por cada um de seus subsistemas são essenciais para o sistema social global, de modo que a possibilidade de um primado funcional se estabelece apenas no âmbito do próprio subsistema, não podendo ser institucionalizado no sistema global¹¹.

Em face de tudo que foi exposto, pode-se concluir:

- 1º) As ideias de Luhmann são originais e fogem do senso comum;
- 2º) Para Luhmann o Direito se constitui num subconjunto do todo social;
- 3º) A sociedade moderna é formada pela diferenciação de sistemas parciais com funções específicas que refletem a hipercomplexidade do ambiente;
- 4º) A diferenciação funcional organiza a comunicação social em torno de funções especiais. Cada sistema é diferenciado e se apresenta para o outro como seu ambiente;
- 5º) Nenhum dos sistemas têm primazia sobre os outros, apenas desempenham funções distintas. Há uma diferença de papéis;
- 6º) Toda função se desempenha de forma autônoma por um sistema parcial;
- 7º) Para Luhmann, a transição para o Direito Positivo está condicionada ao desenvolvimento dos processos correspondentes. Na medida em que se dispõe de processos enquanto padrões comportamentais solidamente institucionalizados é que se torna possível sustentar o elevado risco de uma diferenciação;
- 8º) Em Luhmann a dogmática jurídica tem por função restringir a capacidade de variação tanto das normas como dos casos, ao assinalar os limites

¹¹ GONÇALVES, Guilherme Leite e BÔAS FILHO, Orlando Villas. *Teoria dos Sistemas Sociais Direito e Sociedade da obra de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva, pp.101 e 102.

dentro dos quais uma solução pode considerar-se conforme o direito, ou plausível no dizer do jurista;

9º) Em sociedades funcionalmente diferenciadas, as funções desempenhadas por cada um dos sistemas são essenciais para o sistema social global, de modo que a possibilidade de um primado funcional se estabelece apenas no âmbito do próprio sistema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CORSI, Giancarlo, et al. *Glosario sobre la Teoría Social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana, Anthropos Editorial del Hombre, 1995.
- GONÇALVES, Guilherme Leite; BÓAS FILHO, Orlando Villas. *Teoria dos Sistemas Sociais Direito e Sociedade da obra de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva.
- GONÇALVES, Guilherme Leite; BACHUR, João Paulo. O Direito da Sociologia de Niklas Luhmann. In: SILVA, F.; RODRIGUEZ, J. (Org). *Manual de Sociologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 6^a edição. Lisboa: Fundação Caloustre Gulbenkin, 1991.
- LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito*, vol.3, do Século XX à pós-modernidade. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- LUHMANN, Niklas. *Complejidad y Modernidad de la unidad a la diferencia*. Madri: Editorial Trotta, 1998.
- LUHMANN, Niklas. *Sociología do Direito II*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.
- SILVA, Artur Stamford. *10 Lições sobre LUHMANN*. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2016.



Inglez de Souza

CÁTEDRA XI

**CONVENÇÃO DA ONU SOBRE
DIREITO DO MAR/ 1982 – TEXTO ORIGINÁRIO
E ALTERAÇÕES: ACORDO DE IMPLEMENTAÇÃO/ 1994
E ACORDO DE NOVA YORK/ 1995**

Prof. Dr. Adherbal Meira Mattos

INTRODUÇÃO

A Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar/1982 é um texto extremamente positivo e muito amplo sobre direitos e deveres dos Estados nos Oceanos e Mares, composta de 17 partes, envolvendo os mais variados temas, após o fracasso das normas genebrinas sobre a matéria. O Acordo de Implementação da Parte XI da Convenção/1994 refere-se ao fundo do mar internacional (Área) e alterou as funções da Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos, mas não, a importância e o alcance da Convenção. Já o Acordo de Nova York/1995 cuida especificamente da pesca (de determinado tipo de pesca), em termos de conservação e ordenação das populações pesqueiras, complementado por atos normativos posteriores, envolvendo a Zona Econômica Exclusiva (ZEE) e o Alto Mar (AM), limitando uma de suas liberdades fundamentais - a liberdade de pesca - o que é negativo. Também não alterou a importância da Convenção, ao estabelecer e manter um Novo Direito do Mar entusiasticamente aceito e respeitado pela sociedade internacional, o que não ocorre com os Acordos supra citados.

CONVENÇÃO DA ONU

A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (Convenção da ONU/82, Convenção da Jamaica ou Convenção de Montego Bay) comprehende um Preâmbulo, 17 Partes e 9 Anexos, além da Ata Final da III Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Num só documento, dispõe sobre Mar Territorial, Zona Contígua, Estreitos Utilizados para a Navegação Internacional, Estados Arquipélagos, Zona Econômica Exclusiva, Plataforma Continental, Alto Mar, Ilhas, Mares Fechados ou Semifechados, Estados sem Litoral, a Área, Meio Ambiente Marinho, Investigação Cientí-

fica Marinha, Desenvolvimento e Transferência de Tecnologia Marinha e Solução de Controvérsias.

Quanto ao Mar Territorial (MT), fixou sua extensão até um limite de 12 milhas marítimas, onde o Estado Costeiro exerce plena soberania, que se estende ao espaço aéreo sobrejacente, ao leito e ao subsolo do mar. Segundo a norma genebrina sobre a matéria, abrigou o instituto jurídico da passagem inocente (inofensiva), para todos os navios, de todos os Estados. O Brasil, Estado-Parte da Convenção, em consequência, revogou o Decreto-Lei nº 1.098/70, que dispunha sobre um mar territorial de 200 milhas marítimas, e promulgou a Lei nº 8.617/ 93, que estabeleceu um mar territorial de apenas 12 milhas marítimas.

A zona contígua também passou a ter 24 milhas a partir da linha base do mar territorial (na realidade, pois, 12 milhas marítimas), nos termos da Convenção da ONU/82 e, consequentemente, da Lei nº 8.617/93. Nela, o Estado costeiro poderá tomar todas as medidas de fiscalização necessárias para evitar e reprimir infrações às leis e regulamentos aduaneiros, fiscais, de imigração ou sanitários, no seu território ou no seu mar territorial.

O regime jurídico de passagem pelos estreitos utilizados para a navegação internacional não afeta o regime jurídico das águas que o formam, nem o exercício, pelos Estados Costeiros, de sua soberania ou de jurisdição sobre as águas, seu espaço aéreo sobrejacente, leito e subsolo. A Convenção dispõe sobre o regime jurídico das águas dos estreitos, da liberdade de navegação e sobrevoo, da passagem em trânsito e da passagem inocente.

A Convenção normatiza sobre o regime jurídico das águas arquipelágicas, com base na soberania dos Estados Arquipélagos, salientando o direito de passagem inocente pelas águas arquipelágicas e o direito de passagem em trânsito pelas rotas marítimas arquipelágicas. O Estado Arquipélago, além de designar tais rotas, tem o direito de substituí-las. Pode, também, estabelecer sistemas de separação de tráfego, para a passagem segura de navios, os quais poderão, também, ser substituídos.

Na ZEE, o Estado Costeiro tem direitos soberanos para fins de exploração, aproveitamento, conservação e gestão de recursos naturais, renováveis ou não renováveis, das águas sobrejacentes ao leito do mar, do leito do mar e seu subsolo. Exerce, também, jurisdição quanto à colocação e utilização de ilhas artificiais, instalações e estruturas, à investigação científica marinha e à proteção do meio marinho. Sua extensão é de 200 milhas marítimas, a partir da linha de base do mar territorial (na realidade, pois, 188 milhas marítimas). Os demais Estados gozam, na ZEE, das liberdades de navegação, de sobrevoo e de colocação de cabos e oleodutos submarinos. O Estado costeiro fixa as capturas permissíveis dos recursos vivos de sua ZEE e determina sua capacidade de captura. Quando não puder efetuar a totalidade da captura permissível,

dará acesso a outros Estados ao excedente dessa captura, conforme condições estabelecidas em acordos entre as partes.

A plataforma (PC) do Estado Costeiro compreende o leito e o subsolo das áreas submarinas (continentais ou insulares) além do seu mar territorial, até, em princípio, uma distância de 200 milhas marítimas. A Convenção admite, porém, uma extensão maior (350 milhas marítimas), objeto de pretensão do Brasil junto à ONU, com base no Pré-Sal (petróleo) e na elevação do Rio Grande (pesquisa), através do LEPLAC (Plano de Levantamento da Plataforma Continental Brasileira). O Estado Costeiro exerce direitos exclusivos de soberania sobre a plataforma, para fins de exploração e aproveitamento de seus recursos naturais. Compreendem, estes, os recursos minerais e outro recursos não vivos do leito do mar e subsolo e os organismos vivos pertencentes a espécies sedentárias, que, ao período de captura, estão imóveis ao leito ou subsolo ou só podem mover-se em constante contato físico com esse leito ou subsolo. Tais direitos não afetam o regime jurídico das águas sobrejacentes ou do espaço aéreo acima dessas águas, nem a navegação e outras liberdades dos demais Estados, como a colocação de cabos e dutos submarinos. Os Estados Costeiros têm o direito de regulamentar a investigação científica marinha, a proteção do meio marinho, bem como a construção, operação e uso de ilhas artificiais, instalações e estruturas. Para tornar os limites marítimos do país compatíveis com a Convenção da ONU, o Brasil promulgou a Lei nº 8.617/93. Convenção e Lei falam em exercício de direitos de soberania sobre a plataforma para exploração e aproveitamento de seus recursos naturais. O mesmo ocorre na ZEE. No Mar Territorial, entretanto, há plena soberania. Tudo, de acordo com a atual Constituição Federal, que considera bens da União o mar territorial (art. 20, VI) e os recursos naturais da plataforma e da ZEE (art. 20, V).

No alto-mar não há exercício de soberania. *Res Communis* (e não *res nullius*), ele compreende todas as partes equóreas não incluídas na ZEE, no mar territorial ou nas águas interiores de um Estado, nem nas águas arquipelágicas de um Estado Arquipélago. Segundo a Convenção, as grandes liberdades do alto-mar são a liberdade de navegação, de pesca, de sobrevoo, de colocação de cabos e dutos submarinos, de construção de ilhas artificiais e de investigação científica. A Convenção analisa hipóteses de abaloamento, de assistência, de proibição de transportes de escravos, de cooperação na repressão da pirataria, e tráfico ilícito de estupefacientes e substâncias psicotrópicas de transmissões não autorizadas, de direito de perseguição, etc. A Convenção dispõe, ainda, sobre conservação e gestão dos recursos vivos do alto-mar, estabelecendo princípios legais sobre a pesca e cooperação na conservação e gestão dos recursos vivos do alto-mar.

A Convenção/82 define ilha como a formação natural de terra, rodeada de água, que fica a descoberto na preamar. As ilhas possuem mar territorial,

zona contígua, ZEE e plataforma continental. Contudo, as ilhas artificiais, instalações e estruturas, ZEE e na plataforma, não têm o estatuto jurídico de ilhas. O mesmo ocorre com relação a instalações e equipamento de investigação científica no meio marinho.

Para a Convenção, mar fechado ou semifechado significa um golfo, bacia ou mar, rodeado por dois ou mais Estados e comunicando com outro mar ou com outro oceano, por uma saída estreita, ou formado, inteira ou principalmente, por mares territoriais e zonas econômicas exclusivas de dois ou mais Estados Costeiros. A cooperação entre Estados Costeiros de mares fechados ou semifechados (diretamente ou através de uma organização) importa em coordenar a conservação, gestão, exploração e aproveitamento dos recursos vivos do mar, em desenvolver políticas de investigação científica marinha, em empreender programas conjuntos de investigação científica, etc.

Desde o inicio do século surgiram Declarações, Convenções e Projetos de interesse dos Estados sem Litoral. A Convenção da ONU/82 trata do Direito de Acesso ao Mar e a Partir do Mar dos Estados sem Litoral e Liberdade de Trânsito, que têm o direito de acesso ao mar e a partir do mar para o exercício de seus direitos, incluindo os relativos à liberdade do alto-mar e ao patrimônio comum da Humanidade. Gozam, também, de liberdade de trânsito pelo território dos Estados de trânsito, através de todos os meios de transporte. Finalmente, os Estados sem Litoral (e os Estados geograficamente desfavorecidos) participarão, numa base equitativa, ao aproveitamento dos excedentes dos recursos vivos das zonas econômicas exclusivas dos Estados costeiros da mesma região ou sub-região e em projetos de investigação científica marinha propostos a Estados costeiros.

Conforme a Convenção, a Área (com seus recursos) é patrimônio comum da Humanidade. Este é um dos princípios básicos que regem a Área, ao lado da cooperação, fins pacíficos, investigação científica marinha, transferência de tecnologia e proteção do meio marinho. A Convenção dispõe sobre o aproveitamento dos recursos da Área, seus órgãos, solução de controvérsias e pareceres consultivos. O papel da Autoridade (Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos) é fundamental, em termos de políticas de produção, sendo os minerais extraídos da Área alienados através dela, o que pode gerar distorção do princípio de patrimônio comum da Humanidade. Os órgãos principais da Autoridade são a Assembléia, o Conselho, o Secretariado e a Empresa. Sintetiza, esta, o poder da Autoridade e, pelo seu Estatuto, atua através de um Conselho de Administração e de um Diretor Geral. A Convenção elenca os seguintes meios para a solução de controvérsias: meios pacíficos, inclusive, conciliação; Tribunal Internacional do Direito do Mar (enfatizando sua Câmara de Controvérsias dos Fundos Marinhos, incompetente, porém para se pronunciar sobre o exercício, pela Autoridade, de seus poderes discricionários); Tribunais Arbitrais; Tribunais Arbitrais Especiais; e a CIJ.

A parte XII da Convenção trata da proteção e preservação do meio marinho, em termos de cooperação; assistência técnica; controle sistemático e avaliação ecológica; regras internacionais e legislação nacional para prevenir, reduzir e controlar a poluição no meio marinho; execução de normas; garantias; e responsabilidade. A cooperação é analisada no plano mundial e regional, pelos Estados, diretamente, ou por meio de organizações internacionais (notificação de danos, programas de investigação, troca de informações, etc), merecendo destaque, no setor, as Conferências do ACOPS (*Advisory Committee on Protection of the Sea*). Os Estados, diretamente ou por meio de organizações, prestarão assistência científica e técnica aos países em desenvolvimento. Há, também, controle sistemático e avaliação ecológica, quanto aos riscos ou efeitos de poluição. A Convenção trata da poluição de origem terrestre, da poluição proveniente de atividades relativas aos fundos marinhos sob jurisdição nacional, da poluição proveniente de atividades na Área, da poluição por alijamento, da poluição proveniente de embarcações e da poluição decorrente da atmosfera. Finalmente, prevê, a Convenção, como garantias para facilitar os procedimentos, a audiência de testemunhas, a apresentação de provas, em geral, e o exercício do poder de polícia dos Estados.

Todos os Estados e organizações têm o direito de realizar investigação científica marinha, respeitados os direitos dos outros Estados e organizações, com base nos seguintes princípios: realização com fins exclusivamente pacíficos; efetivação por métodos científicos compatíveis com a Convenção; não interferência com outras utilizações legítimas do mar; e respeito à proteção do meio marinho. A cooperação internacional respeitará a soberania dos Estados, através de informações, por meio de acordos bilaterais ou multilaterais. A realização e promoção da investigação científica marinha é analisada, pela Convenção, no mar territorial, na ZEE, na plataforma continental, na Área e no alto-mar, sendo que, nos três primeiros casos, os Estados costeiros têm o direito de autorizar sua condução por outros Estados, como decorrência de sua soberania. A colocação e utilização de instalações e equipamento de investigação científica no meio marinho são legais, mas não têm o estatuto jurídico de ilhas, não afetando, sua presença, a delimitação do mar territorial, da ZEE e da plataforma do Estado costeiro, e nem as rotas de navegação internacional. Em volta dessas instalações, porém, podem ser estabelecidas zonas de segurança de largura razoável, que não excedam uma distância de 500 metros. Estados e organizações são responsáveis por seus atos, pagando indenização pelos danos causados, sendo as controvérsias解决adas pelas partes ou através do Tribunal Internacional do Direito do Mar, dos Tribunais Arbitrais, dos Tribunais Arbitrais Especiais e da CIJ. Os Estados, por si ou através de organizações, promoverão o desenvolvimento e transferência de tecnologia marinha a todos os Estados interessados e aos países em desenvolvimento, quanto à exploração,

aproveitamento, conservação e gestão de recursos marinhos, à proteção do meio marinho e à investigação científica marinha. As formas de cooperação internacional compreendem programas e o estabelecimento de centros de investigação científica e tecnológica da marinha.

A Convenção da ONU, em sua Parte XV, trata da solução de controvérsias, em três Secções. Na Secção 1, fala em meios pacíficos, enfatizando o papel da conciliação. Na Secção 2, prevê procedimentos compulsórios conducentes a decisões obrigatórias. Trata-se do Tribunal Internacional do Direito do Mar (que conta com uma Câmara de Controvérsias dos Fundos Marinhos) de Tribunais Arbitrais, Tribunais Arbitrais Especiais e da CIJ, que terão plena jurisdição sobre qualquer controvérsia relativa à interpretação ou aplicação da Convenção. Na Secção 3, a Convenção dispõe sobre limites e exceções à aplicação da Secção 2, o que enfraquece a escolha dos procedimentos compulsórios conducentes a decisões obrigatórias.

Quanto aos limites, temos controvérsias quanto ao exercício, por um Estado Costeiro, dos seus direitos soberanos e ao tocante à investigação científica e à pesca. Quanto às exceções, temos hipóteses de delimitação de zonas marítimas e de atividades militares, além das controvérsias a respeito das quais o Conselho de Segurança da ONU estiver exercendo suas funções. Inúmeras foram as controvérsias ocorridas nos espaços marinhos, envolvendo navios de guerra e privados, direito de visita e perseguição, abalroamento, poluição, etc. A solução nem sempre foi legítima, por ausência de normas ou pela inexistência de um órgão julgador. Com a Convenção da ONU, há esferas próprias para solução de tais controvérsias, a despeito dos aspectos negativos de sua Secção 3.

Antes da Convenção, inúmeras foram as controvérsias internacionais mal-resolvidas ou não-resolvidas, a exemplo de Cunard x Mellon, Wildenhuss, Winbledon, Torrey Canyon, Amoco Cadiz, Onassis, Lotus, Panay, Corfu, etc. Com o TIDM, há vários casos solucionados ou encaminhados, isto é, objeto de resoluções definitivas ou de medidas provisórias, inclusive, um sobre pesca (tema objeto do Acordo de Nova York/95, entre Chile e CEE).

Marcante tem sido a atuação do Mestre Vicente Marotta Rangel no Tribunal, através de medidas provisórias ou de resoluções definitivas. Na segunda hipótese, (prompt releases), inter alia, podemos citar Caso Camouco (Panamá x França); Caso Monte Confurco (Seychelles x França); Caso Grand Prince (Belize x França); Caso Volga (Rússia x Austrália); Caso Juno Trader (São Vicente e Granadinas x Guiné Bissau); Caso Hossinmaru (Japão x Rússia); e Caso Tominaru (Japão x Rússia). Na primeira hipótese (provisional measures), inter alia, o Caso Mox (Irlanda x UK); Caso Ara Libertad (Argentina x Ghana), e Caso Artic Sunrise (Países Baixos x Rússia).

Dois são os instrumentos de IMPLEMENTAÇÃO da Convenção. O primeiro trata da Parte XI / 94 (Área) e o segundo - Acordo de Nova York/95

- da conservação e ordenação das populações pesqueiras (peixes transzonais e migratórios).

ACORDO SOBRE A IMPLEMENTAÇÃO DA PARTE XI DA CONVENÇÃO

O Acordo sobre a Implementação da Parte XI da Convenção – documento conhecido como Boat Paper – alterou as funções da Autoridade, do Conselho e da Empresa, após consultas feitas às Partes Contratantes da Convenção pelo Secretariado da ONU, envolvendo problema dos custos, Conferências de Revisão, transferência de tecnologia, limitação de produção, fundo de compensação, problemas ambientais, etc., com ênfase no poder de decisão do Conselho e da Empresa.

A Assembléia Geral da ONU, através da Resolução nº 48/263, de 28 de julho de 1994, aprovou o Acordo sobre a Implementação da Parte XI da Convenção. Acordo e Parte XI seriam aplicados como um só documento, conforme consta dos consideranda da citada Resolução, que de maneira profundamente estratégica, estabeleceu que futuras ratificações, confirmações formais ou adesões à Convenção significariam aceitação do Acordo, e que qualquer aceitação do Acordo importaria em prévia aceitação da Convenção. É o que se deduz do art. 2º do Acordo, onde suas disposições prevalecem sobre as da Convenção, além de seu art. 4º, 2, ao cogitar de um Estado obrigar-se pelo Acordo com manifestação simultânea de consentimento em obrigar-se pela Convenção, envolvendo não apenas os Estados-Partes, mas as próprias Organizações Internacionais (art. 8º do Acordo) e art. 305 da Convenção. Foi, sem dúvida, uma forma inteligente – embora discutível - de atrair grandes potências à Convenção, inclusive, membros do Big Five, além da União Européia e de países do quilate do Japão, África do Sul, Itália e Alemanha, em termos de aplicação provisória. Os EUA não são parte da Convenção, o que não ocorre com a Rússia, Reino Unido, França e China. Todos, porém, do BIG FIVE, aceitam, hoje, um MT de 12 mm.

O Acordo reforçou o papel da Autoridade, se examinarmos – e unirmos – os aspectos pontuais constantes das nove Seções do Anexo, em termos de custos, de planos de trabalho, de políticas gerais (inclusive de produção), de assistência econômica e de cláusulas contratuais. A Autoridade é – e continua sendo – o órgão poderoso do G-7, com amplos poderes de organizar e de controlar as atividades na Área (Anexo, Seção 1,1). Processa, por isso, os pedidos de aprovação dos planos de trabalho da Área, monitora o cumprimento desses planos, examina as tendências mercadológicas da Área, estuda o impacto potencial da produção mineral da Área sobre a economia dos Estados, adota normas e procedimentos para a proteção do meio ambiente

marinho, promove a condução da pesquisa científica marinha e adota tecnologias, próprias ao meio ambiente marinho.

Além disso, prevê o Acordo que os Estados e Entidades, mesmo em caráter provisório, componham a Autoridade, com obrigações idênticas aos demais membros (permanentes), o que inclui a obrigação de contribuir para o orçamento administrativo da Autoridade e o direito de patrocinar solicitações de aprovação de planos de trabalho para exploração (Seção 12, c, i, ii). Uma vez mais, nota-se a ênfase concedida aos planos de trabalho para exploração da Área. Os operadores serão obviamente, representantes de países centrais, numa holding, da qual auferirão lucro, em detrimento dos interesses dos países periféricos.

A Autoridade terá seu próprio orçamento (Seção L, 14) adotando normas, regulamentos e procedimentos (o que envolve teoria e prática), com ou sem a atuação do Conselho (Seção 1, 14 e 15). Mesmo no caso de medidas tomadas pelo Conselho, em caráter sempre provisório, através de relatórios e recomendações, cabe à Autoridade desempenhar, também, as funções da Empresa – até que a mesma opere diretamente – sob fiscalização da própria Autoridade, o que envolve uma série de medidas que, uma vez mais, corrobora a tese da sólida presença de Autoridade.

Aí estão incluídas funções da mais alta importância, como o acompanhamento das atividades de mineração dos fundos marinhos; condições do mercado de metais e seus preços; avaliação da condução da pesquisa científica marinha; controle do impacto ambiental; dados referentes à prospecção e exploração; avaliações tecnológicas; avaliação de informações; estudos das opções de políticas de gestão, etc (Seção 2, 1). Em consequência, as políticas de decisão serão estabelecidas pela própria Autoridade, embora em colaboração com o Conselho, o que enfraqueceu a atuação da Assembléia, originariamente prevista como órgão supremo da Entidade, em princípio, por consenso, mas, também, por meio de votação prevista no Acordo (por exemplo, maioria de dois terços).

A política de produção da Autoridade baseia-se nos seguintes itens: aproveitamento dos recursos da Área segundo princípios comerciais sólidos, em princípio, as atividades na Área não serão subsidiadas; não haverá acesso preferencial aos mercados para os minerais extraídos da Área; e os planos de trabalho obedecerão a cronogramas devidamente aprovados pela Autoridade, cuja política é ampla e abrangente (Seção 6), o que permite a assistência econômica (Seção 7) a países em desenvolvimento através da criação de fundos de assistência, principalmente, no caso de serem suas economias seriamente afetadas pela exploração de minerais dos fundos marinhos. O alcance e a duração dessa assistência serão determinados em cada caso, o que uma vez mais comprova o interesse (e a hegemonia) dos países de economia cêntrica,

em detrimento dos países emergentes. E mais: a noção de patrimônio comum da humanidade foi grandemente modificada pelo Acordo, tendo em vista os termos da Convenção.

A Autoridade ainda exerce prerrogativas no tocante às cláusulas financeiras dos contratos relativos à exploração na Área - protegida, inclusive, por um Comitê de Finanças estabelecido pelo Acordo - quanto a sistema de pagamentos; a taxas de pagamentos, mineração marinha, em equilíbrio com as taxas de pagamentos utilizadas na mineração terrestre; ausência de imposição de custos administrativos à Autoridade (e ao próprio contratante), o que enseja a adoção de um sistema de royalties e periódica revisão do sistema de pagamentos à luz das alterações das circunstâncias, de forma não discriminatória, sempre de comum acordo entre Autoridade e contratante.

O Acordo, em seu Preâmbulo, reafirma os princípios político- -jurídicos da Convenção, em termos de liberdade dos fundos marinhos, mas acabou por deturpar a nação de patrimônio comum da humanidade - a qual, de certa forma, já demonstrara desequilíbrio entre “recursos” e “minerais” - no intuito de facilitar a participação universal na Convenção, o que também consta do Preâmbulo. Daí redundou o comprometimento de implementar a Parte XI da Convenção, em conformidade com o Acordo e, também, que as disposições do Acordo e da Parte XI seriam interpretadas e aplicadas conjuntamente como único instrumento, sendo que “em caso de qualquer inconsistência entre este Acordo e a Parte XI, as disposições deste Acordo prevaleceriam” (Acordo, art. 2º).

Dois documentos integram o Boat Paper: O primeiro (Texto) reafirma que Acordo e Convenção (Parte XI) constituem um só instrumento legal, prevalecendo as provisões do Acordo sobre as da Parte XI. Além disso, futuras ratificações ou adesões à Convenção importarão em aceitação do Acordo, sendo que a aceitação da Convenção precederá à aceitação do Acordo. O segundo (Anexo) compõe-se de 9 Seções, incluindo custos, presente o poder de decisão da Autoridade - por meio da Empresa - sobre exploração e exploração dos recursos minerais da Área. Cogita, também, de um comitê financeiro, com vistas a contratos entre Autoridade e Estados; de transferência de tecnologia, inclusive mediante Joint Ventures; e da realização de uma Conferência de Revisão (art. 155 §§ I, 3º e 4º).

Em síntese, o Acordo acarretou mudanças no processo decisório, pois a Assembléia, prevista como órgão supremo, enfraqueceu perante o Conselho, o qual, por sua vez, também sofreu modificação em sua estrutura, composta de duas Câmaras envolvendo matérias orçamentárias, administrativas e financeiras. Houve, também, mudança na Empresa, que passou a atuar somente através de Joint Ventures. Por último, houve favorecimento dos interesses dos países centrais, com o enfraquecimento dos países periféricos, em razão da transferência de tecnologia ter deixado de ser obrigatória, como dispunha a Convenção.

ACORDO DE NOVA YORK

O outro instrumento de Implementação da Convenção de Montego Bay é o Acordo de Nova York, que trata da conservação e ordenação das populações pesqueiras – peixes transzonais e migratórios – citando o art. 63 da Convenção, que compreende as ZEEs de dois ou mais Estados e a zona exterior e adjacente a uma ZEE, o que envolve populações não somente da ZEE, como populações existentes entre ZEE e AM.

O Acordo, em seus Princípios Gerais (Parte II, art. 5º), combate práticas não-conservacionistas de populações pesqueiras da ZEE em hipóteses de migração para o AM; prevê estratégias para o controle da pesca em escala mundial através de novos instrumentos internacionais (que não menciona); trata da cooperação entre os Estados para tal efeito; defende a prática de uma pesca responsável; respeita o ambiente marinho; dispõe sobre assistência financeira, técnica e científica; sintetiza os deveres do Estado de bandeira em termos de pesca em AM através da investigação de infrações, assim como de medidas adotadas pelo Estado do porto; e reconhece as necessidades dos Estados em desenvolvimento.

Ariel Ricardo Massi, contudo, vislumbra, no conjunto do Acordo, uma sucessão de políticas estatais sob pretexto da conservação dos recursos vivos do AM por países centrais, contra países periféricos, através de forças especiais, assegurando, assim, o acesso privilegiado a tais recursos, o que – segundo ele – EROSIONOU seriamente o Direito do Mar da Convenção, no que diz respeito à liberdade de pesca em AM. O Acordo não tem aplicação universal e é complementado pelos seguintes processos normativos posteriores:

1 – Plano de Ação Internacional da FAO/2001, com a finalidade de prevenir, diminuir e eliminar a pesca ilegal, não declarada e não-regulamentada.

2 – Conferência de Queenstown Sobre Pescarias de Profundidade (Nova Zelândia/2003), onde observamos dois pontos centrais. O primeiro, trata da apropriação dos recursos vivos do Alto Mar, através de uma força especial, a “High Seas Task Force”, de 2006, com a ostensiva presença do WWF e da OCDE (o que denota a iniciativa política de países centrais). O segundo ponto é o Informe “Closing the Net”, também de 2006, com vistas ao fortalecimento do controle internacional da pesca; ao estabelecimento de um sistema global de informações sobre navios em AM; a conhecimentos científicos sobre pesquisa de pescarias em AM; à promoção de tecnologias; maior governança do AM; e, sem maiores detalhes, maior atenção aos interesses dos países periféricos.

3 – Acordo sobre Medidas do Estado do Porto Destinadas a Prevenir, Diminuir e Eliminar a Pesca legal, Não- Declarada e Não – Regulamentada. Nota-se, aqui, a repetição dos termos do Plano de Ação Internacional da

FAO. Trata-se do Acordo AERP/2009, que atribui ao Acordo de Nova York alcance de norma consuetuária de alcance universal, precisamente pela ausência de alcance convencional propriamente dito. Trata de portos, barcos e comércio, com base em cooperação e em informações, concluindo pela abolição de pesca ilegal, que atingiriam 70% do total do volume pesqueiro mundial.

A Convenção, como vimos, em seu Preâmbulo, em suas 17 Partes, Anexos e Ata Final, analisou toda a sistemática da pesca, ao tratar da conservação de recursos vivos, das capturas permissíveis, dos métodos de pesca, da concessão de licença aos pescadores, dos equipamentos de pesca, da fixação de quotas de captura, das épocas e zonas de pesca, da transferência de tecnologia de pesca, das populações de peixes anádromos e das espécies migratórias, catádromas e sedentárias.

A Convenção acata a pesca como uma das liberdades do AM (art. 87) e cuida da proteção e preservação do meio marinho (art. 192), afastando o pressuposto da inegociabilidade dos recursos vivos do mar. Esse detalhe, aliás, já constava de inúmeras normas anteriores à Convenção, com relação a crustáceos (1952), caça às baleias (1931 – 1946 – 1970), atum (1966), em diversas áreas, a exemplo do Pacífico Norte (1957), do Mediterrâneo (1963), do Sudeste da Ásia e Índia (1967) e do Mar de Bering (1970)). No Brasil, o Programa REVIZEE trata de recursos pesqueiros e da pesca artesanal e industrial.

A Convenção criou um novo Direito do Mar, onde a soberania plena (Mar Territorial) convive com direitos soberanos sobre riquezas renováveis e não-renováveis de certas regiões (Zona Econômica Exclusiva) e com a ausência de soberania (Alto Mar). Trata de inúmeros institutos normativos, onde a pesca é uma das grandes liberdades do AM, para todos os Estados, centrais e/ou periféricos. Liberdade, porém, não é anarquia, comportando certas restrições (pirataria, comércio ilegal de drogas, tráfico de pessoas e, no caso especial da pesca, controle e proteção).

O Acordo de Nova York, sobre certo tipo de pesca, apresenta políticas para seu controle em escala mundial, mas limitou a liberdade de pesca em AM, através da apropriação dos recursos marinhos por forças estatais especiais, prejudicando os países emergentes. É o que se deduz do conjunto normativo emanado do Acordo e de seus atos posteriores (a exemplo da Conferência de Queenstown), alteração que fere a Convenção, contraria o princípio do Mare Liberum de Grotius e viola o Direito Internacional.

Com efeito, o Plano Internacional de Ação da FAO, retro citado, cometeu equívoco técnico-jurídico ao igualar a pesca não – regulamentada à pesca ilegal. O Acordo AERP/2009 cometeu o mesmo erro, seguido pela Conferência de Queenstown, da qual emanaram aquelas forças estatais especiais, com vistas à apropriação de recursos marinhos. É o que consta da mencionada High Seas

Task Force e do seu Informe Closing the Net, favorecendo “países líderes” com atitudes hegemônicas que permitem a aplicação de sanções econômicas. Trata-se de privilégio concedido a um grupo minoritário de países industrializados (daí a anterior menção à OCDE), que exerce, a seu talante, pressão sobre a pesca em geral, através de poderosas Organizações Regionais de Ordenação Pesqueira (OROPs), cuja ação foi consolidada pelo mencionado Informe.

À primeira vista, o Informe Closing the Net parece defender a liberdade de pesca em AM, ao cogitar do controle de pescarias e da maior governança do alto mar, combatendo a pesca ilegal, a pesca não-declarada e a pesca não-regulamentada (INDNR), que considera crime ambiental de caráter predatório, resultante de pirataria, suborno e corrupção. Na realidade, porém, é favorável à ação de países desenvolvidos (Austrália, Reino Unido, Canadá), que, ao invés de punir os financiadores de atividades pesqueiras ilícitas, expulsam os países em desenvolvimento do mercado, através de radares marinhos, controle aéreo (drones, cuja utilização ainda não foi regulamentada) e fiscalização de portos, por meio de uma tecnologia de ponta que os países periféricos não possuem. Daí a anterior menção a forças especiais e a países líderes, os reais responsáveis pelo desrespeito a uma liberdade fundamental do AM, a liberdade de pesca – sob pretexto de conservação dos recursos vivos do alto mar – o que contraria princípio básico do Direito Internacional (Consuetudinário e Convencional).

Eis porque Ariel Ricardo Mansi adverte para a supressão da liberdade de pesca em AM. Pessoalmente, afasto a tese da supressão, adotando a da LIMITAÇÃO, até porque o Acordo não se refere a pesca em geral e, pelo art. 63 da Convenção, complementado pelo art. 64 (espécies altamente migratórias), o Estado Costeiro e os Estados pesqueiros é que deverão concertar as medidas necessárias à proteção e conservação de suas populações pesqueiras, diretamente ou através de organizações competentes. Lembro que o próprio art. 4º do Acordo respeita os direitos, a jurisdição e as obrigações dos Estados – de todos os Estados – nos termos da Convenção, cuja força normativa suplanta à do Acordo, conforme a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados/69. E, finalmente, como o Acordo trata de implementação, adito os seguintes itens básicos da Convenção em defesa da minha tese: o Direito de Pesca (Parte VII, Secção 2, art. 116), a Liberdade de Pesca (Parte VII, Secção 1, art. 87) e a Proteção e Preservação do Meio Marinho (Parte XII, art. 192).

CONCLUSÃO

1 – No caso da Convenção, elogável é sua análise objetiva do Mar, elemento vital para a sobrevivência humana – pesquisando sua imensidão inérnia, impermanência e isotropia (Pierre Royer) – em razão da dimensão que ocupa (Wagner Menezes). A fixação dos limites do Mar Territorial, da Zona

Contígua, da Zona Exclusiva de Pesca e da Plataforma Continental, *inter alia*, são detalhes decisivos à ação e ao diálogo, ao lado da preocupação com investigação científica marinha, solução pacífica de controvérsias, meio ambiente marinho e direitos dos países em desenvolvimento. Não podemos ignorar, contudo, o prejuízo que o sistema de quotas da ZEE pode acarretar aos países periféricos e a ausência de visita e de revista em casos de suspeita de tráfico ilícito de drogas em AM.

2 - No caso do Acordo de Implementação da Parte XI (Área), o princípio do patrimônio comum da humanidade foi literalmente alterado, houve o enfraquecimento da Empresa e a transferência de tecnologia deixou de ser obrigatória, em prejuízo dos emergentes. Teve, porém, a virtude de alavancar a Convenção, tornando-a viável e factível.

3 - No caso do Acordo de Nova York, não há dúvida de que, teoricamente, os Princípios Gerais de seu art. 5º são positivos, desde que produzam ações concretas, evitando flutuações negativas (Paulo Casella). Inadmissível, pois, a meu ver, a limitação da liberdade de pesca em AM, mesmo não se tratando de pesca em geral, mas de determinado tipo de pesca. Assim, a apropriação de recursos marinhos por “forças especiais” de países centrais (constante da Conferência de Queenstown, de 2003, integrante do Acordo, de 1995) conflita com a Convenção, ao desrespeitar uma das grandes liberdades do Alto Mar, o que é juridicamente inaceitável.

Resulta, daí, a necessidade de maior participação dos emergentes em reuniões de Órgãos das Nações Unidas sobre a temática, através, inclusive, de declarações interpretativas (pois o Acordo não admite reservas), ao lado de iniciativas em matéria de diplomacia oceânica, como a Comissão Mundial Independente para os Oceanos, de Portugal e a contribuição do Brasil, através do REVIZEE.

EX POSITIS, a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar permanece legal e legitimamente válida e eficaz, a despeito das alterações provenientes do Boat Paper, e do Acordo de Nova York (com seus atos posteriores), as quais refletem a perniciosa manifestação de Poder de países centrais contra países periféricos, agredindo sua Soberania nos grandes espaços marinhos, ao invés de promover maior atenção a seus interesses e desenvolvimento.

Trata-se do Poder-Dominação, tão bem analisado por Morgenthau, sensível no texto originário da Convenção (sistema de quotas da ZEE); no Acordo de Implementação de sua Parte XI (a holding que explora a ÁREA); e no Acordo de Nova York (desrespeito ao Alto Mar por “países líderes” e “forças especiais” que integram o Plano da FAO, o Acordo AERP e a Conferência de Queenstown).

Integrante do Direito das Gentes – que dificulta revogações, ab-rogações e derrogações – a Convenção, após o insucesso das tentativas genebrinas de normatização, combateu a anomia, ao criar e manter um Novo Direito do Mar

e ocupa decisivo papel no plano das relações internacionais, transnacionais e supranacionais, no contexto do atual mundo integrado e globalizado, face à relevância jurídica, política, econômica, estratégica, social e ambiental dos Oceanos e Mares.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CASELLA**, Paulo Borba - Direito Internacional no Tempo Moderno - de Suarez a Grócio, Atlas, S. Paulo, 2014.
- MANSI**, Ariel Ricardo, in La Convencion de las Naciones Unidas sobre el Drecho del Mar Frente a los Cambios Originados em el Acuerdo de Nueva York (1995) y Otros Processos Posteriores, in Direito do Mar - Desafios e Perspectivas, em homenagem a Vicente Marotta Rangel, Org. Wagner Menezes, Arraes Editores, CEDMAR-USP, Belo Horizonte, 2015.
- MEIRA MATTOS**, Adherbal - O Novo Direito do Mar, 2º Ed, Renovar, Rio de Janeiro, 2008.
- MENEZES**, Wagner - Apresentação do Direito do Mar - Desafios e Perspectivas, em homenagem a Vicente Marotta Rangel, Arraes Editores, CEDMAR-USP, Belo Horizonte, 2015.
- PUREZA**, José Manuel - O Patrimônio Comum da Humanidade. Rumo a um Direito Internacional da Solidariedade?, Ed. Afrontamento, Porto, 1998.
- RANGEL**, Vicente Marotta - Brazilian Law of the Sea, in Revista da Faculdade de Direito, vol. LXVIII, RT, S. Paulo, 1963.
- ROYER**, Pierre - Géopolitique des Mers et des Océans, Presses Universitaires de France, Paris, 2012.

O ESTADO DA CIDADE DO VATICANO E A DIPOMACIA DO PAPA FRANCISCO

Prof. Dr. Adherbal Meira Matos

Há um Estado *sui generis*, que merece um estudo à parte no Direito Internacional. É o Estado da Cidade do Vaticano, que se encontra localizado na cidade de Roma. Possui os três elementos essenciais à existencial estatal (território, população e governo). Logo, é um Estado, sede da Igreja Católica Apostólica Romana. A Santa Sé (Sede Santa) é a emancipação internacional do Vaticano, cuja personalidade decorre da soberania espiritual e temporal do Papa, Chefe Supremo da Igreja. O Papado, assim, reúne duas pessoas internacionais distintas: o Vaticano e a Santa Sé. É interessante notar, aqui, que a Santa Sé não é soberana porque constitui um Estado. Este é que foi criado em função dela, Santa Sé, que já existia. Sua personalidade internacional é anterior à Lei das Garantias, de 1871, e aos Acordos de Latrão, 1929.

São três, já o sabemos, os elementos essenciais de um Estado: o território, a população e o governo.

No caso do Estado da Cidade do Vaticano, o território é um enclave, pois é “encravado” em Roma e, ao mesmo tempo, um território “descontínuo”. Os Acordos de Latrão, de 1929, assim o preceituam. Estes Acordos compreendem um Tratado entre a Santa Sé e a Itália, quatro Anexos e uma Concordata. O primeiro dos Anexos contém a planta do território da Cidade do Vaticano. O segundo, a relação dos imóveis que gozam do privilégio da extraterritorialidade com isenção de expropriações e de impostos. O terceiro, a relação dos imóveis apenas isentos de expropriação e de impostos. E o quarto, um convênio financeiro. Já a Concordata se ocupa de assuntos religiosos pertinentes a essa espécie de acordos.

O “enclave” territorial encontra-se previsto no art. 3º do Tratado, onde a “Itália reconhece à Santa Sé a plena propriedade, o poder exclusivo e absoluto, e a jurisdição soberana sobre o Vaticano”, cujos limites estão indicados na planta que constitui o Anexo I. É em síntese, a Basílica de São Pedro, com o Palácio e jardins, além da Praça, que embora fazendo parte da cidade, continua a ser normalmente franqueada ao público, tudo num total de 0,44km². A parte

“descontínua” compreende as basílicas de São João de Latrão, de Santa Maria Maior e de São Paulo, com os prédios anexos, e o edifício de São Calixto (Art. 13), além do palácio pontifício de Castel-Grandolfo (art. 14). Até mesmo o “espaço aéreo” foi objeto de regulação, ficando proibido, de acordo com as regras do Direito Internacional, o sobrevôo do território do Vaticano por aviões de qualquer tipo (art. 7).

A população do Vaticano é uma população “funcional”, i.e., em razão da “função” que ali exercem seus habitantes. De acordo com as regras do Direito Internacional, estão sujeitas à soberania da Santa Sé todas as pessoas – aproximadamente mil – que possuem residência estável na Cidade do Vaticano (art. 9º), salvo hipótese de perda ou abandono de domicílio.

O governo é simultaneamente temporal e espiritual. Já no Preâmbulo, o Tratado reconheceu à Santa Sé, sobre o território do Vaticano, “plena propriedade, poder exclusivo e absoluto, e jurisdição soberana”. O art. 2º reza que “a Itália reconhece a soberania da Santa Sé no domínio internacional como atributo inerente à sua natureza, em conformidade com a sua tradição e com as exigências de sua missão no mundo”, o que é complementado pelo disposto no art. 4º: “a soberania e a jurisdição exclusiva que a Itália reconhece à Santa Sé, sobre a Cidade do Vaticano implica, consequentemente, que nenhuma ingerência da parte do governo italiano poderá nela manifestar-se, e que não existirá nela outra autoridade que não seja a Santa Sé”. O papado passou por duas fases distintas: antes e depois dos Acordos de Latrão.

Até 1870, possuía o Papa poder espiritual e poder temporal, quando perdeu o último, em virtude da Questão Romana, proveniente da anexação de Roma ao Reino da Itália, sob a dinastia da Casa de Sabóia. A Lei das Garantias, de 1871 – aceita pelos Estados, mas não pela Santa Sé – regulou sobre a inviolabilidade pessoal do Papa, imunidade de sua residência, direito de legação (ativo e passivo) e total independência no exercício de sua missão espiritual. A situação assim permaneceu até 1929, quando os Acordos de Latrão – entre a Santa Sé e o Reino da Itália – criaram, oficialmente, o Estado da Cidade do Vaticano – restabelecendo, assim, de modo efetivo, o poder temporal do Papa.

A partir daí, passou o Papa a ser reconhecido como um Chefe de Estado. A respeito, dispõe o art. 8º do Tratado: “A Itália, considerando como sagrada e inviolável a pessoa do Soberano Pontífice, declara puníveis o atentado contra ele e a provocação ao atentado, sujeito às mesmas penas previstas para o atentado, ou provocação ao atentado, contra a pessoa do rei. As ofensas e injúrias públicas praticadas em território italiano contra a pessoa do Soberano Pontífice, em discursos, atos ou escritos, são punidas como as ofensas e injúrias feitas à pessoa do rei”. É quando o Vaticano se comprometeu a ser permanentemente “neutro e inviolável”, ficando a Santa Sé “alheia às competições temporais

entre os outros Estados e às reuniões internacionais convocadas para esse fim” (art. 24). Por isso o Vaticano não integra a ONU.

O direito de legação encontra-se previsto no art. 12 do Tratado: “A Itália reconhece à Santa Sé o direito de legação ativo e passivo, segundo as regras do Direito Internacional. Os enviados dos governos estrangeiros junto à Santa Sé continuam a gozar, no Reino, de todas as prerrogativas e imunidades relativas aos agentes diplomáticos”. Afora isso, é conveniente lembrar que a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 1961, aceita dois tipos de representantes diplomáticos da Santa Sé (art. 14), sendo um de primeira classe(núncio) e outro de segunda classe (internúcio). Esse princípio advém, aliás, do Congresso de Viena, de 1815, e até nossos dias perdura.

Ainda merece menção o fato de que a Santa Sé conclui acordos internacionais sobre assuntos de sua competência (concordatas) e tem participado, como observadora, de algumas Conferências Internacionais, a exemplo do que ocorreu, em 1958, em Genebra (Alto-Mar). Válida, também, tem sido a mediação pessoal do Papa em alguns conflitos internacionais. É interessante frisar que, a despeito da natureza bilateral dos Acordos de Latrão (Santa Sé, de um lado, e o Reino da Itália, e outro), vêm eles sendo acatados e respeitados, em geral, pelos estados da sociedade internacional.

Tudo isso alimenta as relações internacionais da Santa Sé – como entidade soberana do Direito Internacional – com 180 Estados Soberanos, diretamente ou através de delegações apostólicas, com ênfase nos EUA, inclusive Taiwan e Palestina. Some-se a isso sua atividade em importantes organismos internacionais, como observador na ONU e, de forma direta, com a OIT, OEA, AIEA, UNCTAD e UNRWA.

A mediação do Papa Francisco (o argentino Jorge Mario Bergoglio) acatou e desenvolveu a mediação dos Papas Paulo I, Paulo II e Bento XVI, todos, autênticos atores internacionais. Francisco merece destaque, ao por fim ou evitar conflitos interestatais os mais diversos e diversificados, fortalecendo o engajamento diplomático da Santa Sé com a sociedade internacional em questões políticas, econômicas, sociais e ambientais.

É o que se constata, por exemplo, em 2015, em seu discurso em comemoração aos 70 anos da Organização das Nações Unidas, onde abordou temas como exclusão social, repressão de organismos interestatais, desenvolvimento humano, corrupção, hegemonia, advertindo para a importância e necessidade de reforma da Entidade, tornando-a acessível a todos os países. Enfatizou o desenvolvimento sustentável (ponto central do Encontro) e, ao tratar da dominação dos países centrais sobre os periféricos, citou a Teologia da Libertação, da década de 1960, na América Latina, levando em conta a desigualdade socioeconômica regional.

Em 2013, durante a Jornada Mundial da Juventude, no Rio de Janeiro, tratou do engajamento dos jovens na política, lutando pelo Bem Comum.

Trata-se de sua primeira viagem apostólica internacional. Em termos globais, sempre em busca das “periferias da existência”, merece destaque, em 2014, sua mediação na reativação das relações diplomáticas entre EUA e Cuba – problema há meio século sem solução – graças à colaboração do governo Obama, ora dificultado pelo governo Trump. No mesmo ano, o mundo aplaudiu sua extraordinária mediação entre Judeus e a Palestina, no Encontro Mahmud Abbas e Shimon Peres.

Os exemplos se sucedem, tanto no plano interno, como no plano externo. Neste, sobre a crise política da Venezuela; seu diálogo com as FARP na Colômbia; e sua atuação na reivindicação da Bolívia ao Chile por uma saída ao mar. Naquele, sua preocupação com a autoridade moral da Igreja quanto as denúncias (e apuração) de abuso sexual e sua firme decisão quanto a escândalos de corrupção do Banco do Vaticano, seguindo sua advertência, no twitter, de que é melhor uma Igreja “que indique o caminho”, ainda que “ferida”.

As viagens internacionais de Francisco coonestam esse raciocínio, tendo com símbolo de seu pontificado a “globalização da indiferença”. Em 2013, além do Brasil, visita apostólica à Itália sobre a crise dos migrantes em suas travessias pelo Mediterrâneo. Em 2014, Israel, Jordânia, Palestina, Coréia do Sul, Albânia, França e Turquia. Em 2015, Sri Lanka, Filipinas, Bósnia-Herzegovina, Bolívia, Equador, Panamá, Quenia, Uganda, República Centro-Africana, EUA e Cuba. Em 2016, México, Grécia, Armênia, Polônia, Georgia, Azerbajão e Sudão. Em 2017, Egito, Portugal, Myanmar e Bangladesh.

Todas essas viagens – a favor do diálogo e contra o anátema – caracterizam, positivamente, a mediação de Francisco tanto no plano econômico, como nos planos político, social e ambiental, contra relações de dominação e de imposição, corrupção, violência, minorias (a crise do rohinggas, em Myanmar), no contexto de um mundo desigual, na busca incessante do Bem Comum. Tudo isso reforça o papel da Santa Sé como entidade soberana do Direito Internacional e faz de Francisco um autêntico ator (agente, protagonista) global.

REFERÊNCIAS

- Bilateral and Multilateral Relations of the Holy See, Vatican State Documents, Vatican, 2009.
- MEIRA MATTOS, Adherbal – Santa Sé e Estado do Vaticano em Direito Internacional PÚBLICO. 4º edição. Quartier Latin/Funag. S. Paulo, 2010.
- PERNAMBUCO FILHO – O Estado do Vaticano no Direito Internacional. Belém, Pará, 1930.
- SOUZA, Paulo Bosco – A Santa Sé Sujeito de Direito Internacional. Direito em Ação. UCB/DF. Brasília, 2014.



Octávio Meira

CÁTEDRA XII

A IDENTIDADE JURÍDICA DO ESTADO PARAENSE SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DOS ESTADOS MEMBROS: UMA CONSTRUÇÃO VOLTADA À HISTORIOGRAFIA DAS CONSTITUIÇÕES DO ESTADO DO PARÁ¹

Carolina Silva Mendes Alcântara

INTRODUÇÃO

A identidade jurídica do Estado Paraense sob a perspectiva do princípio da autonomia dos Estados Membros só poderá ser compreendida por intermédio do estudo historiográfico das Constituições do Estado do Pará, revelando a necessidade de fortalecer a identidade paraense, tanto no âmbito Cultural, como administrativo e político. Para tanto, traçaremos apuração acerca da mudança do modelo monárquico para o modelo de Estado Federal, aperfeiçoando a autonomia dos estados membros, traduzindo objetivos e princípios para a persecução da sociedade paraense que se visa construir.

Não obstante, a autonomia dos Estados Membros inicia como método descentralizador do poder e se apresenta legalmente na previsão de que os Estados deveriam exercer seu poder sobre toda a matéria com competência não atribuída exclusivamente à União. Sob uma segunda perspectiva, a autonomia se apresenta como um legitimador para a construção de uma identidade jurídica própria. Ora, se o Estado Membro poderá criar uma Constituição própria, imprimirá nesta as tradições, a cultura, a história, os recursos naturais, os valores materiais e morais do povo, na tratativa em questão, paraense.

O princípio da autonomia dos Estados Membros que se origina do Poder Constituinte Decorrente é ponto nodal do Estado Federado. Assim, o texto contido na Constituição Paraense de 1989, prevendo a identidade jurídica vislumbrada, se torna evidentemente antagônico à herança cultural autoritária,

¹ Artigo Científico de Direito Constitucional, apresentado à Revista Jurídica “Digesto” organizada pelo Instituto Silvio Meira para publicação no ano de 2019.

corroborando com o entendimento que o direcionamento à sociedade paraense só se tornou possível com o avanço paulatino da autonomia dos estados membros, ocorrido após o fim do Império no Brasil.

1. AUTONOMIA DOS ESTADOS MEMBROS COMO ELEMENTO BASILAR AO MODELO FEDERATIVO: O PODER CONSTITUINTE DECORRENTE

Anna Cândida Ferraz (1979) ao tratar do surgimento da ideia do que vem a ser Poder Constituinte, deixa clara a sua origem na obra “Que é o Terceiro Estado?” de Emmanuel Sieyès, ainda no século XVIII, elaborada na intenção de criar precedentes para a Constituição escrita que teria origem na vislumbrada Revolução Francesa. A obra referida concretizou o princípio de que o homem, segundo a sua vontade, pode estabelecer a organização do Estado através de um corpo de regras escritas, superiores aos poderes que elas instituem (FERRAZ, 1979, pág. 10) com a clara intenção de limitar o poder dos governos e estabelecer garantias mínimas aos direitos dos cidadãos. Síncrono à necessidade de se organizar de modo escrito a sociedade é a origem do Poder Constituinte. Assim, a Constituição passa a ser uma legitimação para algo maior, o norte que deverá ser adotado em todas as áreas de estrutura e organização do Estado a que se propõem.

Neste sentido, a doutrina aponta uma diferenciação entre Poder Constituinte Originário e Instituído, sendo o primeiro interventor para estabelecer uma nova Constituição, organizando o Estado sem limites ou condicionantes do direito positivo anterior (...) manifesta-se para criar a norma jurídica interna – em sua obra fundamentam-se todas as outras instituições do Estado (FERRAZ, 1979, pág. 14); Já o Poder Constituinte Instituído, também chamado de derivado, remanescente, de segundo grau ou constituído, sendo criado (“instituído”) pela própria lei fundamental (Pág. 15) de modo a gerar mecanismos para complementar ou modificar a Constituição já existente.

Falamos de poder constituinte instituído pela incapacidade do Poder Constituinte Originário em suprir toda a matéria de caráter Constitucional que poderia surgir nos anos seguintes à promulgação da Carta Magna. A sociedade é intrinsecamente anterior a existência da Constituição, esta sendo a consequência social, econômica e política da Humanidade. Existem também duas modalidades de Poder Constituinte instituído: O Poder de Revisão Constitucional e o Poder Constituinte Decorrente. Iremos nos ater a segunda modalidade, ponto nodal da organização das entidades do Estado Federal, os Estados Membros. É, portanto, complementação da Constituinte em vigor por intermédio da criação de Constituições Estaduais, conforme ensinamentos de Anna Cândida:

Nos Estados Federais, a tarefa do Poder Constituinte originário não pode ser considerada completa se a Constituição Federal não admitir, expressa ou implicitamente, o exercício da função constituinte pelas entidades federadas. O Estado Federal é um Estado composto de coletividades dotadas de autonomia, cujo conteúdo principal é a auto organização, através de uma Constituição própria. Evidente, portanto, que o Poder Decorrente exerce uma atividade de natureza constituinte. (FERRAZ, 1979, Pag. 18)

Em concordância com Anna Cândida, Raul Machado Horta afirma que “é na Constituição Federal que se localiza a fonte jurídica do Poder Constituinte do Estado-Membro” (HORTA, 2002, Pág. 67) haja vista que é naquela que se encontra a previsão legal e abrangência que possibilita a concretização das Constituições dos Estados, formulando identidades Regionais. No Art. 25 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é preconizado que “*os Estados organizam- se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição*” devendo o Estado somente editar normas que não tenham sido atribuídas à União ou vedadas pela Constituição Federal. Horta emblematicamente indica a chamada “precedência”:

A precedência da Constituição Federal sobre a do Estado-Membro é exigência lógica da organização federal, e essa precedência, que confere validez ao sistema federal, imprime a força de matriz originária ao constituinte federal e faz do constituinte estadual um seguimento derivado daquele (...) A precedência lógico-jurídica do constituinte federal na organização originária da Federação torna a Constituição Federal a sede de normas centrais que vão conferir homogeneidade aos ordenamentos parciais constitutivos do Estado Federal, seja no plano constitucional, no domínio das Constituições Estaduais, seja na área subordinada da legislação ordinária. (HORTA, 2012, Pag. 69)

As “Regras de Preordenação” de Horta (Pág. 68) aplicadas aos Estados-Membros na Constituição Federal e identificadas nas Cartas Magnas Brasileiras a partir de 1934 funcionam como mecanismos evolutivos com base nas análises dos textos originais das Cartas de 1981 até 1988. Outro marco da Carta Magna de 1934 foi a atribuição de competências aos Estados, antes privativas da União inovando quanto à competência dos Estados e:

Admitindo a dupla atividade legislativa, federal e estadual bem como fixou-se, em linha de princípio, que as leis estaduais, nos casos de sua competência supletiva ou complementar, atendendo às peculiaridades locais, poderiam suprir as lacunas ou deficiências da legislação federal. (HORTA, 2002, Pag. 315)

Do estudo constitucional doutrinário e jurisprudencial identificamos a vinculação necessária entre uma Constituição Federal que resguarde – sob

o aspecto formal – princípios fundamentais para que o Poder Constituinte Decorrente exercido pelos Estados Membros seja um instrumento de impressão da *Identidade Jurídica* Regional. Não obstante, havendo obediência aos preceitos Federais, tais como a forma de Estado Federativo, Governo Republicano, Regime Presidencialista, Repartição de Competências e divisão dos Poderes, salvaguardados pela Constituição da República de 1988.

O Direito pode ter como fontes genéricas, a sociedade e o Estado. Contudo, não se pode negar que o Estado é a fonte de coercibilidade e, mesmo fontes não estatais (costume) buscam nessa estrutura organizada sua proteção e respaldo. Destaca-se, em tal perspectiva, caracterizadora, a coercibilidade (...) o Direito precisa do suporte da história, sociologia, de modo a apresentar caminhos plausíveis e propositivos. (BONAVIDES, Pag. 285)

2. CIÊNCIA DOS HOMENS NO TEMPO: A HERANÇA DE MARC BLOCH PARA A HISTORIOGRAFIA DO PROBLEMA

Inescusável tecer breves comentários ao ilustre historiador francês Marc Leopold Benjamin Bloch, um dos fundadores em 1929 da “Annales d’Histoire Économique et Sociale” e atualmente “Annales Économies, Sociétés, Civilisations” conhecida como “Escola dos Annales” que problematizava o fazer histórico na medida em que também era promotor de uma nova forma de realizar o estudo Historiográfico. Deste modo, afasta o costume anteriormente padronizado em uma pureza dos fatos históricos, um olhar sem criticidade por parte do historiador. Posteriormente, publica vários escritos decorrentes do seu apoio à resistência francesa no período da Segunda Guerra Mundial, havendo sua prisão em 1944. Onde, sem acesso as fontes formais ou notícias externas, Bloch escreve dois ensaios - sendo vital mencionar o “Apologie pour l’histoire” escrito no mesmo ano citado, mas inacabado pela abrupta morte do mesmo, por um fuzil alemão.

Talvez não seja inútil acrescentar ainda uma palavra de desculpas; as circunstâncias de minha vida atual, a impossibilidade em que me encontro de ter acesso a uma grande biblioteca, a perda de meus próprios livros, fazem com que deva me fiar bastante em minhas notas e em minha memória. As leituras complementares, as verificações exigidas pelas próprias leis do ofício cujas práticas me proponho descrever, permanecem para mim frequentemente inacessíveis. Será que um dia poderei preencher essas lacunas? Nunca inteiramente, receio. (BLOCH, 1997, Pag. 50)

A obra conta com uma série de indagações relevantes, alocando as noções metodológica, documental, de objetos e fundamentos da história, propondo uma “antropologia da história” referindo esta como a “ciência dos homens no

tempo” (BLOCH, 1997, Pag 67). Dentre as provocações levantadas nos parece proeminente tratar da apuração de um fazer histórico por intermédio da observação Crítica, questionando documentos, testemunhas, monumentos, prédios.

O manejo dos Registros neste lapso temporal (passado) é uma constância para interpretar o presente. Hoje nos parece lógico pensar em variáveis versões do mesmo fato, entretanto houve um período onde esse “pensar” era extremamente parcial. Para Bloch, o verdadeiro historiador é aquele que sabe “compreender”:

Não digamos que o historiador é alheio às paixões; ao menos, ele tem esta. Palavra, não dissimulemos, carregada de dificuldades, mas também de esperanças (...) A história, com a condição de ela própria renunciar a seus falsos ares de arcanjo, deve nos ajudar a curar esse defeito. Ela é uma vasta experiência de variedades humanas, um longo encontro dos homens. A vida, como a ciência, tem tudo a ganhar se esse encontro for fraternal. (BLOCH, 1997, Pag. 128)

Isto posto, a análise historiográfica das Constituições do Estado do Pará -mediante a política federal a partir da Proclamação da República - nos demonstra uma série de fatos históricos sem jamais exaurir as infinitas variáveis de todo o processo histórico, social, político e econômico que resultou na atual Constituição do Estado do Pará de 1989, fruto de uma “análise crítica” dos documentos históricos, não unívocos e muitas vezes identificados como antagônicos à outras evidências igualmente importantes. A importância da Constituição para a ciência do Direito também parte da preliminar do observar histórico (BLOCH, 1997, Pag 69). Corrobora José Afonso da Silva (2011) ao considerar Constituição, de modo amplo, como o “modo de ser de alguma coisa” e a “organização interna de seres e entidades” traduzindo a Constituição um “modo de ser, do Estado”.

3. A IDENTIDADE JURÍDICA PARAENSE VISLUMBRAADA PELA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARÁ DE 1989

3.1. CONCEPÇÃO CULTURALISTA COMO FUNDAMENTO DA CONCEITUAÇÃO DE IDENTIDADE JURÍDICA AO ESTADO PARAENSE

Quase que automaticamente afirmamos que a Constituição é o mecanismo de organização política e administrativa, nas suas esferas e distribuições de competências, no intuito de garantir um Estado Democrático de Direito. Mas, de onde vem esse sentimento de conceituação quase inherente ao discurso propositivo?

A doutrina moderna classifica os conceitos de constituições de acordo com a sua compreensão quanto ao próprio Direito, sua origem e aplicabilidade

(MEIRELLES, 1991, pág. 45), reduzindo em quatro: a jurídica, uma sociológica, outra política e a culturalista. Sob o ponto de vista da constituição na concepção jurídica, entenderemos a mesma como sendo uma norma, dita esta como lei fundamental e encontrando valor em si mesma, traduzindo o que Kelsen chama de “norma hipotética” simplificadamente chamada de “dever ser” da norma, ou seja, esta seria um pressuposto de validade da própria carta constitucional, inaugural e que segundo o posicionamento “jurídico-positivo” deve ser reduzida a um documento solene que contenha normas de validade suprema.

Partindo da concepção sociológica, o *dever ser* na verdade identifica o “ser”, formulando leis de acordo com a expressão da vontade social. A Constituição é mero produto da razão e obrigatoriamente reflete, em grau mais elevado, a realidade social, como bem elenca Meirelles:

Para o jurista, como tal, a Constituição constrói e determina a Sociedade, agindo sobre ela, modificando-a, dirigindo-lhe a evolução, para os sociólogos é a sociedade quem constrói e determina a Constituição, e esta constitui apenas um resultado ou reflexo das forças sociais, da realidade social, pura expressão dessa realidade. (MEIRELLES, 1991, pág. 49)

Quando tratamos da constituição como decisão política fundamental se faz imprescindível alusão ao alemão Carl Schmitt autor do clássico “Teoria da Constituição” (1928) que elenca a existência da Constituição derivada de uma Vontade Política existente, que formulará o direcionamento organizacional da Nação no intuito de atingir determinados fins, diferenciando o próprio texto constitucional em normas de “decisão política fundamental” e as que são unicamente “leis constitucionais”, partindo dessa análise afirma que o cerne da Constituição é o plano de fundo político que gera a edição da mesma e não o seu conteúdo.

As três concepções ora expostas focam sua atenção a determinado viés interpretativo, afastando as demais ou às reduzindo a dimensões secundárias. Importante frisar que esse afastamento não se deve a falta de compreensão quanto a complexidade inerente à Ciência Constitucional como um todo, ao Direito e a Vida Humana por parte dos supramencionados estudiosos, mas pela adoção de prioridades teóricas de cunho metodológico, estando inevitavelmente inseridos as ideologias, modos de interpretar as ciências e vislumbres do desenvolvimento de uma Nação. Deste modo, a formulação de novas hipóteses e aperfeiçoamento das aplicações práticas dessas teses - bem como as contrapostas - representam o elevado grau de contribuição desses colecionadores de memória².

² Termo utilizado para caracterizar e homenagear todos aqueles que registram a história, seja por intermédio da aplicação de uma norma da Ciência do Direito, seja pela análise historiográfica de um determinado povo, seja pela catalogação de fatos da vida cotidiana. Pluralidade de conceituações.

Quando partirmos ao estudo da quarta concepção da Constituição, nomeada como Culturalista, entendemos que essa complexidade pode e deve ser ponto de partida para a compreensão amplificada da Carta Magna, para além da norma. Essa abordagem integra um campo de visão vasto havendo, tendo os efeitos da Constituição sobre a Sociedade e vice versa, como aponta Meirelles Teixeira (1991):

Uma formação objetiva da cultura que encerra, ao mesmo tempo, elementos históricos, sociais e racionais, aí intervindo, portanto, não apenas fatores reais (natureza humana, necessidades individuais e sociais concretas, raça, geografia, uso, costumes, tradições, economia, técnica) mas também espirituais (sentimentos, ideias morais, políticas e religiosas, valores) ou ainda elementos puramente racionais (técnicas jurídicas, formas políticas, instituições, formas e conceitos jurídicos a priori) e finalmente elementos voluntaristas, pois não é possível negar-se o papel da vontade humana, da livre adesão, da vontade política e social, e de organização do Direito e do Estado. (TEIXEIRA, 1991, pág. 58 e 59)

O precursor do discurso Culturalista no Brasil foi o professor, filósofo, jurista e escritor Tobias Barreto (1839-1889), posteriormente esmiuçado e aperfeiçoado pelo ilustre jurista Miguel Reale. Crítico ao naturalismo e ao ecletismo, Tobias Barreto, um dos principais nomes da aclamada *Escola do Recife*³ solidifica uma doutrina voltada a historicidade para o Direito ao realizar uma forte contraposição ao pensamento ecletista espiritualista, destrinchando o positivismo e diferenciando inclusive Cultura de Civilização, no decorrer do seu trabalho literário filosófico.. Identificamos a forte tendência Culturalista em seu escrito “A ideia de Direito” (1991) onde grifa que “o Direito não é filho do céu, é simplesmente um fenômeno histórico, um produto cultural da humanidade” (pág. 48).

Afasta a comum alegação de que a realidade metafísica estaria sobreposta a realidade histórica das nações, como se a primeira fosse anterior a própria formação das sociedades. Ao contrário, anuncia a Cultura como sendo o eixo nodal e inevitavelmente profundo, dotado de extensões muito além da norma, crença ou motivação que reduza o campo de visão do Direito.

A compreensão tridimensional do Direito sugere que uma norma adquire validade objetiva integrando os fatos nos valores aceitos por certa comunidade num período específico de sua história. No momento de interpretar uma norma é necessário comprehendê-la em função dos fatos que a condicionam e dos valores que a guiam. A conclusão que nos permite tal consideração é que o Direito é norma e, ao mesmo tempo, uma situação normatizada, no sentido

³ Escola de Recife.

de que a regra do Direito não pode ser compreendida tão somente em razão de seus enlaces formais (CARVALHO, 2011, p. 186).

O professor Reale concebe então, o mundo do “ser” condizente com a realidade social, devendo o Direito suprimir essa necessidade de acordo com sua demanda, enquanto que o mundo do “dever ser” se dirige à um modelo social almejado, uma conduta previamente estipulada, transcendendo aqui o mero positivismo jurídico, por entender a visão tridimensional do Direito como equilíbrio entre fato, valor e norma. Contrapondo o aspecto puramente normativo do Direito, com abrangência cultural, histórica, social, econômica, política em harmonia ao conjunto de normas ordenadas.

3.2. IDENTIDADE JURÍDICA COMO CONCEITO

A expressão “identidade jurídica” se baseia na premissa de historicidade e não convencionalidade natural como se verá. Almejamos alocar a identidade jurídica do Estado do Pará por intermédio do método historiográfico por intermédio do princípio da autonomia dos entes federados, utilizando da análise dos textos Constitucionais Estaduais, e para tal fim, não nos escusamos da definição própria de certos termos, no intuito de refinar a compreensão de cunho regional sob a óptica do Direito Constitucional, materializado pela Constituição do Estado do Pará.

Os princípios são pilares estruturais, dentre os quais o conceito de identidade nominal faz parte, previsto no Art. 1º da Constituição Federal de 1988, entretanto, não abarcando a profundidade do conceito proposto para Identidade Jurídica, por se ater somente à nomenclatura que deve ser reconhecida internacionalmente, configurando certa identificação formal ao país. Comumente se vincula o termo identidade, originária do latim *identitas* a algo que confere unicidade ou igualdade, tendo como ideia base a reunião de características próprias de determinado indivíduo ou grupo que acabam por incorporar uma imagem externa, identificada pela sociedade. Enquanto que o termo *jurídico* indica algo relacionado ao Direito, conferindo validez e legalidade.

Assim, Identidade Jurídica do Estado pode ser compreendida como o conjunto de princípios e normas, derivadas de um processo histórico, materializada na edição da Constituição do Estado vigente, havendo um significado mais que semântico de seu texto escrito, vislumbrando um caminho que deve ser percorrido para a edificação de uma Sociedade Paraense mais evoluída. Em análise macro, inspirando uma atuação consciente na organização política e administrativa que esteja vinculada ao comprometimento com pautas necessárias, desde a organização urbanística sustentável ao pleno respeito dos direitos humanos, nas suas mais variadas formas e com acesso aos serviços essenciais

para uma vida digna na esfera privada. E, para atingir tal fim, ampara seu processo na cultura de um povo.

3.3. ANÁLISE CRÍTICA DO PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DO ESTADO FEDERAL BRASILEIRO SOB UMA PERSPECTIVA PARAENSE: A CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARÁ DE 1989

3.3.1. EPÍTOME HISTÓRICA E A SOLIDIFICAÇÃO DE UMA CULTURA BRASILEIRA E PARAENSE

O Poder Constituinte Decorrente por parte do Estado Membro, partindo da análise da conjuntura histórica, política, econômica e social do Estado do Pará, busca - ao menos teoricamente - promover o Desenvolvimento Estadual no exercício de sua Autonomia. Importa também salientar que essa busca por autonomia não se materializa por intermédio de um ordenamento jurídico acidentalmente, haja vista que o precedente histórico, de iminente caráter social, revela a afirmação do autoritarismo como resquício ainda presente na sociedade brasileira e na esfera paraense, motivo pelo qual o Constituinte precisa elencar meios para salvaguardar a Sociedade.

Inescusáveis divergências históricas de interesses entre os indivíduos geographicamente distribuídos na área do Estado Paraense, resistências sociais para garantir o mínimo às camadas mais pobres da sociedade ainda jovem e misturada pela povoação decorrente da sua Colonização. O fortalecimento de uma Cultural Estadual, Intimamente ligada à identidade jurídica, é tema necessário na elucidação do processo para o atual texto Constitucional Estadual vigente, a carta paraense de 1989.

Antes da proclamação da república brasileira e do processo e origem da autonomia do Estado Membro, a política do Estado do Grão Pará era diretamente ligada ao então Império Português. Possuidores de poder local e recursos financeiros eram, em sua maioria esmagadora, de origem portuguesa. Esta disparidade de interesses desencadeou o tardio e doloroso processo de adesão do Pará à Independência do Brasil, haja vista o prejuízo das camadas desfavorecidas, justificativa dos diversos movimentos populares da época, suprimidos pelo autoritarismo latente, tal como o caso do brigue palhaço, anos antes do processo de Constitucionalização, tendo o último sido ocorrido, a nível regional, somente após a proclamação da república.

O ato formal de adesão à independência do Brasil de Portugal demorou um ano para acontecer no Pará para datar como 15 de agosto de 1823, tendo sido realizado de modo coercitivo por parte de Dom Pedro I. Formalidade esta que não representava uma concreta desvinculação ao Estado Português, conforme elenca *Benedicto Monteiro*:

Os moderados queriam que a situação continuasse como estava, isto é, na mesma. Contanto que a administração continuasse nas mãos dos portugueses ou de brasileiros ligados a eles. Continuando, naturalmente, a exploração, a espoliação e a perseguição dos nativos. Contra essa situação, Batista Camos e Félix Antonio Clemente Malcher chefiram os desesperados, os massacrados, uma população inteira composta de índios, negros, tapuios, mamelucos, caboclos e mestiços. Toda essa população pobre, quase miserável, continuava a ser explorada, escravizada e espoliada pelas autoridades e pelas ricas famílias (MONTEIRO, 2013).

Segundo o mesmo autor, o Estado do Pará foi o ente federativo que mais teve dificuldade no seu processo de formação, por preceder historicamente de um controle Português muito forte e que após a proclamação da República fora esquecido como parte integrante do desenvolvimento nacional pela União e talvez visto unicamente como fonte de matéria prima, fato este combatido pelos poderes regionais. Tendo na primazia da independência uma tentativa frustrada dos portugueses residentes na região de permanecer como colônia de Portugal, se tornando independentes do Brasil, mantendo direta subordinação à Lisboa. Isto posto, podemos observar que os movimentos sociais, notoriamente, a Cabanagem, buscavam de certa forma a construção de um identidade regional e brasileira.

Cabanagem foi um movimento libertário profundamente nativista, que se originou em razão da grande distância que separava a Amazônia dos centros de decisão dos colonizadores e do Império, motivando um tratamento violento e explorador da população (...) o Pará e a Amazônia sempre estiveram a mercê de governantes arbitrários, sofrendo a cobiça e a interferência internacional e o completo descaso das autoridades coloniais e imperiais. Talvez por essa situação sofresse grande influência dos movimentos liberais que se iniciavam na Europa e nos Estados Unidos. (MONTEIRO, 2013, pág. 134)

Outro importante marco para quebra de paradigma monárquico para o aperfeiçoamento de uma concepção republicana teve influência direta da imprensa local, especialmente na conjuntura paraense, haja vista que o debate político era divulgado mediante manifestos nos jornais impressos da época, como foi o exemplo do manifesto do tenente Lauro Sodré em 1889 que originou uma oposição ao sistema monárquico mesmo que velado por pseudônimos, conforme relata *Monteiro*:

Mais do que os partidos políticos, a imprensa foi o grande veículo da propaganda republicana. Lauro Sodré, usando o pseudônimo de Diderot, dedicava-se a escrever contra o império; Paes de Carvalho e Justo Chermont escreviam conclamando o povo fazer a reforma do regime. Este último chegou a escrever uma série de 10 capítulos analisando os principais defeitos do regime

monárquico, e outras séries dedicadas aos conservadores liberais. Dentro dos princípios do regime republicano a federação do Brasil era o que mais interessava ao povo paraense. (MONTEIRO, 2013, pág. 182)

3.3.2. A MATERIALIZAÇÃO DA IDENTIDADE JURÍDICA PARAENSE: CONSTITUINTE DO PARÁ DE 1989

O preâmbulo da Constituição do Estado do Pará de 1989 se configura como uma ferramenta alusiva ao teor documental para a organização e estruturação do ente federativo. Apesar de não ser propriamente norma⁴ é ambiciosa por traduzir resumidamente o conjunto de fatores que integram a história, cultura, política, economia da sociedade do Estado do Pará, validando todo o transcorrido até o momento no que diz respeito à fidelidade do estudo Historiográfico proposto, com enfoque do vislumbrado pelo constituinte na evolução da sociedade paraense. Retira do texto legal estadual, as minúcias previstas que buscam clarificar a garantia de um Pará antagônico aos modelos totalitários de outrora. Subscreve, inicialmente:

O POVO DO PARÁ, por seus representantes, reunidos em Assembleia Estadual Constituinte, inspirado nos princípios constitucionais da REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, rejeitando todas as formas de colonialismo e opressão; almejando edificar uma sociedade justa e pluralista.

Povo como titular da soberania política, derivada do sistema indireto de Democracia adotada pela Constituição Federal de 1988 e a Assembleia Estadual, pelo poder constituinte originário edita a referida Carta Estadual. Reafirma o eixo nodal do Estado brasileiro com a preservação dos princípios Federativo, Republicano e Democrático. E ainda, veementemente distancia a herança autoritária e supressora de direitos individuais e coletivos em âmbito nacional e regional. Na sequencia, in verbis:

Buscando a igualdade econômica, política, cultural, jurídica e social entre todos; reafirmando os direitos e garantias fundamentais e as liberdades inalienáveis de homens e mulheres, sem distinção de qualquer espécie; pugnando por um regime democrático avançado, social e abominando, portanto, os radicalismos de toda origem; consciente de que não pode haver convivência fraternal e solidária dentro de uma ordem econômica injusta e egoísta.

⁴ Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição Estadual, não tendo força normativa” (ADI 2., Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 15-08-2002, Plenário, DJ de 8-8-2003).

Indica a norma constitucional como sendo uma ferramenta de influência sobre a sociedade, buscando a famigerada igualdade nos seus amplos sentidos, originários da própria norma fundamental que os confere eficácia. Referenda os Direitos Humanos e alude a figura da Mulher pelo gênero feminino ter sido historicamente afastado dos processos políticos de organização social. Suspira um Regime Democrático voltado às questões de caráter social e novamente repugna radicalismos e autoritarismos. O preâmbulo ainda aponta:

Confiante em que o valor supremo é a liberdade do ser humano e que devem ser reconhecidos e respeitados os seus direitos elementares e naturais, especialmente, o direito ao trabalho, à livre iniciativa, à saúde, à educação, à alimentação, à segurança, à dignidade.

Liberdade tem generosas margens de significado, especialmente ao tratarmos de Direitos Fundamentais do Homem, elencando como principais aqueles onde a Dignidade da Pessoa Humana seja respeitada e minimamente garantida pelo Estado. Não poderia um Estado que se caracteriza como Democrático não estar intimamente ligado a ideia Liberal de potencialização do aparato Estatal nos assuntos elementares e do desenvolvimento do indivíduo consciente. Finalizando:

Invoca a proteção de DEUS e promulga a seguinte CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARÁ, esperando que ela seja o instrumento eficiente da paz e do progresso, perpetuando as tradições, a cultura, a história, os recursos naturais, os valores materiais e morais dos paraenses.

O último trecho do preâmbulo Constitucional do Pará permite a confirmação da concepção Culturalista na realidade brasileira e paraense e a real existência da Filosofia de Valores como comportamento habitual, âmago interno que influi, direta ou indiretamente, no conjunto de ideias edificadas em um documento formal com uma significância muito mais densa da possivelmente aferida nas normas, pela própria complexidade das relações humanas, haja vista que delas emanam todos os demais acontecimentos do mundo, direta ou indiretamente.

A Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 05 de outubro de 1988 simbolizou o fim de um período turbulento ao Estado, onde normalmente fazem referência ao término do regime militar mas que essencialmente se refere à cronologia antidemocrática, tirânica, opressora, ditatorial e cecadora de direitos individuais e coletivos a qual o Brasil foi submetido desde o seu suposto descobrimento. A movimentação da população no período somada a ideia de uma nova Constituição ao país, impulsionou a eleição de Tancredo Neves como primeiro civil ocupante do cargo após 21 anos de Ditadura Militar.

A morte abrupta de Neves pareceu como obstáculo à construção de uma Constituinte e assume o governo, seu vice, José Sarney, em contraponto ao senso geral, este convoca a Assembleia Constituinte, quatro meses depois de assumir o cargo de Presidente da República, sendo a mesma instalada em fevereiro de 1987. Sendo Ulysses Guimarães (1916-1992) eleito como o responsável por presidir a referida Constituinte. Notável o foco de Ulysses em conduzir esse processo, no sentido de encaminhar e efetivamente promulgar uma nova ordem Constitucional, extremamente avançada para sua época, somente possível pelo intenso clima de transformação que tomou conta do país⁵.

O célebre dia da promulgação da Carta Magna Federal, teve na fala de Guimarães o ensejo daquele texto como “o documento da Liberdade, da Dignidade, da Democracia, da Justiça social do Brasil” finalizando com a intervenção “Que Deus nos ajude e que isto se cumpral!”. No momento do Juramento Constitucional, realizado pelo Presidente da República, José Sarney, pelo Presidente do Congresso Nacional, Ulysses Guimarães e pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Rafael Mayer, a imagem das mãos trêmulas de Sarney aludem o sentimento vivido por aqueles que participaram da construção da vigente Constituição Federal de 1988, fatos esses transmitidos pelo Plantão do Jornal Nacional, na época.

Político, sou caçador de nuvens. Já fui cassado por tempestades. Uma delas me fez ir ao topo dessa montanha de sonhos e de glória. Tive mais do que pedi, cheguei mais longe do que mereço. Que o bem que os constituintes me fizeram frutifiquem paz, êxito e alegria para cada um deles (...) Nossa desejo é da Nação, que esse plenário não abrigue outra Assembleia Nacional Constituinte. A constituição pretende ser a voz, a letra, a vontade política da sociedade rumo à mudança e que a promulgação seja o nosso grito. Mudar para vencer. Muda Brasil! (Trecho do Discurso de Guimarães, Jornal Nacional 05-out-1988).

Foi nesse contexto histórico - como em um suspiro que emanava um sentimento propriamente Nacionalista - que a Constituição do Estado do Pará foi promulgada no ano subsequente, como um ente do Estado Federativo que necessitava da legitimação da sua autonomia, consagrada pelo poder constituinte decorrente. A Constituinte do Pará de 1989 em clima teve intensa participação popular, gerando certo grau de consciencia do Fato Histórico, um sentimento de colaboração para a edificação dos princípios federais, conferindo à realidade regional meios proeminentes de busca pela Justiça, nas suas variáveis.

⁵ Um exercício interessante para o leitor seria vislumbrar o que representa para um cidadão, intimamente, estar na posição de um Constituinte, tendo a possibilidade de formatar uma lei que será fundamento legitimador de qualquer objeto que considerasse relevante. Qual o valor da possibilidade de edição de uma lei constitucional? Qual a amplitude de uma direta atuação nas outras vidas humanas?

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O método historiográfico, instituído por Marc Bloch, se manifesta como fator determinante na captação dos embaraços da história brasileira, notoriamente Paraense, marcada pelo autoritarismo desde o nascedouro, anos antes de se pensar a existência de um regime democrático, quiçá uma Constituição propriamente Estadual. A evolução econômica, social, política e cultural, logo transporta para o texto Constitucional toda a carga valorativa constantes nas mesmas, corporificando a Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale.

Alocar essas conceituações somente são viáveis em uma base: Republicana, federalista e democrática, instituída no Brasil pela força do poder constituinte originário de 1988, fonte jurídica do Poder Constituinte Derivado, como bem coloca Raul Machado Horta e Anna Cândida. Isto posto, a Constituição deve ser entendida como um meio para organizar um determinado Estado, intimamente interligada aos valores da famigerada Cultura.

Ao ponderar os fatos históricos do Brasil, é possível constatar que a realidade social não condiz, necessariamente, com o que está disposto na norma. Temos como exemplo os regimes ditatoriais militares que constitucionalmente previam uma democracia, mas se utilizavam de manobras legais para a execução do plano de poder da posição, desrespeitando os Direitos Fundamentais da Pessoa Humana.

Deste modo, Identidade Jurídica do Estado é conceituada por uma série de normas e princípios decorrentes de um longo processo até a Carta Constitucional Estadual então vigente, também fruto do processo de mudança de mentalidades pelo qual o país transitava, ineobiado pela promulgação da Constituição Federal de 1988. Diante dos registros quanto à política regional, o quadro social e formulações teóricas, podemos afirmar que o texto Paraense nutre grandes contribuições ao mundo do Direito, seja - formalmente - prevenindo direitos do povo, seja por lançar suas energias em dar continuidade ao grito por mudança, valorização e efetiva implementação do sistema Democrático, pela prerrogativa de ser um ente com poderes e dotados de autonomia.

A Constituição Paraense de 1989 contou com a ampla participação dos mais variados seguimentos da sociedade, objetivando de fato formular uma Constituição voltada aos anseios da população, tendo como cerne significativo os precedentes, costumes e valores dos paraenses na consciente formulação de uma lei de tamanha envergadura. O que chamamos de Identidade Jurídica repousa entendimento na somatória dos fatores elencados e na existência de um documento solene, onde se reúnem mecanismos da organização do Estado e proteção ao comportamento humano que extrapole os limites da esfera privada, aludindo ao que difere o Estado do Pará dos demais entes federativos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, Francisco de Assis. *A supremacia dos Princípios Fundamentais*. Pag. 521. *Princípios Constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins* / Antonio Carlos Rodrigues do Amaral, Roberto Rosas, Carlos Mário da Silva Velloso (coordenadores). Lex Editora S.A. São Paulo, 2005.
- BACELAR, Jeferson Antonio Fernandes. *Federalismo, Municipalismo e efetividade das Leis Brasileiras sob uma perspectiva Histórico-jurídica. Estudo aplicado à Lei de Combate à Poluição Sonora de Belém do Pará*. Editora Paka Tatú, 2012.
- BARROS, César Mangolin de. *Ensino Superior e Sociedade Brasileira: Análise histórica e sociológica dos determinantes da expansão do ensino superior no Brasil (Décadas de 1960/70)*. São Bernardo do Campo. 2007. Disponível em <http://ibict.metodista.br/tedeSimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1198>.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22º Edição. Editora Malheiros, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 19º Edição. Editora Malheiros, 2012.
- BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 13-07-2018.
- BRASIL, *Constituição do Estado do Pará de 1989*, disponível em <<http://pa.gov.br/downloads/Constituicao-doParaateaEC48.pdf>> Acesso em 09-06-2018.
- CALHEIROS, Clara. *Miguel Reale e o pensamento luso-brasileiro; Atas do IX Colóquio Tobias Barreto*. Lisboa: Instituto de Filosofia Luso-Brasileiro, 2010.
- CANOLTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra: Almedina, 1992.
- CARVALHO, José Mauricio de. *Caminhos da moral moderna, a experiência luso- brasileira*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1995.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 13ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- D'EÇA, Fernando L. Lobo. *O sistema Federal e os Princípios Constitucionais de Coordenação de Competências*. Pag. 479 e 478. *Princípios Constitucionais Fundamentais*. Lex editora S.A. São Paulo, 2005.
- ESTADOS UNIDOS. *Constituição Norte Americana de 1787*, disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>> Acesso em 16.08.2018
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha Ferraz. *Poder Constituinte do Estado Membro*. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 1979.
- HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 3º Edição. Revista, atualizada e ampliada. Página 67. Editora Del Rey. Belo Horizonte, 2002.
- MENDONÇA, Sônia Regina de. *História Geral do Brasil*. Maria Yedda Linhares (organizadora). 9º edição, Editora Elsevier. Rio de Janeiro, 1990.
- MONTEIRO, Benedicto. *História do Pará*, fascículo 7. Pag. 134. Publicado pelo Jornal "O liberal".
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède, 1689 - 1755. *O espírito das leis*\ Montesquieu: Apresentação Renato Janine Ribeiro, tradução: Cristina Murachco. São Paulo, Martins Fontes, 1996.
- NASCIMENTO, Sílvio Firmino do. *A importância da Teoria Tridimensional do Direito e sua aplicabilidade nos Cursos de Direito: um estudo bibliográfico sobre Miguel Reale no período de 1986 a 2006*. Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em <http://www.iptan.edu.br/publicacoes/saberes_interdisciplinares/pdf/revista03/TRIDIM ENSIONAL.pdf> Acesso em 23.08.2018
- PINTO, Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*, 9º Edição ampl. E atual. De acordo com as Emendas Constitucionais e a Revisão Constitucional pelo autor. Editora Saraiva. São Paulo, 1998.
- ROCQUE, Carlos. *História Geral de Belém e do Grão-Pará*. Editora Distribel. Belém, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34º edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2011.
- TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Forense Universitário. Rio de Janeiro, 1991.