

Universidade Federal de Viçosa
Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes
Departamento de Direito

ISSN:1806-8790

REVISTA DE DIREITO

Volume -1- Número 01- março /2004

VIÇOSA - MINAS GERAIS
2004

UNIVERSIDADE FEDERAL DE VIÇOSA REVISTA DE DIREITO

Vol-1
Nº 1
2004

FUNARBE

Fundação de Apoio à Universidade Federal de Viçosa

Universidade Federal de Viçosa
Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes
Departamento de Direito

Revista de Direito

Volume - 1- Número 01 – março/2004

Viçosa – Minas Gerais
2004

CONSELHO EDITORIAL

Presidente

Professor José Geraldo Campos Gouvêia

Comissão Editorial

Élcio Cruz de Almeida, Fabiana Barletta, Fabiana de Menezes Soares, Guilherme Nacif Faria, Luciene Rinaldi Colli, Regel Antonio Ferrazza e Sylvia Maria Machado Vendramini

Secretária – Clareonice Vieira Ulysséa

Capa e Editoração Eletrônica

Antônio Messias Soares (Joca)

**Ficha catalográfica preparada pela Seção de Catalogação e
Classificação da Biblioteca Central da UFV**

REVISTA DE DIREITO/Universidade Federal de Viçosa.
Departamento de Direito. – Vol. 1, n. 1 (2004). – . –
Viçosa : UFV ; DPD , 2004.
v. ; 23cm.
68p. : il. ; 22cm.

Semestral.
ISSN: 1806-8790

Texto em português, espanhol, inglês e francês.

I. Direito - Periódicos. I. Universidade Federal de
Viçosa. Departamento de Direito.

CDD 20.ed. 340.05

SUMÁRIO

EDITORIAL	9
APRESENTAÇÃO	11
Globalización Y Regionalismo	13
Roberto de Almeida Luquini	
O Concurso Criminoso de Agentes e o Menor Infrator	49
Daniel Naiff da Fonseca	
O Conflito entre o Direito à Imagem e o Direito à Informação	61
Júlio César Franceschet, Carlos Roberto Ramos e Guilherme Nacif de Faria	
O Juizado Especial e a Inversão do Ônus da Prova	95
Cândice Lisboa Alves	
A Revisão Contratual por Excessiva Onerosidade Superveniente à Contratação Positivada no Código de Defesa do Consumidor sob a Perspectiva Civil-Constitucional	113
Fabiana Rodrigues Barletta	
Assistência Jurídica aos Carentes	143
Regel Antônio Ferrazza	
Criminalização do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra e Garantias Constitucionais	161
Luciene Rinaldi Colli	

Do Poder Constituinte 185
Carlos Roberto Ramos

El Grupo de Sociedades como Mecanismo de Desarrollo de los Países de Periferia 205
Daniel Amin Ferraz

Limitações Urbanísticas à Propriedade Privada – A Função Social como Legitimadora e Condicionante das Ingerências Administrativas à Propriedade Privada 239
Raissa Rodrigues Gomide Mafia

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA OS AUTORES DA REVISTA DO CURSO DE DIREITO DA UFV

1. Os trabalhos para publicação editados pela Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Viçosa (UFV) deverão ser, preferencialmente, inéditos. A Revista publicará artigos de professores do Departamento de Direito e resumos dos trabalhos dos alunos de Iniciação Científica e de monografias premiadas pelo Departamento de Direito.
2. Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos gravados em CD, ou disquetes de 3,5 polegadas, acompanhados de duas (2) provas impressas. Recomenda-se a utilização do processador de texto *Microsoft Word 97*. Pode-se, no entanto, utilizar qualquer processador de texto, desde que os arquivos sejam gravados no formato .RTF (*Rich Text Format*), que é um formato de leitura comum a todos os processadores de texto.
3. Os trabalhos deverão conter entre 15 e 30 laudas no formato A4 digitado em *Times New Roman*, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,5 cm e as laterais 3,0 cm.
4. Os textos deverão ser precedidos de uma folha contendo o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), endereço, telefone, fax e *email*, situação acadêmica, títulos e a principal atividade exercida na Instituição.
5. As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/89 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT). Uma referência bibliográfica básica deve conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas, vírgula, nome do autor em letras minúsculas, ponto; título da obra em itálico, ponto, número da edição (a partir da segunda), *ponto*, local, *dois pontos*, editora (não usar a palavra editora), vírgula, ano da publicação, ponto, número de volume e número de páginas. No caso de dois autores, separa-se por ponto-e-vírgula; mais de três autores, cita-se o primeiro seguido da expressão “et al.”

6. Os trabalhos deverão ser precedidos de *Resumo* (10 linhas no máximo) e de um *Sumário*, do qual deverão constar os itens com até 3 dígitos, como no exemplo:

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Responsabilidade civil ambiental: legislação; 2.1. Normas clássicas; 2.2. Inovações; 2.2.1. Dano ecológico; 2.2.2. Responsabilidade civil objetiva ...

7. Deverão ser destacadas as palavras-chave (palavras ou expressões que expressem as idéias centrais do texto), escritas no pé do resumo, as quais possam facilitar pesquisas posteriores. Exemplo: PALAVRAS-CHAVE: criminologia; criminalidade organizada; lavagem de dinheiro; delinquência econômica; etc.)

8. Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser em *itálico*; jamais utilizar o negrito ou a sublinha. Citações de textos de outros autores deverão vir entre aspas.

9. Não serão devidos direitos autorais ou qualquer remuneração pela publicação dos trabalhos na Revista. O(s) autor(es) receberá(ão) gratuitamente um exemplar da Revista em cujo número seu trabalho tenha sido publicado.

10. Os trabalhos que não se ativerem a estas normas serão devolvidos, os quais poderão ser reencaminhados, desde que efetuadas as modificações necessárias.

11. A seleção dos trabalhos para publicação é de competência do Conselho Diretivo da Revista.

12. Os trabalhos encaminhados para seleção não serão devolvidos, à exceção dos que se enquadrarem no item 10 destas Normas.

EDITORIAL

O Departamento de Direito da Universidade Federal de Viçosa tem a honra de entregar à comunidade jurídica nacional, a sua Revista de Direito.

Não o faz imbuído de orgulho e sem sentido, mas absolutamente consciente da responsabilidade que significa apresentar, num veículo acreditado, o pensamento jurídico que se elabora no meio universitário do Estado de Minas Gerais e que se deseja ver projetado em âmbito nacional e internacional. Esse Departamento, ao longo dos seus 12 anos de existência, alcançou excelentes índices de aprovação no Exame Nacional de Cursos, o conhecido Provão do MEC. No Exame da Ordem dos Advogados do Brasil, os nossos ex-alunos também se destacam, o que possibilitou ao Curso ser agraciado com o selo “OAB RECOMENDA” nas vezes em que este foi concedido.

Desde a sua criação, numa conjuntura econômica desfavorável, nosso corpo docente e nosso corpo discente já acalentavam o sonho da concretização de uma revista jurídica. Este sonho revelava a carência sentida não apenas pelo corpo docente, mas principalmente pelo corpo discente. A ausência de um veículo de circulação nacional e internacional para publicar os trabalhos científicos produzidos em nossa Escola deixava um certo desalento.

Esta Revista servirá de instrumento para veicular as idéias e pensamentos jurídicos de juristas nacionais e estrangeiros, servindo assim de instrumento de integração intelectual.

Hoje, o projeto da Revista torna-se realidade e queremos deixar registrada a nossa gratidão a todos que contribuíram para a concretização desse projeto, em especial ao Professor Evaldo Ferreira Vilela, Magnífico Reitor da Universidade Federal de Viçosa e a Professora Rosa Maria Olivera Fontes, Diretora do Centro de Ciências

Humanas, Letras e Artes, que não mediram esforços para a concretização desse projeto.

Por fim, a Revista de Direito traduz o desejo de crescer e de contribuir para a melhoria do estudo do direito e conseqüentemente, do ensino jurídico do nosso País. Pensando desta forma e com muito orgulho é que a entregamos à Comunidade Jurídica nacional e internacional.

Prof. José Geraldo Campos Gouvêia
Chefe do Departamento de Direito
Coordenador Editorial.

APRESENTAÇÃO

O Curso de Direito da UFV possui 12 anos de existência e conta atualmente com cerca de 350 alunos matriculados. O ingresso no Curso ocorre anualmente, onde são preenchidas 60 vagas, via concurso Vestibular.

Nas avaliações do MEC, ocorridas até o ano de 2003, Curso de Direito da UFV manteve o triplo A. No Exame da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), os egressos da UFV têm logrado resultados altamente positivos, desde 1998, retratando assim profissionais capacitados para o exercício da advocacia. Estes resultados enquadraram o Curso de Direito da UFV no 2º lugar na colocação geral dos Cursos de Direito do Estado de Minas Gerais, com um percentual de aprovação de cerca de 95 % em todos estes anos.

É importante ainda ressaltar que, em razão da excelência dos resultados obtidos, o Curso de Direito da UFV recebeu o Selo de recomendação da OAB, conhecido como "Selo OAB RECOMENDA", nos anos em que foi este concedido.

Além disso, inúmeros ex-alunos do Curso de Direito da UFV têm sido aprovados em concursos públicos, exercendo funções de professores universitários, juízes de direito, promotores de justiça, delegados, defensores públicos, procuradores autárquicos. Outros ex-alunos têm se dedicado à vida acadêmica, alcançando destaque em cursos de Mestrado e de Doutorado em Instituições de renome no Brasil e no exterior.

O Departamento de Direito, por sua vez, conta com um Corpo Docente altamente qualificado em Universidades nacionais e estrangeiras e com elevado índice de publicações em periódicos de renome no Brasil e no exterior. Vários livros foram editados e relançados pelos professores do Departamento de Direito, nestes 12 anos de existência do Curso.

A pesquisa jurídica, a seu turno, constitui um diferencial importante do Curso de Direito da UFV, uma vez que nossos professores e alunos contam com um verdadeiro laboratório interdisciplinar proporcionado pela Universidade Federal de Viçosa. O resultado destas pesquisas, levadas a cabo no Departamento de Direito transparece nas obras publicadas e demonstra a interdisciplinaridade alcançada.

GLOBALIZACIÓN Y REGIONALISMO

Prof. Roberto de Almeida Luquini
Doutor em Direito Internacional Público
Departamento de Direito da Universidade Federal de Viçosa
Viçosa – Minas Gerais - Brasil

SUMARIO: 1.1 – Introducción: La globalización económica y los cambios provocados en las relaciones internacionales; 1.2 – La globalización y la mundialización de la economía: características y efectos; 1.2.1 – La globalización y el papel del Estado en la economía; 1.2.2 – La globalización y el cambio de concepciones y de estrategias para el desarrollo; 1.3 – Globalización y regionalismo económico; 1.3.1 – La integración económica: concepto y generalidades; 1.3.2 – Regionalismo y multilateralismo; 1.3.2.a) El binomio regionalismo-multilateralismo; 1.3.2.b) El nuevo regionalismo: el regionalismo abierto; 1.4 – Conclusiones; 1.5 – Resumen; 1.6 – Referencias bibliográficas.

PALAVRAS-CHAVE: Globalización – Estado – Integración Regional – Multilateralismo – Regionalismo Abierto.

1.1 Introducción: La globalización económica y los cambios provocados en las relaciones internacionales.

A partir del término de la Guerra Fría¹ y de la bipolaridad mundial, quedó establecido un consenso, a escala mundial, que es conocido

¹ Haciendo un análisis sobre la influencia del fin de la Guerra Fría en el escenario internacional, SATO afirma que “a maioria das análises produzidas nos anos 90 sobre as relações internacionais inicia destacando a importância central do fim da Guerra Fria como condicionante da política internacional. As razões são muitas, pois, sem dúvida, constituiu um evento central deste final de século e marcou mudanças importantes na maneira de se ver e conduzir a política internacional. No entanto, o fim da Guerra Fria não deve ser interpretado como um episódio e sim como parte de um amplo processo de mudança. Eventos como a queda do muro de Berlim e o colapso da União Soviética devem ser vistos por seu sentido emblemático, como um referencial importante, que deixa claro o fato de que o mundo passava a viver uma nova época. Na condição de processo histórico, os eventos

genéricamente como *globalización*. El mundo parecía sufrir un proceso de uniformización en los aspectos ideológico, político, económico y estratégico².

El concepto de *globalización* es objeto de profundas controversias doctrinales, y es importante aclarar que no es nuestro objetivo hacer un análisis detallado del tema. Sin embargo, no podemos dejar de presentar una noción que nos parece de las más coherentes, sobre la tan comentada *globalización*. Para ello, recurrimos a MELLO, quien afirma que

“A globalização deve ser entendida como um processo, um padrão histórico de mudança estrutural, mais do que uma transformação política e social já plenamente realizada. Ela é um fenômeno ao mesmo tempo amplo e ilimitado: amplo, porque ela cobre transformações políticas, econômicas e culturais; limitado, porque não se trata de um processo completo e terminado, e ele não afeta a todos da

associados ao fim da Guerra Fria formaram, na verdade, o epílogo de uma longa sucessão de fatos. De um lado, porque, tanto a queda do muro de Berlim quanto o colapso da União Soviética, não teriam acontecido se as bases políticas e econômicas que davam sustentação ao bloco socialista não estivessem já deterioradas a ponto de tornarem inócuas quaisquer tentativas de reforma do sistema. Enquanto, por outro lado, também a disputa por áreas de influência pelos dois pólos de poder já vinha perdendo impulso desde a segunda metade dos anos 70 quando, não apenas a ‘détente’ passou a marcar a política externa das grandes potências, mas também, visivelmente, muitos eventos de destaque no cenário internacional passaram a ter cada vez menos relação direta com a disputa polarizada, típica da Guerra Fria. Assim sendo, a análise das mudanças ocorridas no sistema internacional deve considerar vários desenvolvimentos que ocorreram ao longo de, pelo menos, duas décadas. Esses desenvolvimentos estavam associados a mudanças tecnológicas e econômicas e, até mesmo, a transformações no quadro de valores sociais, que faziam emergir um novo conjunto de referenciais para a política exterior dos países.” Cf. SATO Eiiti. “A agenda internacional depois da Guerra Fria: novos temas e novas percepções”, en *Revista Brasileira de Política Internacional*, vol. 43, n.º 1, Brasília, IBRI – Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 2000, pp. 139 y 140.

² CERVO, Amado Luiz. “Sob o signo neoliberal: as relações internacionais da América Latina”, *Revista Brasileira de Política Internacional*, vol. 43, n.º 2, Brasília, IBRI – Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 2000, p. 5.

mesma maneira. O processo de globalização é caracterizado pela intensa mudança estrutural da economia internacional, com o peso crescente de transações e conexões internacionais que ultrapassam a fronteira dos Estados”³.

Y para GARCÍA SEGURA, “el proceso de *globalización* se caracteriza por ser un fenómeno complejo, parcial, desigual y contestado”⁴. La complejidad de la *globalización* deriva del hecho de no tratarse de un proceso homogéneo y lineal, sino de un proceso que aglutina un conjunto de procesos interrelacionados, que se influncian y se transforman mutuamente. Afirmamos su parcialidad en cuanto a los ámbitos materiales lo que afectan y que lo integran, siendo importante tener en cuenta que la *globalización* es un proceso inacabado y en plena evolución: no todos los ámbitos se han visto afectados por él, o al menos no a la misma medida. Cuando se señalan sus consecuencias, hay que tener en cuenta que éstas no se han realizado plenamente, sino que coexisten con la situación que existía previamente. Así, aunque se haya reducido el papel del Estado, éste sigue siendo un actor principal en las relaciones internacionales y la homogeneización que propugna la *globalización* no ha eliminado la existencia de comunidades diferenciadas, con formas de vida y tradiciones propias, así como de las instituciones políticas heterogéneas, de las religiones y de los valores inherentes a los individuos pertenecientes a los diferentes grupos sociales, en distintas partes del mundo.

³ MELLO, Valérie de Campos. “Globalização, regionalismo e ordem internacional”, *Revista Brasileira de Política Internacional*, vol. 42, n.º 1, Brasília, IBRI – Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 1999, p. 165. Véase también NOGUEIRA, Alberto. *Globalização, regionalizações e tributação. A nova matriz mundial*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, pp. 6 a 24.

⁴ GARCÍA SEGURA, Caterina. “La *globalización* en la sociedad internacional contemporánea: dimensiones y problemas desde la perspectiva de las relaciones Internacionales”, en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz-1998*, Editora Tecnos y Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1999, p. 235. Para PIETRICOVSKY “a *globalização* com que nos confrontamos, na verdade, é um processo de internacionalização da economia e de ampliação dos mercados para que as grandes empresas transnacionais obtenham o máximo de seu potencial lucrativo. Os Estados nacionais acabam sendo reféns destes interesses e se transformam nos espaços políticos de consolidação dessa nova forma de expansão e acumulação do capital”, cf. PIETROVSKY, Iara. *Globalização na América Latina – Que globalização?*, Argumento 003, Instituto de Estudos Socioeconômicos, Brasília, junio de 2001, p. 17.

La globalización⁵ se intensificó considerablemente a partir de los años 80, pasando por la globalización de la producción, caracterizada por la mundialización de la actividad empresarial⁶, por la globalización del comercio, que se convirtió en un flujo de productos entre redes de producción organizadas mundialmente y, finalmente, por la globalización de las finanzas.

En este sentido, como destaca el Profesor COLOMER VIADEL, la globalización supone una profunda interdependencia de la economía y de la comunicación, con el objetivo de alcanzar una sociedad más homogénea a nivel planetario. Pero no se puede olvidar que la globalización está profundamente marcada por el sistema económico capitalista y sus reglas de mercado, así como por un sistema político democrático cada vez más elitista⁷.

⁵ FERNÁNDEZ DEL HOYO afirma que “el fenómeno de la globalización encuentra su expresión en el incremento de la competitividad a escala internacional que está configurando una nueva etapa en el proceso evolutivo del capitalismo, dando lugar al denominado capitalismo flexible, que se caracteriza por la existencia de mercados regionales y globales más dinámicos y más competitivos, por una gran movilidad de los activos, por la menor regulación de los mercados nacionales, por la expansión de la inversión directa y por los fenómenos de integración regional, los cuales no son sino la expresión de procesos de liberalización en la circulación de bienes y factores productivos con el objeto de favorecer la integración económica entre países”, cf. FERNÁNDEZ DEL HOYO, Juan José Tomás. “Globalización económica y bienestar social: algunas consideraciones”, *Boletín Económico de ICE*, n.º 794, octubre 2001, p. 10.

⁶ ALMEIDA destaca la importancia de las empresas transnacionales en el proceso de globalización, afirmando que antes mismo del “boom” globalizador de los años 80, a partir de los años 50 ellas eran ya las grandes responsables por el crecimiento del comercio mundial, que a diferencia del inicio del siglo ya no se reducía al cambio de productos acabados entre economías nacionales, sino que pasa a ser cada vez más dominado por el intercambio de productos semi-acabados y de componentes que son exportados, no más para países, sino para otras empresas, muchas veces afiliadas o subsidiarias de las primeras. A partir del último cuarto del siglo XX, un tercio – quizá más – del comercio internacional es realizado entre las propias empresas multinacionales, en general en el sentido Norte-norte, pues el comercio Norte-Sur sigue siendo dominado por un patrón más tradicional de cambios, envolviendo materias primas y commodities contra manufacturados y otros productos de mayor valor añadido. Cf. ALMEIDA, Paulo Roberto de. “A economia internacional no século XX: um ensaio de síntese”, en *Revista Brasileira de Política Internacional*, IBRI (Instituto Brasileiro de Relações Internacionais), Brasília, 2001, p. 121.

⁷ COLOMER VIADEL, Antonio. “La globalización y el nuevo orden jurídico. La soberanía de los Estados y las nuevas relaciones internacionales”, en COLOMER VIADEL, Antonio (coordinador). *El nuevo orden jurídico internacional y la solución de conflictos*, Madrid, 2000, p. 13. Véase también SUR, Serge. “The State between fragmentation and globalization”, en *European Journal of International Law*, vol. 8, n.º 3, 1997.

1.2 La globalización y la mundialización de la economía: características y efectos.

Los mercados financieros globales asumieron un papel fundamental en la construcción de la estructura y de la dinámica del orden político-económico. Las finanzas se separaron de la producción y se tornaron un poder independiente, lo que implica la preponderancia de intereses financieros inmediatos sobre cuestiones de desarrollo mediatas⁸. Los mercados financieros adquirieron una creciente autonomía con relación a los Estados, pues el capital se mueve de un país a otro en búsqueda del retorno máximo, lo que compromete la capacidad de los Estados de controlar sus economías⁹.

1.2.1 La globalización y el papel del Estado en la economía.

Las transformaciones oriundas del proceso de globalización rediseñaron el orden político-económico internacional, afectando no sólo el papel del Estado sino también la naturaleza de las relaciones

⁸ En efecto, “la globalización financiera ha sido más rápida que la comercial y productiva, y se puede argumentar, con razón, que vivimos en una era de hegemonía de lo financiero sobre lo real.” Cf. CEPAL, *Globalización y Desarrollo*, Naciones Unidas, 2002, p. 20. Para un estudio más profundo del carácter histórico y multidimensional de la globalización, así como de sus dimensiones económicas, vide *Globalización y Desarrollo*, CEPAL, Naciones Unidas, 2002, pp. 15 a 75. Véase también GONZÁLEZ, Sara y MASCAREÑAS, Juan. “La globalización de los mercados financieros”, en *Noticias de la Unión Europea*, n.º 172, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1999, p. 26. Véase también BOISSIEU, Christian de. *Les mutations de l'économie mondiale*, Paris, Económica, 2000; KRUGMAN, Paul y OBSTFELD, Maurice. *Economía Internacional. Teoría y Política*, Madrid, Assison Wesley – Pearson Educación S.A., 2001; LINDERT, Peter H. *Economía Internacional*, Barcelona, Ariel, 1994.

⁹ GARCÍA SEGURA afirma que “la relación Estado-mercado o Estado-procesos globalizadores debe entenderse como interrelación dinámica en la que ambas partes se influncian, moldeándose y transformándose continuamente. La interrelación sigue, desde etapas anteriores a la globalización, una pauta evolutiva pero no es una relación estática ni de direccionalidad fija. Aunque cuanto más avance en la misma dirección, más difícil resulte orientarla, es una posibilidad que siempre queda abierta”, cf. GARCÍA SEGURA, Caterina. *Op. cit.*, p. 348. También merece la pena destacar que ROCHA y AIDA hacen un análisis muy interesante del papel de los Estados nacionales y de las empresas transnacionales en las relaciones internacionales a partir de la globalización, cf. ROCHA, António Jorge Ramalho da y AIDA, Marcia Lissa. “Globalização e regionalização: dificuldades em sua análise”, *Revista Brasileira de Política Internacional*, vol. 38, n.º 1, Brasília, IBRI – Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 1995, pp. 75 a 98.

internacionales¹⁰. Las nuevas relaciones económicas transnacionales restringen la actuación de los Estados pues la riqueza y el poder son cada vez más fruto de las transacciones privadas que ocurren fuera de las fronteras de los Estados.

ARRAES hace un valioso análisis del nuevo papel del Estado en las relaciones internacionales, afirmando que la misma se ha visto perjudicada por la radicalización del período de la Guerra Fría, con la bipolaridad marcada por los conflictos entre democracia y totalitarismo, entre libre comercio e intervencionismo estatal, entre el Estado fiscalizador y el Estado productor¹¹. En éste período surgieron organizaciones internacionales,

¹⁰ Ampliar en BARBÉ IZUEL, Esther. "La teoría de las relaciones internacionales en la posguerra fría", *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz-1993*, Editorial Tecnos y Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1994, p. 157/214; Consultar también VILLA, Rafael Duarte. "A construção de um sistema internacional policêntrico: atores estatais e não-estatais societários no pós-Guerra Fría", en *Revista Cena Internacional*, n.º 2, Brasília, Departamento de Relações Internacionais da Universidade de Brasília y Fundação Alexandre de Gusmão, año 3, diciembre 2001, pp. 65 a 87. Véase también SATO, Eiiti. "O Estado como ator nas relações internacionais no mundo da globalização: uma velha discussão" en *Revista Cena Internacional*, n.º 1, Ministério de Relaciones Exteriores de Brasil, 1999, pp. 57 a 77; DALCERO, Pedro Luiz. "Globalização financeira e volatilidade de capitais: a busca de uma alternativa racionalista", en *Revista Brasileira de Política Internacional*, vol. 40, n.º 2, Brasília, IBRI – Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 1997, pp. 131 a 143; KLAES, Marianna Izabel Medeiros. "O fenômeno da globalização e seus efeitos no campo jurídico", en *Revista de Derecho del MERCOSUR*, n.º 6, Buenos Aires, La Ley, diciembre de 1998, pp. 13 a 31; ROCHA, Antônio Jorge Ramalho da. "Por uma compreensão crítica das teorias das relações internacionais", *Revista Cena Internacional*, n.º 1, Brasília, Departamento de Relações Internacionais da Universidade de Brasília y Fundação Alexandre de Gusmão, año 3, julio 2001, pp. 79 a 116; N. HAAS, Richard. Y E. LITAN, Robert. "Los sinsabores de la globalización", en *Foreign Affairs En Español*, mayo-junio de 1998. Disponible en <http://www.foreignaffairs-esp.org>; W. BOWMAN, Joan Spero y D'ANDREA TYSON, Laura. "Mundo nuevo, trato nuevo. "Un enfoque demócrata de la globalización", en *Foreign Affairs En Español*, enero de 2000. Disponible en <http://www.foreignaffairs-esp.org>; SIMMA, Bruno y PAULUS, Andreas L., "The International Community facing the challenge of globalization", en *European Journal of International Law*, vol. 9, n.º 2, 1998.

¹¹ ARRAES, Virgilio Caixeta. "Un novo papel para o Estado nas relações internacionais", en *Boletim Meridiano* 47, n.º 8-9, Brasília - Brasil, febrero/marzo de 2001, pp. 13-16. Véase también RAPOPORT, Mario. "Os Estados Nacionais frente à globalização", en *Revista Brasileira de Política Internacional*, vol. 40, n.º 2, Brasília, IBRI – Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 1997, pp. 166 a 171; FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. "Democracia y Desarrollo en el ordenamiento internacional", en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. y FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. (coordinadores), *El Desarrollo y la Cooperación Internacional*, Madrid, Universidad Carlos II de Madrid – Boletín Oficial del Estado, 1997, pp. 183 a 231. Cuanto a los cambios internos experimentados por el Estado

organizaciones no gubernamentales y corporaciones empresariales, que actuaban en la sociedad internacional y que sufrieron un considerable incremento en su papel, en virtud del avance de los medios de transporte, de las técnicas de producción, además del apoyo político de sus Estados de origen. El derrumbe de la antigua Unión Soviética, la caída del Muro de Berlín, en fin, el término de la Guerra Fría, provocaron el surgimiento de incertidumbres cuanto al papel del Estado y de los flujos transnacionales. En un primer momento, la opinión dominante era que el Estado caminaba para un protagonismo cada vez menor, tanto a nivel externo cuanto interno, llegando algunos autores a defender la idea del fin del Estado. No obstante, es posible constatar como el Estado continúa presente en las relaciones internacionales, aunque sea evidente su incapacidad para suplir todos los flujos transnacionales que a diario circulan a través de las fronteras estatales. Es importante tener en cuenta que hay algunas áreas en las que la actuación del Estado es insustituible, pues

*"Só o Estado dispõe de legitimidade, de interesse político e de amplitude para atuar em áreas, principalmente sociais, que antes privados, quer nacionais, quer internacionais, não ambicionam de forma alguma, até por terem objetivos distintos, os quais, naturalmente, referem-se ao lucro – sem haver nada de condenável nisto, à primeira vista"*¹².

En el mismo sentido afirma COLOMER VIADEL que tras la década perdida de los ochenta y el predominio de una corriente de extremo capitalismo liberal, "se atemperan las posiciones y se restaura la creencia en una cierta, aunque limitada intervención del Estado al servicio del interés general, la nacionalización de recursos y la equidad"¹³. El incremento del

a partir de la globalización y la proliferación de bloques regionales, consultar CANOTILHO, José Joaquim Gomes. "Da Constituição dirigente ao Direito Comunitário Dirigente", en CASELLA, Paulo Borba (coordinador), *MERCOSUL: Integração regional e globalização*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, pp. 205 a 217.

¹² ARRAES, Virgilio Caixeta. *Op. cit.*

¹³ COLOMER VIADEL, Antonio. *Constitución, Estado y Democracia en el umbral del siglo XXI*, Valencia, Editorial Nomos, 1995, p. 121.

proceso globalizador cambió el papel del Estado en el ámbito interno y externo pero su actuación es fundamental en la defensa del bienestar público.

1.2.2 La globalización y el cambio de concepciones y de estrategias para el desarrollo.

El proceso de globalización también provocó importantes transformaciones en el contexto ideológico de las relaciones internacionales. En el período comprendido entre los años 50 y 70, el desarrollo era considerado como crecimiento económico asociado a la redistribución de la renta y a la solidaridad – al menos en teoría. El Estado tenía un papel fundamental en las estrategias de desarrollo. En la década de 80, con la crisis de la deuda y la consecuente recesión, empieza a surgir un consenso liberal bajo el liderazgo de Margareth Thatcher, en Gran Bretaña, y de Ronald Reagan, en Estados Unidos, el denominado *Consenso de Washington*. Ambos criticaban la excesiva intervención del Estado en la economía y divulgaban la idea de que el subdesarrollo es resultado de políticas económicas distorsionadas por la intervención estatal¹⁴.

Consecuentemente, después de un largo período de tiempo caracterizado por la intensa actuación del Estado en la promoción del desarrollo, la década de 90 fue testigo de la pérdida del protagonismo estatal¹⁵. El período quedó marcado por la adopción de la política neoliberal, materializada en un conjunto de políticas macroeconómicas y de reformas estructurales, como por ejemplo, la liberalización del comercio, la privatización de empresas estatales, la promoción de inversiones extranjeras,

¹⁴ MELLO, Valérie de Campos. *Op. cit.*, p. 169.

¹⁵ RODRIK afirma que “la apertura al comercio exterior expone a la sociedad, y especialmente a la mano de obra, a crisis de origen externo. La negociación sobre multilateralismo de la posguerra fue contingente y apoyada por un compromiso de los gobiernos nacionales de proteger y aislar a la mano de obra de las vicisitudes de los mercados mundiales. Unos gobiernos internos fuertes y estabilizadores constituían la contrapartida interna de la expansión mundial del libre comercio. Sin embargo, la globalización y la integración ‘profunda’ están volviendo insostenible esta negociación de posguerra. Los gobiernos están perdiendo su capacidad de desempeñar la función de protección, porque la globalización limita la eficacia de las políticas gubernamentales”, cf. RODRIK, Dani. “Globalización y mano de obra, o si la globalización es un cesto de cerezas, ¿por qué hay tantas caras largas alrededor de la mesa?”, en BALDWIN, Richard E. et alli, *Integración de mercados, regionalismo y economía global*. A Coruña, Instituto de Estudios Económicos de Galicia Pedro Barrié de la Maza – Servicio de Publicaciones Fundación Pedro Barrié de la Maza, 2001, p. 191.

etc. Este conjunto de políticas se convirtió en un dogma, siendo considerado de validez universal.

En ese sentido, MARTIN y SCHUMANN afirman que

“La integración global viene acompañada por el ascenso de una doctrina político-económica salvadora, que lleva continuamente a la política un ejército de asesores económicos: el neoliberalismo. Su tesis fundamental reza, simplificando: El mercado es bueno, y las intervenciones estatales son malas. Partiendo de las ideas del principal representante de esta escuela teórico-económica, el economista y premio Nobel norteamericano Milton Friedman, los gobiernos mayoritariamente liberales de Occidente elevaron durante los años ochenta este dogma a la categoría de directriz de su política. Desregulación en vez de control estatal, liberalización del comercio y del tráfico de capitales, así como privatización de las empresas públicas, fueron las armas estratégicas en el arsenal de los gobiernos creyentes en el mercado y en las organizaciones económicas internacionales dirigidas por ellos, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional (FMI) y la Organización Mundial del Comercio (OMC). Con estos instrumentos emprendieron una

guerra de liberación a favor del capital que perdura hasta hoy”¹⁶.

Sin embargo, la experiencia ha demostrado la equivocación del Consenso de Washington, pues el mercado libre ha revelado ser incapaz de promover, por sí sólo, la convergencia económica. No se puede menospreciar la actuación del Estado pues, el desarrollo económico exige no sólo la liberalización de precios, sino también una reforma de las instituciones y de los programas económicos, así como la modernización política y social¹⁷.

Y como afirma SCOTT:

“El Estado desempeña un papel clave en este proceso; sin él, hay poca esperanza de que las estrategias de desarrollo tengan éxito. La creación de Estados competentes en el mundo en desarrollo no será impulsada por las conocidas fuerzas del mercado, aún

¹⁶ MARTÍN, Hans-Peter y SCHUMANN, Harald. *La Trampa de la Globalización: el ataque contra la democracia y el bienestar*, Madrid, Taurus-Santillana, 2001, pp. 15 y 16. Comentando los efectos de la aplicación de la nueva y retorcida concepción de desarrollo en Iberoamérica durante los años 80 y principios de los 90, COLOMER VIADEL afirma que “hay una opción de desarrollo basada en el capitalismo financiero y especulativo, en lugar de un desarrollo de producción, que llevó a llamar a la economía de América Latina, ‘la economía de casino’: dominada por el juego monetario, el crecimiento del endeudamiento. Ante la quiebra del sistema se imponen los duros programas de ajuste, con sus secuelas de desempleo, recesión, que pudieron aplicarse por gobiernos militares autoritarios, prescindiendo de consideraciones sociales. La desregulación de la economía y la privatización de empresas públicas, permite amortizar parte de la deuda pública, a la vez que la contracción de la importación facilita cierta exportación y cierta estabilización, acompañada de la instalación de regímenes democráticos, da paso, a inicios de los 90, a una recuperación precaria”. Cf. COLOMER VIADEL, Antonio. “¿Hacia dónde va América Latina?”, en COLOMER VIADEL, Antonio (coordinador), *Economía, sociedad y Estado en América Latina contemporánea*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 27.

¹⁷ SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Direitos Humanos, Globalização e Soberania*, Belo Horizonte, Inédita, 1997. Véase también JIMÉNEZ BUTRAGUEÑO, María de los Ángeles. “Desarrollo y derechos económicos, sociales y culturales”, en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando y FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. (coordinadores), *El desarrollo y la cooperación internacional*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1997, pp. 273 a 310.

cuando las presiones de los mercados de capital puedan imponer la disciplina fiscal y monetaria. Y en un mundo regido aún por los ‘Derechos del Estado’, el verdadero avance para lograr gobiernos responsables exigirá reformas que vayan más allá de los mandatos de las instituciones multilaterales”¹⁸.

En el mismo sentido, PFETSCH afirma que el Estado nacional sigue siendo el destinatario principal de las exigencias del bienestar general pues la inversión y el aumento de los recursos, mediante el incremento de la participación del Estado, permanecen en el ámbito de las jurisdicciones gubernamentales. Los problemas cruciales de las sociedades industriales o pos industriales – por ejemplo, crecimiento económico, empleo, seguridad social, etc. – siguen siendo de la incumbencia de los gobiernos nacionales. Incluso en los procesos de integración regional el Estado es el destinatario más importante de las reivindicaciones en los sectores de seguridad, bienestar económico y justicia social¹⁹. En efecto, lo que se percibe es una transformación del Estado-Nación en Estado-Región, en virtud de la proliferación de los procesos de integración regional y de las consecuentes formaciones comunitarias. Sin embargo, el proceso de ampliación del Estado-Nación para el formato regional no extingue la matriz anterior²⁰.

¹⁸ SCOTT, Bruce R. “La gran línea divisoria en la aldea global”, en *Foreign Affairs en Español*, primavera 2001. Disponible en <http://www.foreignaffairs-esp.org>. Véase también JIMÉNEZ BUTRAGUEÑO, María de los Ángeles. “Desarrollo y derechos económicos, sociales y culturales”, en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. y FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. (coordinadores), *El Desarrollo y la Cooperación Internacional*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid – Boletín Oficial del Estado, 1997, pp. 273 a 310.

¹⁹ PFETSCH, Frank Richard. “Capacidade de atuar e legitimação do Estado democrático de direito na era da globalização”, en *Revista Brasileira de Política Internacional*, vol. 41, n.º 2, Brasília, IBRI – Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 1998, p. 110.

²⁰ NOGUEIRA, Alberto. *Op. cit.*, pp. 125 y 126. FERRAZ pone de relieve que la crisis del Estado-Nación y del modelo clásico de soberanía es una consecuencia de la transición de un mundo multipolar, existente hasta el fin de la Guerra Fria, para un mundo unipolar. En efecto, “a crise do Estado é mais propriamente a crise da soberania, já que é impossível a manutenção do Estado carente de soberania, bem como inconcebível a manutenção da soberania em um regime de unipotência”. Cf. FERRAZ, Daniel Amin. “A nova ordem internacional, o Direito Internacional Humanitário e os refugiados”, en FERRAZ, Daniel

La globalización no disminuye la importancia del establecimiento de metas políticas locales, regionales y nacionales. Como sostiene MELLO, hay espacio para la construcción de estrategias alternativas de acción colectiva pues la relación entre el Estado y los mercados internacionales puede ser clasificada como la de "rehenes mutuos". Las operaciones del sistema financiero internacional se volverían caóticas sin políticas fiscales y monetarias responsables de parte de los Estados. Puede que las finanzas internacionales castiguen a los Estados cuyo comportamiento se desvíe de la normativa patrón del mercado internacional, pero a largo plazo sus ganancias dependen de la existencia de un sistema interestatal en el cual las economías nacionales están bajo el control de actores estatales. El sistema financiero internacional necesita reguladores pues, a partir de un determinado punto la reducción de la intervención del Estado lleva a la exposición a riesgos colectivos más significativos que las ganancias individuales que se pudieran obtener²¹.

Estamos de acuerdo con MARTIN y SCHUMANN, que sostienen que

"Si en todas las cuestiones existenciales que afectan al futuro los Gobiernos se limitan a remitir a las abrumadoras presiones objetivas de la economía transnacional, la política se transforma en un juego impotente, y el Estado democrático pierde su legitimación. La globalización se convierte en trampa para la democracia"²².

En efecto, el Estado tiene que asumir su papel regulador frente a la dictadura del mercado internacional. Es fundamental poner fin a la inacción del Estado, el cual se ha mostrado incapaz de solucionar toda suerte de cuestiones, ya sea el establecimiento de la justicia social, la protección del medio ambiente, o la lucha contra la criminalidad.

Amin y HAUSER (Coordinadores), *A nova ordem mundial e os conflitos armados*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2002, pp. 21 y 22. Ver también PIRES, Francisco Lucas. *Introdução ao direito constitucional europeu: seu sentido, problemas e limites*, Coimbra, Almedina, 1997, pp. 7 y 8.

²¹ MELLO, Valérie de Campos. *Op. cit.*, pp. 177/178.

²² MARTÍN, Hans-Peter y SCHUMANN, Harald. *Op. cit.*, p. 17. Véase también NYE Jr., Joseph S. "El déficit democrático de la globalización", en *Foreign Affairs En Español*, otoño-invierno 2001. Disponible en <http://www.foreignaffairs-esp.org>.

Y para concluir este apartado, volvemos a recurrir a los mismos autores, tomándoles prestadas sus afortunadas palabras, cuando afirman que

"Las tareas más nobles de los políticos democráticos en el umbral del próximo siglo serán el mantenimiento del Estado y el restablecimiento de la primacía de la política sobre la economía. Si esto no ocurre, la fusión, dramáticamente rápida, de la Humanidad a través de la técnica y el comercio pronto se convertirá en su contrario y llevará a un cortocircuito global. A nuestros hijos y nietos no les quedará entonces más que el recuerdo de los dorados años noventa, cuando el mundo aún parecía ordenado y aún era posible cambiar de rumbo"²³.

1.3 Globalización y regionalismo económico.

El trayecto contemporáneo del regionalismo económico coincide en su origen con el fenómeno de la globalización²⁴. La propia intensificación de los contactos, que naturalmente ocurre también en los espacios geográficos vecinos, favorece las tendencias regionalistas²⁵.

²³ MARTÍN, Hans-Peter y SCHUMANN, Harald. *Op. cit.*, p. 19.

²⁴ FFRENCH-DAVIS, Ricardo. "Marco general para análisis de los procesos de integración y cooperación", en *Revista de Integración y Comercio*, número especial 35 años, Buenos Aires, INTAL - Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe, 2000, pp. 85 a 108.

²⁵ FONSECA Jr., Gelson. "Multilateralismo e regionalismo", en *O novo multilateralismo: perspectiva da União Européia e do Mercosul*, São João do Estoril (Cascais), Principia Publicações Universitárias e Científicas, 1.ª edición, 2001, p. 18. Sobre el tema globalización y regionalización, ver también MEDEIROS, Eduardo Raposo de. *Op. cit.*, pp. 87 a 149. Véase también REMIRO BROTONS, Antonio. "Globalización y regionalización. Respuestas regionales a los problemas no económicos", en *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, n.º 176, México, mayo-agosto de 1999.

Según LAFER, la globalización y la regionalización constituyen fenómenos que responden a múltiples factores políticos y económicos, y el papel que éstos desempeñan en la construcción del orden mundial contemporáneo puede ser analizado de diversos modos²⁶. Desde luego, la globalización y la regionalización son las dos caras de una misma moneda²⁷.

1.3.1 La integración económica: concepto y generalidades

Según DEBLOCK y BRUNELLE, el regionalismo económico plantea una serie de desafíos, y se inscribe en un contexto histórico y geográfico determinado que hace imprescindible que, en su análisis, sean conjugados criterios económicos y políticos²⁸.

Aunque nuestro objetivo aquí no sea el de profundizar en este concepto, creemos ser importante trazar en líneas generales en que consiste la integración económica. En este sentido, se puede afirmar que la integración económica es el proceso a través del cual los países van eliminando los tratamientos diferenciales que se manifiestan a través de barreras comerciales, limitaciones a los movimientos de factores, políticas microeconómicas industriales, alteraciones de los tipos de cambios y políticas macroeconómicas autónomas²⁹.

La integración económica, concebida como un proceso, puede ser definida como el conjunto de acciones destinadas a eliminar

progresivamente la discriminación entre los diferentes espacios económicos. Su objetivo es formar una nueva unidad económica, producto de la suma o fusión de los diversos ámbitos espaciales económicos, objeto del proceso de integración³⁰.

Analizando los efectos de la integración sobre el desarrollo, BARRIENTOS afirma que la integración económica conlleva beneficios y costos a los países participantes. Los beneficios están relacionados con la creación de comercio entre los países miembros y los costos a la desviación de comercio³¹.

La integración regional³², además de garantizar los intercambios comerciales y financieros intrarregionales, también camina hacia nuevas formas de organización política, funcionando como factor de estabilidad de los Estados Miembros en el orden internacional. Aunque el principal agente promotor de la integración sea el propio mercado³³, a través de ella los Estados intentan recuperar parte de su autoridad política territorial a través de su participación en organizaciones regionales, reforzando su capacidad

³⁰ BASALDÚA, Ricardo Xavier. "A respeito do direito da integração", *Revista de Derecho del MERCOSUR*, n.º 1, Buenos Aires, La Ley, febrero de 1998, p. 75. Ver también VIDAL VILLA, José María. "Mundialización e integración económica", en MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco (coordinador), *Integración Eurolatinoamericana*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1998, pp. 133 a 148.

³¹ BARRIENTOS, Eduardo Gana. "Los efectos de la integración sobre el desarrollo", en MOLINA DEL POZO Carlos Francisco (coordinador), *Integración Eurolatinoamericana*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1998, p. 434.

³² Para IBÁÑEZ, la integración regional es "un proceso de cooperación intensa y prolongada entre actores de una misma región sobre cualquier ámbito material, si bien es cierto que se produce particularmente en las relaciones económicas y, con menor frecuencia, en las relaciones políticas y sociales", cf. IBÁÑEZ, Joseph. "El nuevo regionalismo latinoamericano en los años noventa", en DÍAS BARRADO, Cástor y FERNÁNDEZ LIESA, Carlos (coordinadores), *Iberoamérica ante los procesos de integración - Actas de las XVIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Madrid, 1999, p. 322. Véase también PESCATORE, Pierre. *Le Droit de L'Integration*, Sijthoff, Leiden, 1972; CAPOTORTI, Francesco y PESCATORE, Pierre. *Du Droit International au Droit de L'Integration: liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos, 1987.

³³ PERROUX afirma que quien promueve la integración es el propio mercado, más precisamente, "el conjunto de individuos reunidos por el mercado: los empresarios privados y los consumidores. Los Estados modifican los 'datos' y luego todo marcha bien a condición de que la empresa privada, la propiedad privada, la iniciativa privada dispongan de libertad de acción", cf. PERROUX, François. "¿Quién integra?, ¿En beneficio de quién se realiza la integración?", en *Revista de Integración y Comercio*, número especial 35 años, Buenos Aires, INTAL - Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe, 2000, p. 37.

²⁶ LAFER, Celso. "A OMC face á globalização e à regionalização", en *Política Externa*, vol. 6, n.º 2, São Paulo, setembro 1997. Disponible en <http://www.politicaexterna.com.br>.

²⁷ GARCIA JÚNIOR, Armando Álvares. *MERCOSUL hoje: novos e difíceis caminhos*, São Paulo, LTr, 1998, p. 30.

²⁸ DEBLOCK Christian y BRUNELLE, Dorval. "Un régionalisme en trois dimensions: le projet des Amériques", en *Continentalisation - Cahier de recherche 99-6*, Montreal, Groupe de recherche sur l'intégration continentale, Université du Québec à Montreal, octubre 1999, p. 2.

²⁹ TUGORES QUES, Juan. *Economía Internacional e Integración Económica*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, p. 141. Para BALASSA, la integración económica puede ser considerada como una situación o como un proceso. Vista como una situación de las actividades económicas, se caracteriza por la ausencia de varias formas de discriminación entre las economías nacionales. Considerada como un proceso, es concebida como un conjunto de medidas cuyo objetivo es abolir, de manera progresiva, la discriminación entre las unidades económicas pertenecientes a diferentes naciones. Cf. BALASSA, Bela. *Teoría de la integración económica*, México, Ediciones Uteha, 1980, p. 1. Véase también MEDEIROS, Eduardo Raposo de. *Blocos regionais de integração económica no mundo*, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas - Universidade Técnica de Lisboa, Lisboa, 1998, pp. 13 a 24.

contractual a través de negociaciones colectivas con otros Estados y con organizaciones internacionales³⁴.

FERNÁNDEZ ROZAS defiende la idea de que

“La integración es una vía de solución para los problemas económicos por todo lo que contribuye a reforzar un poder único de negociación frente a los países más desarrollados en el marco del comercio internacional. Las dificultades hacia la practicabilidad por parte de muchos Estados del área de una actuación fuerte en el contexto mundial exige la creación de esfuerzos integrados para mantener con viabilidad una posición común que sea convincente. Dicho de otro modo, se trata de propiciar la aparición de un ‘nuevo actor’ en el comercio internacional reconocido por su potencial y participación efectiva por la comunidad internacional”³⁵.

Consecuentemente, la participación en esquemas de integración regional es muy importante, sobre todo para los países subdesarrollados y para los países en desarrollo, pues la creación de mercados regionales facilita el comercio y la adaptación a la competencia internacional, así como posibilita que los países más pobres puedan implementar paulatinamente su

reestructuración, adaptando su industria exportadora al mercado sin exponerla de inmediato a la competencia mundial³⁶. En esta misma línea, los acuerdos regionales de integración pueden superar las expectativas económicas derivadas de los beneficios directos de la liberalización comercial debido a la reducción de la inseguridad y a la ampliación de la credibilidad. De esa forma, se presenta al sector privado un panorama estable para las inversiones y proyectos de medio y largo plazo, lo que es esencial para la realización positiva de la liberalización comercial³⁷.

El avance del regionalismo ha hecho que los bloques regionales se conviertan en importantes actores de la economía internacional, razón por la que la OMC haya decidido instituir, un año después de su creación, un comité dedicado a supervisar sus actividades, para asegurar su compatibilidad con las reglas del sistema multilateral³⁸.

Los procesos de integración regional están sometidos a las reglas de la OMC respecto a los acuerdos regionales, reglas que provienen del artículo XXIV del antiguo GATT y de la interpretación dada a dichos dispositivos durante la Ronda Uruguay³⁹. Dichas normas atribuyen a la OMC poderes para supervisar la importante excepción al *principio de la nación más favorecida* concedida en los casos de formación de uniones aduaneras y de áreas de libre comercio. Por tanto, incumbe a la OMC verificar si dichos acuerdos regionales atienden a los requisitos necesarios para la obtención de un tratamiento de excepción a la regla general del multilateralismo comercial. Dicha verificación consiste básicamente en determinar si el esquema de integración creado, al establecer preferencias regionales, de carácter discriminatorio, no perjudica a los demás miembros de la OMC. En otras palabras, lo que se busca es que la creación del comercio derivada de la creación de bloques regionales no implique en desvío de comercio a nivel multilateral.

³⁴ TELÓ, Mario. “A integração regional na Europa e nas Américas”, en *O novo multilateralismo: perspectiva da União Europeia e do Mercosul*, São João do Estoril (Cascais), Principia Publicações Universitárias e Científicas, 1.ª edición, 2001, p. 84.

³⁵ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. “Los modelos de integración en América Latina y el Caribe y el Derecho Internacional Privado”, en DÍAS BARRADO, Cástor y FERNÁNDEZ LIESA, Carlos (coordinadores), *Iberoamérica ante los procesos de integración – Actas de las XVIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Madrid, 1999, p. 164. Véase también ROBSON, Peter. *Teoria Econômica da Integração Internacional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1985.

³⁶ TELÓ, Mario. *Op. cit.*, pp. 84 y 85.

³⁷ FERNANDEZ, R. “Returns to Regionalism: An Evaluation of Nontraditional Gains from Regional Trade Agreements”. *Paper n.º 1816*, International Economics Department, World Bank, 1997.

³⁸ ALMEIDA, Paulo Roberto de. “A economia internacional no século XX: um ensaio de síntese”, en *Revista Brasileira de Política Internacional*, IBRI (Instituto Brasileiro de Relações Internacionais), Brasília, 2001, p.122.

³⁹ LAFER, Celso. *Op. cit.*, *loc cit.* Véase también SCHREUER, Christoph. “Regionalism and universalism”, en *European Journal of International Law*, vol. 6, n.º 3, 1995.

1.3.2 Regionalismo y multilateralismo.

La base del regionalismo consiste en la creación de preferencias comerciales entre un grupo de Estados que deciden asociarse, formando un bloque regional. En un análisis apriorístico, parece que dicho proceso va en contra del multilateralismo y de las reglas del libre comercio defendidas por la OMC. Sin embargo, entendemos que la realidad es otra, pues aunque sea necesario tener alguna cautela, regionalismo y multilateralismo pueden ser encarados como dos procesos complementares, como demostrará a seguir.

1.3.2 a) El binomio regionalismo-multilateralismo.

El crecimiento del regionalismo y su relación con el multilateralismo son temas destacados actualmente en la teoría y práctica de las relaciones comerciales y económicas internacionales. El multilateralismo debe ser entendido como el sistema de principios, reglas e instituciones cuyo objetivo es desarrollar el comercio internacional de bienes y de servicios en el marco de la OMC. Por otro lado, el regionalismo es representado por los acuerdos preferenciales – y discriminatorios⁴⁰ – celebrados entre dos o más países, contiguos o no, con el objetivo principal de incrementar el intercambio comercial entre sí y conseguir un fortalecimiento que garantice mejor inserción en el sistema económico-comercial internacional⁴¹. Además, dichos acuerdos suelen tener un contenido político, reflejado en la idea de integración económica y política, que asume diferentes grados de intensidad, determinados por los vínculos que los unen, más frágiles como en el caso del TLCAN (o NAFTA), o más intensos, como en el de la Unión Europea. Los acuerdos regionales son, por ende, excepciones al principio de la no-discriminación y a la cláusula de la nación más favorecida.

⁴⁰ CORREA subraya que la discriminación es elemento constante de la definición del regionalismo, pues para que se verifique la iniciativa regional, es fundamental que haya la otorga de preferencias comerciales restrictas a un grupo de países. Cf. CORREA, Luis Fernando Nigro, *Op. cit.*, p. 66.

⁴¹ PEÑA, Félix. “La OMC y las relaciones interregionales: una visión del MERCOSUR”, en *O novo multilateralismo: perspectiva da União Européia e do Mercosul*, São Joao do Estoril (Cascais), Principia Publicações Universitárias e Científicas, 1.ª edición, 2002, p. 47. Véase también REMIRO BROTÓNS, Antonio. “Multilateralismo y regionalismo en el comercio internacional: algo más que comercio. El caso de América Latina”, en REMIRO BROTÓNS, Antonio y ESPÓSITO, Carlos (eds.) en BLÁZQUEZ NAVARRO, Irene (coord.), *La Organización Mundial del Comercio y el Regionalismo Europeo*, Madrid, Dykinson, 2001, pp.19-40.

Merece la pena analizar más detenidamente la aparente contradicción entre el multilateralismo y el regionalismo⁴², pues un análisis superficial puede inducir a la conclusión precipitada de que ambos son procesos antagónicos, auto-excluyentes, lo que constituye una equivocación, como afirmamos anteriormente. En efecto, ambos son procesos complementarios pues se constituyen en realidades políticas, económicas y jurídico-institucionales con raíces profundas en sus respectivos ámbitos, lo que determina su continuidad en el escenario internacional. En su expresión comercial y económica, el regionalismo es sólo parte de procesos más amplios, cuyo objetivo es crear espacios de paz, de estabilidad política y de democracia, en los que predomina la lógica de la integración vinculada a los valores de sociedades abiertas. Ambos procesos se sustentan en la cohesión social como un valor central y como un instrumento privilegiado de la competitividad a la escala global⁴³.

⁴² Según ESPÓSITO, “El problema de la compatibilidad o el conflicto entre regionalismo y multilateralismo se puede plantear desde un punto de vista teleológico o institucional. En el primer caso se presenta la cuestión en relación con los fines de los acuerdos regionales frente a los fines de la OMC. En el segundo caso el interrogante se refiere a las instituciones de los organismos regionales y los órganos de la OMC. Ambos puntos de vista deben apuntar a la maximización de la creación de comercio e inversión y a minimizar su desviación. A partir de ahí se debe observar como interactúan regionalismo y multilateralismo para poder conocer si el regionalismo impulsa y facilita el multilateralismo y si los resultados de la opción secundaria pueden depender de la primera opción”, cf. ESPÓSITO, Carlos. “El MERCOSUR entre el regionalismo y el multilateralismo”, en DÍAS BARRADO Cástor y FERNÁNDEZ LIESA Carlos (coordinadores), *Iberoamérica ante los procesos de integración – Actas de las XVIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Madrid, 1999, p. 82. Para profundizar en el estudio del tema, ver BAGWELL, Kylie y STAIGER, Robert W. “Los acuerdos preferenciales y el sistema de comercio multilateral”, en BALDWIN, Richard E. et alli, *Integración de mercados, regionalismo y economía global*, A Coruña, Instituto de Estudios Económicos de Galicia Pedro Barrié de la Maza – Servicio de Publicaciones Fundación Pedro Barrié de la Maza, 2001, pp. 93/123.

⁴³ PEÑA, Félix. *Op. cit.*, pp. 48 y 49. El Profesor REMIRO BROTÓNS afirma que los acuerdos regionales pueden reforzar el multilateralismo, desde una perspectiva estática, si su efecto primario es la creación de nuevos flujos de comercio y de inversión y no el desvío de los flujos de comercio previamente existentes. Dicho reforzamiento asume una perspectiva dinámica, si los acuerdos regionales son pioneros de procesos de liberalización del comercio adicionales en un plano multilateral. El autor subraya que el regionalismo es un hecho histórico anterior al multilateralismo, que sigue proyectándose con fuerza hacia el futuro, y que la consolidación y expansión del multilateralismo después de la Ronda Uruguay, no tuvo un efecto disuasorio sobre las iniciativas regionalistas, sino que parece haberlas estimulado. Cf. REMIRO BROTÓNS, Antonio. “Universalismo, multilateralismo,

En efecto, multilateralismo y regionalismo no son forzosamente dimensiones contradictorias de los esfuerzos para alcanzar un sistema de relaciones comerciales y económicas internacionales en ámbito mundial, asentado en principios de libre comercio y de equilibrio entre los intereses de los diversos países. La experiencia europea indica todo lo contrario pues desde la creación de la Comunidad Económica Europea se puede observar la existencia de una interacción constante entre los avances del proceso de integración regional con todo lo ocurrido en el plano multilateral⁴⁴. La diseminación de los proyectos de integración regional puede ser traducida en lo que se suele denominar regionalismo competitivo y que acaba por impulsar a las propias negociaciones multilaterales. Existe una interacción entre los principios que rigen las actividades regional y multilateral, considerando que de manera creciente, los acuerdos regionales, de cualquier modalidad – por ejemplo, zona de libre comercio o unión aduanera – están condicionados por las reglas de la OMC. Su legitimidad internacional depende en gran medida de su conformidad con el artículo XXIV del GATT y con otros compromisos asumidos en la OMC⁴⁵.

Sin embargo, esta idea no goza de unanimidad en la doctrina pues hay quien entiende que, en realidad, los acuerdos regionales son una reacción a la globalización, considerada una amenaza, y que tales acuerdos pueden ser fácilmente transformados en potentes bloques de comercio regionales. Las incertidumbres del escenario internacional, el endurecimiento de las negociaciones comerciales, así como las experiencias controvertidas de los primeros años de la OMC apuntan hacia la profundización del conflicto entre el regionalismo y el multilateralismo. Por tanto, el nuevo regionalismo constituiría no sólo un obstáculo a una rápida globalización, sino que podría poner en jaque el multilateralismo y el futuro de la OMC, así como de otros organismos multilaterales⁴⁶.

regionalismo y unilateralismo en el nuevo orden internacional”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LI, n.º 1, 1999, pp. 16 y 17.

⁴⁴ En ese sentido WINTERS afirma que “la Unión Europea permite rechazar de forma convincente la hipótesis de que un acto de regionalismo conduce necesariamente al derrumbamiento del sistema multilateral. (...) Creo que la opinión mayoritaria es que el advenimiento de la Unión Europea ayudó al multilateralismo”, cf. WINTERS, L. Alan. “Regionalismo o multilateralismo”, en BALDWIN, Richard E. et alli, *Integración de mercados, regionalismo y economía global*, A Coruña, Instituto de Estudios Económicos de Galicia Pedro Barrié de la Maza – Servicio de Publicaciones Fundación Pedro Barrié de la Maza, 2001, p. 39.

⁴⁵ PEÑA, Félix. *Op. cit.*, pp. 48 y 49.

⁴⁶ BHAGWATI J. y ARVIND, P. “Preferential Trading Areas and Multilateralism Stranger, Friends or Foes?”, en *Free Trade Areas or Free Trade?*, BHAGWATI, J. y

De acuerdo con esta corriente doctrinal las organizaciones regionales estimulan la competencia internacional y tienen prioridades estratégicas unilaterales contrarias a la globalización. Como ejemplo, se menciona la Unión Europea y sus políticas comunes, entre ellas la PAC y la política comercial. Este sector doctrinal entiende que el nuevo regionalismo podría conducir a una multiplicación de conflictos geo-económicos, al aumento del neomercantilismo comercial e interferir peligrosamente con la transición actualmente en curso en el orden político internacional⁴⁷.

No coincidimos con esta visión pesimista, que considera el regionalismo como un factor que obstaculiza el desarrollo del multilateralismo. Efectivamente existe un aparente conflicto entre ambos debido al carácter discriminatorio intrínseco a los procesos de integración regional, lo que hiere el principio más importante de la OMC – el de la *no-discriminación* – y, consecuentemente, el sistema de comercio multilateral. Sin embargo, no se puede olvidar que tanto el multilateralismo como el regionalismo son procesos cuyo objetivo es reducir las barreras comerciales. El primero, de manera indiscriminada, entre los miembros de la OMC, y el segundo, de manera más restrictiva, ciñéndose a los países miembros del bloque regional.

Por otro lado, es innegable la ambigüedad existente sobre las relaciones entre el regionalismo y el multilateralismo, la cual se hace acompañar de la duda sobre la influencia negativa o positiva del primero sobre el segundo. Analizando ambos procesos, PELKMANS⁴⁸ identifica algunos de los problemas potenciales de los bloques regionales, destacando los siguientes:

a) Puede que el regionalismo genere un desvío de comercio que suplante la creación del comercio y aunque tal efecto no se verifique con relación a todos los países, es posible que ocurra con relación a algunos de ellos. Dicho temor se justifica porque la concesión de preferencias regionales puede desviar el comercio de un productor más eficiente situado en un país no-miembro del bloque regional para un productor no tan eficiente situado

PANAGARIYA A., Washington D.C., AEI Press, 1996. Citado por Mario TELÓ, *Op. cit.*, p. 87.

⁴⁷ LUTTWACK, G. “From Geopolitics to Geoeconomics. Logic of Conflict and Grammar of Commerce”, en *National Interest*, 1990, Summer; y GILPIN R. *Politics and Economy in International Relations*, 1987. Citado por Mario TELÓ, *Op. cit.*, p. 88.

⁴⁸ PELKMANS, Jacques. “Regionalism in World Trade: Vice or Virtue?”, en *Europe and Global Economic Interdependence*. Bruselas, European Interuniversity Press, 1993, pp. 125 a 143. Citado por Lufz Fernando Nigro CORREA, *Op. cit.*, pp. 77 a 79.

en un país miembro del bloque. Eso no ocurre en el sistema multilateral, en el cual las preferencias comerciales se extienden a todos los países miembros de la OMC, en virtud de la cláusula de la nación más favorecida.

b) La formación o la profundización de bloques regionales hace que sus miembros tengan menos interés por la liberalización comercial multilateral. Para combatir dicho temor, es imprescindible que los bloques regionales sigan participando efectivamente de las negociaciones junto a la OMC para que las barreras comerciales impuestas por ellos a terceros países sufran una continua reducción, eliminándose los efectos del desvío del comercio y velando por la consecución del libre comercio mundial. También merece la pena resaltar que la participación de los bloques regionales en las negociaciones de la OMC puede otorgarles mayor celeridad, no sólo por la disminución del número de negociadores sino también porque los problemas y las cuestiones que puedan surgir ya habrán sido discutidas en el ámbito interno de los bloques, previamente a la negociación multilateral.

c) Existe una tendencia de que los bloques regionales asuman un carácter político introspectivo, haciendo que los terceros países queden en segundo plano con relación a materias de cooperación, como tecnología o ayuda al desarrollo, o misma política exterior.

De hecho, la inadecuada conducción de los procesos de integración regional podría acarrear perjuicios para el desarrollo del sistema multilateral de comercio que propugna la OMC. Sin embargo, dicha organización está dotada de los mecanismos preventivos, garantizadores de la adecuación del regionalismo al sistema multilateral de comercio, como demostrado anteriormente. Y también es importante añadir que los actuales esquemas de integración regional obedecen a las reglas del regionalismo abierto, que conducen al incremento del comercio intra-regional sin comprometer los principios de libre comercio defendidos por la OMC.

1.2.3 b) El nuevo regionalismo: el regionalismo abierto.

Una vez identificados algunos de los temores provenientes del regionalismo y sus posibles efectos en el comercio multilateral, pasamos al análisis de la idea del *regionalismo abierto*, expresión utilizada para identificar los procesos de integración regional que supuestamente no significarían obstáculos al comercio multilateral. Todo lo contrario, los procesos de integración pueden funcionar como colaboradores de la

disminución de las barreras comerciales entre sus propios miembros sin causar ningún tipo de perjuicio a los países terceros.

Según la COMISIÓN EUROPEA, el regionalismo abierto se caracteriza por ser una estrategia que envuelve los procesos de integración regionales que se sitúan en un cuadro de apertura comercial y de reinserción competitiva de dichos procesos en la economía mundial⁴⁹. En semejantes experiencias de integración regional, el efecto del desvío del comercio sería atenuado por la disminución de las barreras arancelarias impuestas por los bloques regionales con relación a terceros países.

La idea es que, concomitantemente al rebajamiento arancelario intrabloque, ocurran también las negociaciones multilaterales, en las cuales, a través de una postura abierta al mundo exterior, los bloques regionales participen y fomenten la disminución de las barreras comerciales multilateralmente. Es muy probable que la liberalización arancelaria intrabloque ocurra más rápidamente que a nivel externo, pero lo que debe prevalecer es la intención de que las barreras al comercio multilateral sean vencidas para que, efectivamente, las iniciativas regionales puedan representar el regionalismo abierto al libre comercio⁵⁰.

Si observamos la actuación interna y externa de dos de los principales bloques regionales actuales – la Unión Europea y el MERCOSUR – identificamos un comportamiento que atiende mayoritariamente a los principios del regionalismo abierto. LAFER pone de relieve que, para el MERCOSUR, el regionalismo abierto significa la apertura para el comercio con otros miembros de la OMC, y no levantar barreras para aumentar el comercio intra-regional. El objetivo es, por lo tanto, ampliar el mercado regional para los miembros de la OMC a las oportunidades de comercio e inversiones, aumentando el intercambio con los países de Europa, Asia, África y los Estados Unidos, sin ningún tipo de concentración⁵¹.

ALDECOA LUZÁRRAGA, analizando la diferencia existente entre lo que él denomina el *viejo* y el *nuevo regionalismo*, afirma que

“El viejo regionalismo se caracterizaba por su carácter cerrado,

⁴⁹ COMISIÓN EUROPEA. *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la actualidad y perspectivas del fortalecimiento de la Asociación Unión Europea – América Latina 1996-2000*, Bruselas, 23 de octubre de 1995, COM(95) 495, final.

⁵⁰ CORREA, Luiz Fernando Nigro. *Op. cit.*, p. 80.

⁵¹ LAFER, Celso. *Op. cit.*, *loc. cit.*

introvertido y excluyente, frente al nuevo regionalismo abierto, que permite múltiples relaciones interregionales. Tal es el caso del acuerdo interregional entre la Unión Europea y Mercosur, o entre Mercosur y TLCAN...⁵².

El Profesor ALDECOA hace un interesante estudio del nuevo regionalismo, comparando los tres principales modelos de integración regional: el modelo asiático, el norteamericano y el europeo. Haremos un rápido análisis de cada uno de ellos para comprender mejor las principales características del *nuevo regionalismo*.

En el *modelo asiático* predomina la noción del *Estado* y su principal característica es “la adopción bajo estricto control gubernamental de diferentes medidas dirigidas a favorecer la integración y liberalización de sus economías, asumiendo que el costo social de las mismas sería absorbido sin mayor impacto sobre el sistema político”⁵³. Aquí, hay un fuerte control del Estado sobre la actividad económica y financiera.

El *modelo norteamericano* tiene como eje central la liberalización del comercio a través del TLCAN y “se caracteriza a grandes rasgos por poner en el centro el mercado como objetivo central del proceso, reduciendo las eventuales adaptaciones del sistema político y social a las estrictamente necesarias para el logro de los objetivos económicos”⁵⁴. En este modelo de integración, los intereses comerciales son los principales factores determinantes en la conducción del proceso integrador, el cual se restringe a los aspectos económicos.

Finalmente, tenemos el *modelo europeo*, que se caracteriza

“por una formulación original mucho más audaz y elaborada, producto de una reflexión sistemática sobre los desafíos que plantea la necesaria articulación a escala internacional de la relación entre la economía, la política y la sociedad, partiendo de la priorización del modelo europeo de sociedad y considerando el mercado y el propio sistema político, como instrumentos para la reestructuración del mismo”⁵⁵.

En efecto, el elemento fundamental de la transformación propuesta por el modelo europeo en lo que afecta la reestructuración del sistema político, es el concepto de *soberanía compartida* que supera la tradicional soberanía estatal y hace viable la “mutación de una Comunidad Europea de naturaleza fundamentalmente económica en una Unión Europea de naturaleza política, articulada, funcional y normativamente, en diferentes niveles de gobierno y de representación política y en la moneda única, como expresión de un nuevo modelo de sociedad europea”⁵⁶.

Los tres modelos que acabamos de exponer constituyen referencia fundamental para los demás procesos de integración regional en el mundo, como por ejemplo, los esquemas regionales que se desarrollan en América Latina, los cuáles, respetadas las debidas particularidades, sufren una clara influencia del modelo europeo.

A partir del análisis de los modelos de regionalismo mencionados anteriormente, se pueden señalar las principales características del nuevo regionalismo. En primer lugar, se desdibuja “la frontera entre la política interna y la política exterior”. El nuevo regionalismo tiene un mayor impacto doméstico y actúa en los tres niveles, subestatal, interestatal y supraestatal, que, a su vez, interfieren en sus respectivas esferas. En segundo lugar, es un proceso político de mayor pluralismo que el viejo proceso estrictamente intergubernamental. Este pluralismo se materializa en la participación junto al Estado de actores heterogéneos, de carácter no estatal, a través de cauces

⁵² ALDECOA LUZARRAGA, Francisco y CORNAGO PRIETO, Noé. “El nuevo regionalismo y reestructuración del sistema mundial”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. L, número 1, Madrid, 1998, p. 63.

⁵³ ALDECOA LUZARRAGA, Francisco y CORNAGO PRIETO, Noé. *Op. cit.*, p. 74.

⁵⁴ ALDECOA LUZARRAGA, Francisco y CORNAGO PRIETO, Noé. *Op. cit.*, p. 75. Para saber más sobre la evolución histórica del concepto de integración política, consultar GOBBI, Hugo Javier. “Integração e liberdade: uma reflexão histórica”, en *Revista Brasileira de Política Internacional*, vol. 44, n.º 1, Brasília, IBRI – Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 2001, pp. 155 a 164.

⁵⁵ ALDECOA LUZARRAGA, Francisco y CORNAGO PRIETO, Noé. *Op. cit.*, p. 75.

⁵⁶ *Idem*.

diversos, como es el caso de las entidades de carácter financiero, económico, civil, social, etc. En tercer lugar, el carácter no excluyente del nuevo regionalismo permite establecer varias formas de relación interregional. Por esta razón, es posible que se presenten propuestas de acuerdos de libre comercio entre la Unión Europea y el TLCAN; que en el seno de la ALADI coexistan el MERCOSUR y la CAN y que se establezca una negociación entre la Unión Europea y el MERCOSUR con el objetivo de crear una asociación inter-regional entre ambos bloques.

Evidentemente, la opción por uno u otro modelo como pauta de referencia no es irrelevante, pues cada uno de ellos se traduce en la articulación de un modelo de sociedad diferente. Por esta razón, como destaca el Profesor ALDECOA, se derivarían “consecuencias diferentes para el MERCOSUR de sendos acuerdos interregionales entre la UE y el MERCOSUR, y entre el MERCOSUR y el TLCAN”⁵⁷.

A partir del análisis de las experiencias de integración regional en Asia, América del Norte y en Europa Occidental se puede afirmar que todas son la respuesta a una misma realidad: la globalización. Y se puede afirmar que el nuevo regionalismo es la expresión de las diferentes respuestas regionales a los desafíos políticos y sociales propuestos por la globalización.

Dentro del contexto mundial expuesto anteriormente, la Unión Europea asume el reto de reconquistar una posición hegemónica en el sistema internacional contemporáneo, no sólo por ser el más exitoso proceso de integración regional del cual se tiene noticia, sino también por su importancia económica, por su patrimonio histórico y por su protagonismo en la cooperación internacional al desarrollo⁵⁸.

⁵⁷ ALDECOA LUZARRAGA, Francisco y CORNAGO PRIETO, Noé. *Op. cit.*, p. 111 y 112.

⁵⁸ RAMÓN CHORNET pone de relieve que “la importancia de la Política de Ayuda y Cooperación al Desarrollo de la Unión Europea es incuestionable si consideramos un hecho constatable: que la UE y sus Estados miembros siguen contándose entre los más activos a la hora de fomentar la ayuda y el desarrollo en el ‘Sur’ o en los llamados ‘países en vías de desarrollo’”, cf. RAMÓN CHORNET, Consuelo. “Nuevas orientaciones de la política de ayuda y cooperación al desarrollo de la Unión Europea: la propuesta del codesarrollo”, en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz – 1998*, Editora Tecnos y Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1999, p. 155. SOBRINO HEREDIA añade que “desde su origen, la Comunidad Europea ha prestado una particular atención a las relaciones de cooperación al desarrollo con terceros países, de tal modo que, con el tiempo, se han convertido en una de las principales manifestaciones en el ámbito internacional. Esta cooperación, además, por su continuidad, entidad y características propias ha dado lugar a un modelo de relaciones entre Estados desarrollados y países en desarrollo, el denominado diálogo Euro-Sur, claramente identificable dentro del panorama más amplio, pero mucho menos dinámico, de las relaciones Norte-Sur”, cf. SOBRINO HEREDIA, José Manuel. “La

1.4 Conclusiones

Volviendo al tema específico de la globalización, ALMEIDA afirma que la globalización capitalista revitalizada del final del siglo XX trajo, probablemente, riqueza comercial y progresos sociales como jamás se había visto en la historia de la economía mundial. Sin embargo queda la impresión nítida de que también está asociada al crecimiento de las desigualdades dentro de los países y entre las regiones. Aparentemente, las tendencias de la economía mundial en el siglo pasado propiciaron la profundización de las divergencias entre las economías nacionales, en detrimento de la convergencia esperada por la mayoría de los estudiosos. En otras palabras, las naciones que ya eran relativamente ricas en 1900 se tornaron aún más influyentes en el año 2000. Las menos avanzadas, aunque también hayan progresado, lo hicieron en menor escala y menos rápidamente que las primeras. La tendencia de las dos últimas décadas del siglo pasado confirma la agudización de las diferencias entre los países desarrollados y los países en desarrollo, así como las desigualdades en el acceso a bienes y la distancia acumulada entre los rendimientos de los grupos sociales⁵⁹.

unión Europea y el desarrollo: aspectos recientes”, en, coordinación de MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. y FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R., *El desarrollo y la cooperación internacional*, Madrid, Instituto de Estudios Internacionales y Europeos “Francisco de Vitoria”, Universidad Carlos III de Madrid – Boletín Oficial del Estado, 1998, p. 107. SANAHUJA pone de relieve que las políticas de ayuda de la Unión Europea suponen una variable relevante para evaluar “el papel creciente de la Unión en los asuntos internacionales en relación con las tres dimensiones que, según C. Bretherton y j. Vogler, constituyen su identidad internacional: la UE como ‘actor’, como ‘presencia’ o como ‘modelo’. A la Unión le corresponde la dimensión de ‘actor’ si la ayuda comunitaria y la de los estados miembros responden a objetivos similares y existe una actuación coordinada, soherente y, por lo tanto, eficaz en términos de objetivos y destinatarios. La UE se estima como ‘presencia’ si esa ayuda, tanto en términos de monto como de objetivos y pautas de distribución, responde a las metas declaradas de paz, desarrollo y lucha contra la pobreza de la política exterior. En otras palabras, si representa la ‘proyección externa’ de los principios de solidaridad, desarrollo equilibrado y cohesión social y territorial que caracterizan el ‘modelo europeo’ como alternativa atractiva a otros ‘modelos’ que compiten en la economía y política internacionales, como los denominados ‘liberal’, ‘anglosajón’ o ‘asiático’”, cf. SANAHUJA, José Antonio. “Mecanismos de cooperación Europa-América Latina”, en *Foreign Affairs En Español*, verano de 2002. Disponible en <http://www.foreignaffairs-esp.org>.

⁵⁹ ALMEIDA, Paulo Roberto de. “A economia internacional no século XX: um ensaio de síntese, en *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, IBRI (Instituto Brasileiro de Política Internacional), 2001, pp.126/127; Véase también RICUPERO, Rubens. “Além da unificação de mercados. Uma comunidade global de cooperação e conhecimento

En efecto, la globalización económica tiene aspectos positivos y negativos, como prácticamente todo y cualquier proceso, tanto en el ámbito público cuanto privado, comunitario cuanto individual. Sin embargo, por tratarse de un proceso imparable y creciente, es fundamental que podamos sacarle todo lo positivo que nos pueda ofrecer, así como administrar y minimizar sus aspectos negativos.

A partir del momento que el libre comercio deje de ser un discurso vacío, una falacia de los países desarrollados con el objetivo de mantener sus históricos privilegios financieros y económicos, condenando los países pobres a una eterna situación de subdesarrollo, estaremos haciendo que la globalización económica asuma un carácter más humano, más justo y más positivo, y se convierta en un instrumento de promoción del bienestar común, que siempre fue el primer objetivo del Estado.

La intensificación del regionalismo en las últimas décadas demuestra el esfuerzo emprendido por los Estados – sobre todo los subdesarrollados y en vías de desarrollo – con el objetivo de garantizar su fortalecimiento en el ámbito externo, a través de la intensificación de las relaciones económicas entre los miembros del bloque regional y de estos con otros sujetos internacionales. El regionalismo abierto, respetando las reglas del libre comercio defendidas por la OMC, se convierte, así, en un importante instrumento de incentivo al crecimiento económico y de promoción del desarrollo, garantizando una participación más ecuánime de los países subdesarrollados y en vías de desarrollo en el escenario internacional.

1.5 Resumen

La globalización económica provocó profundos cambios en el escenario internacional, con importantes reflejos en la actuación de los Estados, tanto a nivel interno cuanto externo. La incapacidad de los gobiernos de encontrar soluciones para cuestiones que transcendían las fronteras estatales llevó a que los Estados replanteasen sus estrategias de inserción internacional y de fortalecimiento interno, provocando un incremento generalizado de los procesos de integración regional, los cuáles, atendiendo a los principios del regionalismo abierto, conviven armoniosamente con los principios del libre comercio multilateral

compartilhado visando à segurança e ao desenvolvimento”, en *Política Externa*, vol. 8, n.º 3, São Paulo, 2000, pp. 83/97.

defendidos por la OMC, además de garantizar una inserción más competitiva de los países en desarrollo en el mercado internacional.

1.6 Referencias bibliográficas.

ALDECOA LUZARRAGA, Francisco y CORNAGO PRIETO, Noé. “El nuevo regionalismo y reestructuración del sistema mundial”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. L, número 1, Madrid, 1998.

ALMEIDA, Paulo Roberto de. “A economia internacional no século XX: um ensaio de síntese”, en *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, IBRI (Instituto Brasileiro de Política Internacional), 2001.

ARRAES, Virgilio Caixeta. “Um novo papel para o Estado nas relações internacionais”, en *Boletim Meridiano 47*, n.º 8-9, Brasília - Brasil, febrero/marzo de 2001.

BAGWELL, Kylie y STAIGER, Robert W. “Los acuerdos preferenciales y el sistema de comercio multilateral”, en BALDWIN, Richard E. et alii, *Integración de mercados, regionalismo y economía global*, A Coruña, Instituto de Estudios Económicos de Galicia Pedro Barrié de la Maza – Servicio de Publicaciones Fundación Pedro Barrié de la Maza, 2001.

BALASSA, Bela. *Teoría de la integración económica*, México, Ediciones Uteha, 1980.

BARBÉ IZUEL, Esther. “La teoría de las relaciones internacionales en la posguerra fría”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz-1993*, Editorial Tecnos y Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1994.

BARRIENTOS, Eduardo Gana. “Los efectos de la integración sobre el desarrollo”, en MOLINA DEL POZO Carlos Francisco (coordinador), *Integración Eurolatinoamericana*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1998.

BASALDÚA, Ricardo Xavier. “A respeito do direito da integração”, *Revista de Derecho del MERCOSUR*, n.º 1, Buenos Aires, La Ley, febrero de 1998.

BOISSIEU, Christian de. *Les mutations de l'économie mondiale*, Paris, Économica, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Da Constituição dirigente ao Direito Comunitário Dirigente”, en CASELLA, Paulo Borba (coordinador), *MERCOSUL: Integração regional e globalização*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

CAPOTORTI, Francesco y PESCATORE, Pierre. *Du Droit International au Droit de L'Integration: liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos, 1987.

- CEPAL, Globalización y Desarrollo, Naciones Unidas, 2002.
- CERVO, Amado Luiz. "Sob o signo neoliberal: as relações internacionais da América Latina", *Revista Brasileira de Política Internacional*, vol. 43, n.º 2, Brasília, IBRI – Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 2000.
- COLOMER VIADEL, Antonio. "¿Hacia dónde va América Latina?", en COLOMER VIADEL, Antonio (coordinador), *Economía, sociedad y Estado en América Latina contemporánea*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- COLOMER VIADEL, Antonio. "La globalización y el nuevo orden jurídico. La soberanía de los Estados y las nuevas relaciones internacionales", en COLOMER VIADEL, Antonio (coordinador). *El nuevo orden jurídico internacional y la solución de conflictos*, Madrid, 2000.
- COLOMER VIADEL, Antonio. *Constitución, Estado y Democracia en el umbral del siglo XXI*, Valencia, Editorial Nomos, 1995.
- COMISIÓN EUROPEA. *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la actualidad y perspectivas del fortalecimiento de la Asociación Unión Europea – América Latina 1996-2000*, Bruselas, 23 de octubre de 1995, COM(95) 495, final.
- DALCERO, Pedro Luiz. "Globalização financeira e volatilidade de capitais: a busca de uma alternativa racionalista", en *Revista Brasileira de Política Internacional*, vol. 40, n.º 2, Brasília, IBRI – Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 1997.
- DEBLOCK Christian y BRUNELLE, Dorval. "Un régionalisme en trois dimensions: le projet des Amériques", en *Continentalisation – Cahier de recherche 99-6*, Montreal, Groupe de recherche sur l'intégration continentale, Université du Québec à Montreal, octubre 1999.
- ESPÓSITO, Carlos. "El MERCOSUR entre el regionalismo y el multilateralismo", en DÍAS BARRADO Cástor y FERNÁNDEZ LIESA Carlos (coordinadores), *Iberoamérica ante los procesos de integración – Actas de las XVIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Madrid, 1999.
- FERNÁNDEZ DEL HOYO, Juan José Tomás. "Globalización económica y bienestar social: algunas consideraciones", *Boletín Económico de ICE*, n.º 794, octubre 2001.
- FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. "Democracia y Desarrollo en el ordenamiento internacional", en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. y FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. (coordinadores), *El Desarrollo y la Cooperación Internacional*, Madrid, Universidad Carlos II de Madrid – Boletín Oficial del Estado, 1997.

- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. "Los modelos de integración en América Latina y el Caribe y el Derecho Internacional Privado", en DÍAS BARRADO, Cástor y FERNÁNDEZ LIESA, Carlos (coordinadores), *Iberoamérica ante los procesos de integración – Actas de las XVIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Madrid, 1999.
- FERNANDEZ, R. "Returns to Regionalism: An Evaluation of Nontraditional Gains from Regional Trade Agreements". *Paper n.º 1816*, International Economics Department, World Bank, 1997.
- FERRAZ, Daniel Amin. "A nova ordem internacional, o Direito Internacional Humanitario e os refugiados", en FERRAZ, Daniel Amin y HAUSER (Coordinadores), *A nova ordem mundial e os conflitos armados*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2002.
- FFRENCH-DAVIS, Ricardo. "Marco general para análisis de los procesos de integración y cooperación", en *Revista de Integración y Comercio*, número especial 35 años, Buenos Aires, INTAL – Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe, 2000.
- FONSECA Jr., Gelson. "Multilateralismo e regionalismo", en *O novo multilateralismo: perspectiva da União Européia e do Mercosul*, São João do Estoril (Cascais), Principia Publicações Universitárias e Científicas, 1.ª edición, 2001.
- GARCIA JÚNIOR, Armando Álvares. *MERCOSUL hoje: novos e difíceis caminhos*, São Paulo, LTr, 1998.
- GARCÍA SEGURA, Caterina. "La globalización en la sociedad internacional contemporánea: dimensiones y problemas desde la perspectiva de las relaciones Internacionales", en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz-1998*, Editora Tecnos y Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1999.
- GOBBI, Hugo Javier. "Integração e liberdade: uma reflexão histórica", en *Revista Brasileira de Política Internacional*, vol. 44, n.º 1, Brasília, IBRI – Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 2001.
- GONZÁLEZ, Sara y MASCAREÑAS, Juan. "La globalización de los mercados financieros", en *Noticias de la Unión Europea*, n.º 172, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1999.
- IBÁÑEZ, Joseph. "El nuevo regionalismo latinoamericano en los años noventa", en DÍAS BARRADO, Cástor y FERNÁNDEZ LIESA, Carlos (coordinadores), *Iberoamérica ante los procesos de integración – Actas de las XVIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Madrid, 1999.

- JIMÉNEZ BUTRAGUEÑO, María de los Ángeles. “Desarrollo y derechos económicos, sociales y culturales”, en MARINO MENÉNDEZ, Fernando y FERNÁNDEZ LIESA, Carlos. R. (coordinadores), *El desarrollo y la cooperación internacional*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1997.
- KLAES, Marianna Izabel Medeiros. “O fenômeno da globalização e seus efeitos no campo jurídico”, en *Revista de Derecho del MERCOSUR*, n.º 6, Buenos Aires, La Ley, diciembre de 1998.
- KRUGMAN, Paul y OBSTFELD, Maurice. *Economía Internacional. Teoría y Política*, Madrid, Assison Wesley – Pearson Educación S.A., 2001.
- LAFER, Celso. “A OMC face à globalização e à regionalização”, en *Política Externa*, vol. 6, n.º 2, São Paulo, setembro 1997.
- LINDERT, Peter H. *Economía Internacional*, Barcelona, Ariel, 1994.
- MARTÍN, Hans-Peter y SCHUMANN, Harald. *La Trampa de la Globalización: el ataque contra la democracia y el bienestar*, Madrid, Taurus-Santillana, 2001.
- MEDEIROS, Eduardo Raposo de. *Blocos regionais de integração econômica no mundo*, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas – Universidade Técnica de Lisboa, Lisboa, 1998.
- MELLO, Valérie de Campos. “Globalización, regionalismo e ordem internacional”, *Revista Brasileira de Política Internacional*, vol. 42, n.º 1, Brasília, IBRI – Instituto Brasileiro de Política Internacional, 1999.
- N. HAAS, Richard. y E. LITAN, Robert. “Los sinsabores de la globalización”, en *Foreign Affairs En Español*, mayo-junio de 1998. Disponible en <http://www.foreignaffairs-esp.org>.
- NOGUEIRA, Alberto. *Globalização, regionalizações e tributação. A nova matriz mundial*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000.
- NYE Jr., Joseph S. “El déficit democrático de la globalización”, en *Foreign Affairs En Español*, otoño-invierno 2001. Disponible en <http://www.foreignaffairs-esp.org>.
- PEÑA, Félix. “La OMC y las relaciones interregionales: una visión del MERCOSUR”, en *O novo multilateralismo: perspectiva da União Européia e do Mercosul*, São Joao do Estoril (Cascais), Principia Publicações Universitárias e Científicas, 1.ª edición, 2002.
- PERROUX, François. “¿Quién integra?, ¿En beneficio de quién se realiza la integración?”, en *Revista de Integración y Comercio*, número especial 35 años, Buenos Aires, INTAL – Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe, 2000.
- PESCATORE, Pierre. *Le Droit de L'Integration*, Sijthoff, Leiden, 1972.

- PFETSCH, Frank Richard. “Capacidade de atuar e legitimação do Estado democrático de direito na era da globalização”, en *Revista Brasileira de Política Internacional*, vol. 41, n.º 2, Brasília, IBRI – Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 1998.
- PIETROVSKY, Iara. *Globalização na América Latina – Que globalização?*, Argumento 003, Instituto de Estudos Socioeconômicos, Brasília, junho de 2001.
- PIRES, Francisco Lucas. *Introdução ao direito constitucional europeu: seu sentido, problemas e limites*, Coimbra, Almedina, 1997.
- RAMÓN CHORNET, Consuelo. “Nuevas orientaciones de la política de ayuda y cooperación al desarrollo de la Unión Europea: la propuesta del codesarrollo”, en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz – 1998*, Editora Tecnos y Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1999.
- RAPOPORT, Mario. “Os Estados Nacionais frente à globalização”, en *Revista Brasileira de Política Internacional*, vol. 40, n.º 2, Brasília, IBRI – Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 1997.
- REMIRO BROTÓNS, Antonio. “Globalización y regionalización. Respuestas regionales a los problemas no económicos”, en *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, n.º 176, México, mayo-agosto de 1999.
- REMIRO BROTÓNS, Antonio. “Multilateralismo y regionalismo en el comercio internacional: algo más que comercio. El caso de América Latina”, en REMIRO BROTÓNS, Antonio y ESPÓSITO, Carlos (eds.) y BLÁZQUEZ NAVARRO, Irene (coord.), *La Organización Mundial del Comercio y el Regionalismo Europeo*, Dykinson, Madrid, 2001.
- REMIRO BROTÓNS, Antonio. “Universalismo, multilateralismo, regionalismo y unilateralismo en el nuevo orden internacional”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LI, n.º 1, 1999.
- RICUPERO, Rubens. “Além da unificação de mercados. Uma comunidade global de cooperação e conhecimento compartilhado visando à segurança e ao desenvolvimento”, en *Política Externa*, vol. 8, n.º 3, São Paulo, 2000.
- ROBSON, Peter. *Teoria Económica da Integração Internacional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1985.
- ROCHA, Antônio Jorge Ramalho da y AIDA, Marcia Lissa. “Globalização e regionalização: dificuldades em sua análise”, *Revista Brasileira de Política Internacional*, vol. 38, n.º 1, Brasília, IBRI – Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 1995.
- ROCHA, Antônio Jorge Ramalho da. “Por uma compreensão crítica das teorias das relações internacionais”, *Revista Cena Internacional*, n.º 1,

- Brasília, Departamento de Relações Internacionais da Universidade de Brasília y Fundação Alexandre de Gusmão, año 3, julio 2001.
- RODRÍK, Dani. "Globalización y mano de obra, o si la globalización es un cesto de cerezas, ¿por qué hay tantas caras largas alrededor de la mesa?", en BALDWIN, Richard E. et alli, *Integración de mercados, regionalismo y economía global*, A Coruña, Instituto de Estudios Económicos de Galicia Pedro Barrié de la Maza – Servicio de Publicaciones Fundación Pedro Barrié de la Maza, 2001.
- SANAHUJA, José Antonio. "Mecanismos de cooperación Europa-América Latina", en *Foreign Affairs En Español*, verano de 2002. Disponible en <http://www.foreignaffairs-esp.org>.
- SATO Eiiti. "A agenda internacional depois da Guerra Fria: novos temas e novas percepções", en *Revista Brasileira de Política Internacional*, vol. 43, n.º 1, Brasília, IBRI – Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 2000.
- SATO, Eiiti. "O Estado como ator nas relações internacionais no mundo da globalização: uma velha discussão" en *Revista Cena Internacional*, n.º 1, Ministerio de Relaciones Exteriores de Brasil, 1999.
- SCHREUER, Christoph. "Regionalism and universalism", en *European Journal of International Law*, vol. 6, n.º 3, 1995.
- SCOTT, Bruce R. "La gran línea divisoria en la aldea global", en *Foreign Affairs en Español*, primavera 2001. Disponible en <http://www.foreignaffairs-esp.org>.
- SIMMA, Bruno y PAULUS, Andreas L., "The International Community facing the challenge of globalization", en *European Journal of International Law*, vol. 9, n.º 2, 1998.
- SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Direitos Humanos, Globalização e Soberania*, Belo Horizonte, Inédita, 1997.
- SOBRINO HEREDIA, José Manuel. "La unión Europea y el desarrollo: aspectos recientes", en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. y FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. (coordinadores), *El desarrollo y la cooperación internacional*, Madrid, Instituto de Estudios Internacionales y Europeos "Francisco de Vitoria", Universidad Carlos III de Madrid – Boletín Oficial del Estado, 1998.
- SUR, Serge. "The State between fragmentation and globalization", en *European Journal of International Law*, vol. 8, n.º 3, 1997.
- TELÓ, Mario. "A integração regional na Europa e nas Américas", en *O novo multilateralismo: perspectiva da União Europeia e do Mercosul*, São João do Estoril (Cascais), Principia Publicações Universitárias e Científicas, 1.ª edición, 2001.

- TUGORES QUES, Juan. *Economía Internacional e Integración Económica*, Madrid, McGraw-Hill, 1995.
- VIDAL VILLA, José María. "Mundialización e integración económica", en MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco (coordinador), *Integración Eurolatinoamericana*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1998.
- VILLA, Rafael Duarte. "A construção de um sistema internacional policêntrico: atores estatais e não-estatais societais no pós-Guerra Fria", en *Revista Cena Internacional*, n.º 2, Brasília, Departamento de Relações Internacionais da Universidade de Brasília y Fundação Alexandre de Gusmão, año 3, diciembre 2001.
- W. BOWMAN, Joan Spero y D'ANDREA TYSON, Laura. "Mundo nuevo, trato nuevo. "Un enfoque demócrata de la globalización", en *Foreign Affairs En Español*, enero de 2000. Disponible en <http://www.foreignaffairs-esp.org>.
- WINTERS, L. Alan. "Regionalismo o multilateralismo", en BALDWIN, Richard E. et alli, *Integración de mercados, regionalismo y economía global*, A Coruña, Instituto de Estudios Económicos de Galicia Pedro Barrié de la Maza – Servicio de Publicaciones Fundación Pedro Barrié de la Maza, 2001.

O CONCURSO CRIMINOSO DE AGENTES E O MENOR INFRATOR

Daniel Naiff da Fonseca

Advogado e ex-aluno do curso de Direito da Universidade Federal de Viçosa.

Sumário: 1. Introdução; 2. A cientificidade do direito; 3. Crime e menoridade; 4. Considerações acerca do concurso criminoso de agentes; 5. Conclusões. 6. Referências Bibliográficas.

PALAVRAS-CHAVE: Concurso criminoso, participação, Crime, Menoridade.

1. INTRODUÇÃO

O concurso criminoso de agentes é um dos mais engenhosos institutos jurídicos presentes na Parte Geral do Código Penal; por um tipo de extensão, pode-se atribuir à conduta daquele que participa, ainda que minimamente, do fato criminoso o mesmo juízo de tipicidade relativo à conduta do autor, desde que presentes os elementos objetivos (deve o partícipe concorrer material ou moralmente com a ação do autor) e subjetivos.

A Parte Especial do Código Penal, tendo em consideração a maior exigibilidade de conduta diversa, passou a tomar instituto do concurso de agentes, previsto no artigo 29 do mesmo instrumento, seja como uma elementar de um fato típico, uma qualificadora ou uma agravante legal. Alguns exemplos são os crimes de formação de quadrilha, capitulado no artigo 228 do CP; e o furto qualificado pelo concurso de pessoas, descrito no artigo 155, § 4º, além das agravantes contidas no artigo 62, I e IV, também do CP.

Dizem as lições de hermenêutica que as normas devem ser entendidas sistematicamente, isto é, a racionalidade do Direito encontra-se na coerência de seus imperativos hipotéticos. Assim, o ordenamento jurídico não pode ser entregue ao mero casuísmo de forças que se mascaram da vontade social; deve, antes, obedecer a critérios, isto sim, éticos – no sentido de respeito da

individualidade humana –, antropológicos e lógico-científicos, sob pena de perder todo seu conteúdo de justiça.

Nesse sentido, surge a grande questão quando se impõe a participação do menor infrator em uma prática criminosa empreendida por outrem. Se o menor não comete crime algum, como poderia ele fazer parte de uma atividade criminosa; muito mais complexa se torna a situação quando se trata de um crime de formação de quadrilha, no qual o menor compõe o sujeito derradeiro para a configuração do tipo, ou seja, para a existência do crime, necessário se faz que o menor infrator também seja autor do mesmo, cabendo à conduta deste os juízos necessários para a configuração do crime.

Para tanto, no desenvolvimento deste trabalho, pretendeu-se trazer à discussão a participação do menor infrator numa prática criminosa, posicionando alguns pontos para o início do debate.

2. A CIENTIFICIDADE DO DIREITO

Tendo em vista a ampla discussão acerca do tema a ser suscitado, é imprescindível elucidar uma questão incidental sobre a ciência do direito.

Sob um aspecto simplório, poder-se-ia definir o direito como um conjunto de normas que regem uma devida sociedade, determinada espacial e temporalmente, em acordo com seus valores e fins. Dispõe Tércio Sampaio Ferraz JR. acerca da aplicação do direito: “A práxis da ciência jurídica, contudo, independentemente das Escolas que a interpretam, se revela numa combinatória de modelos. O jurista ao enfrentar a questão da decidibilidade, raras vezes se fixa num só modelo, mas utiliza modelos em conjunto, dando ora primazia a um deles e subordinado os demais, ora colocando-os em pé de igualdade. A opção por um por todos não é de caráter, ou seja, não se dá ao sabor dos interesses pessoais do cientista, embora isto possa ocorrer, descambando então a Ciência Jurídica para uma espécie de ideologia no sentido marxista do termo. Esta última hipótese ocorre sempre que a função heurística se transforma um fim em si mesmo. A tecnologia pela tecnologia faz do saber jurídico um mero saber técnico, que dança conforme a música dos casos particulares e é incapaz de organizar-se segundo as exigências de generalidade e sistematicidade”.

Bem ressaltou o ilustre jurisconsulto duas características básicas da Ciência do Direito: a aplicação dos preceitos jurídicos deve ser a) geral e b) sistematizada. No entanto, mais se tem notícias do total desleixo dos aplicadores do direito, em torno desses elementos imprescindíveis à análise jurídica (generalidade e sistematicidade). Percebe-se, isso sim, na dogmática

jurídica penal, uma aplicação meramente utilitarista dos preceitos jurídicos. É, portanto, cediço que para o Direito cumprir com sua função precípua: dirimir o conflitos, protegendo o valor social (respeitando-se, é certo, um juízo ético de aplicação das normas), ele deve ser garantista, no sentido de que ofereça ao destinatário da norma a racionalidade do sistema jurídico e a previsibilidade da subsunção da norma à hipótese de fato.

Ao Direito Penal em específico, é imputada a proteção dos mais importantes bens de um corpo social – ressalte-se o ficcionismo desta função, quando em presente se constata a total inoperância e ineficácia da mesma. Nesse contexto, a doutrina, acertadamente, coloca o Direito Penal como medida de extrema *ratio*, isto é, o intervencionismo estatal nesse tipo de tutela não deve ser presente a todo momento, mas deve ser fragmentário e subsidiário aos outros ramos do direito. Como forma de garantia dessa característica, a Constituição Federal e o Código Penal imprimiram o princípio da estrita legalidade como um dos principais pilares do Direito Penal.

Dessa maneira, a hipótese de incidência da tutela penal, o crime, somente pode subsistir quando perfeitamente delineado em seus limites pela norma penal.

3. CRIME E MENORIDADE

Adentrando pela teoria do crime, é de importância ressaltar que este não é fato material ou idealmente – como o quis Kant – existente ou, então, “criado” pela norma jurídica, numa linha funcional-sistêmica, como o querem os neokantistas. É na verdade conduta (psicologicamente considerada), ato humano finalisticamente dirigido, ao qual a ordem legal atribui um juízo de valor objetivo e nada mais; assim, crime é uma conduta penalmente relevante.

A fim de evitar maiores delongas, faz-se necessária a supressão da teorização do estudo da tipicidade e da ilicitude como elementos imprescindíveis à configuração do delito. Quanto à culpabilidade, dada a total interligação com o ponto em questão (menoridade), esta merece uma análise bem mais detida, ainda mais tendo-se em vista a grande controvérsia acerca de sua natureza jurídica.

Alguns autores, dentre eles Damásio E. de Jesus e Johannes Wessels, não vislumbram na culpabilidade um elemento configurador do crime, como hipótese normativa, mas na função de pressuposto da aplicação da resposta penal ao autor do fato. Ora, não obstante o respeito à opinião de tão ilustres

juristas, deles discorda o autor deste trabalho por dois motivos: a) o crime – como já fora dito anteriormente – não é um “ente” criado pela lei, mas é a própria conduta humana com um plus, sendo esta juridicamente valorada. Ora, se conduta humana, não é suficiente para valorá-la juridicamente o simples fato de agir finalisticamente dirigido a um ilícito, sem a mínima consideração sobre a exigibilidade que se faz do agente em atuar de maneira diversa; b) o princípio *nullum crimen sine culpa*, ou seja, não há crime se não há uma ação culpável. Afirmar – como o faz Damásio de Jesus – que hipóteses exculpantes isentam o réu da pena, mas mantêm-se o crime, é violar com princípios de lógica jurídica. O artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal dispõe: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (grifo nosso). Ou seja, para a aplicação de uma pena é necessário que esteja legalmente cominada, e diretamente relacionada, por um princípio de imputação, a certo pressuposto, qual seja o fato *criminis*; assim, o pressuposto da pena não é a culpabilidade, mas o crime *in totum*, isto é, integralmente considerado; corroborando tal conclusão, a douta lição do imortal Hans Kelsen: “Costuma-se diferenciar entre normas jurídicas que impõe uma conduta determinada e normas jurídicas que ligam uma sanção à conduta contra estas normas, como para diferenciar entre normas jurídicas primárias e secundárias, como, porventura: Não se deve furtar; se alguém furta, deve ser punido. Mas a formulação da primeira de ambas as normas é supérflua, dado que o não-dever-furtar juridicamente só existe no dever-ser-punido ligado à condição do furto” (grifo nosso)¹. Nesse sentido, espera-se ter explicitado como a culpabilidade é de fato elemento necessário à configuração do delito, como instituto jurídico que é.

É a culpabilidade um juízo de censura sobre o autor do fato; não se faz, quando de seu estudo, uma análise sobre o fato de querer ou não o autor atingir o resultado criminoso, mas sim sobre a capacidade de determinação de sua conduta, bem como do potencial conhecimento do ilícito.

Dada a importante separação que se fizera entre o juízo de valoração (existente na culpabilidade) e o objeto da valoração (conduta típica), é questão prioritária saber o exato momento desse juízo de valoração.

Para submeter-se a tal juízo, é imprescindível que ao autor possa ser atribuído o fato, ou seja, possa esse ser responsabilizado. Por sua vez, a fim de que seja atribuída responsabilidade penal ao sujeito, é necessário que haja possibilidade de esse ser agente de atividade criminosa. Bem informam os

¹ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Sérgio Antônio Fabris, p. 171.

doutrinadores Zaffaroni e Pierangeli: “A imputabilidade é a capacidade psíquica de ser sujeito de reprovação composta de capacidade de compreender a antijuridicidade da conduta e adequá-la de acordo com esta compreensão.”²

O ilustre Francisco de Assis Toledo ressalta os elementos da imputabilidade, inferidos a partir dos artigos 26 a 28 do Codex repressivo pátrio: “1º) que o agente possua, ao tempo da ação ou da omissão, higidez biopsíquica necessária para a compreensão do injusto e para orientar-se de acordo com esta compreensão; 2º) que o agente tenha completado dezoito anos”(grifo nosso).³

Ponto sublime deste trabalho, a inimputabilidade provinda da menoridade (CP, art. 27) é mais efeito de política criminal do que de maiores considerações científicas.

Dispõe a Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), em seu artigo 103: “Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”. Ou seja, deve-se entender que não faz o referido artigo menção ao crime considerado em toda a sua integralidade, mas apenas em relação ao seu juízo de tipicidade (descrição da conduta). É, portanto, o ato infracional instituto juridicamente diferente do crime, e tanto o é pelo fato do seu conseqüente normativo. Ao crime é imputada a pena, que nos dizeres do artigo 59 do CP deve ser “necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do mesmo” (grifo nosso). O artigo 113 da Lei 8.069/90 dispõe que ao capítulo relativo às medidas socioeducativas aplicam-se as disposições dos artigos 99 e 100 da referida lei, assim transcritos:

“Art. 99 – As medidas previstas neste Capítulo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo.”

“Art. 100 – Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.”

Assim, percebe-se que a pena deve respeitar um princípio de culpabilidade (prevenção geral e especial e retribuição), sendo, portanto, relativa estritamente ao fato. Contrariamente, a medida socioeducativa é orientada por um princípio de necessidade pedagógica, atinente predominantemente à pessoa do menor e subsidiariamente ao fato por ele

² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro* - Parte geral. RT. p. 628.

³ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, p. 314.

praticado. Além desse fundamento de ordem teleológica, impõe-se outra diferença fundada no princípio da segurança jurídica. Como exposto anteriormente, a Constituição em seu artigo 5º, XXXIX, prescreve a anterioridade da pena, bem como sua estrita aplicação em relação à específica descrição típica, ou seja, a cada fato típico é cominado abstratamente uma pena, com parâmetros máximo e mínimo. A *contrario sensu*, a Lei 8.069/90 não estabelece um conseqüente normativo direto a cada ato infracional, restando, então, concluir que a figura da medida socioeducativa, por dispositivo constitucional (CF/88, art. 5º, XXXIX), difere-se juridicamente da resposta penal, o que faz supor, por lógica, que o crime é instituto jurídico de natureza diversa do ato infracional previsto na Lei 8.068/90.

Vistos que a culpabilidade é elemento do crime, que a imputabilidade é a capacidade psíquica de ser sujeito de reprovação, conforme Zaffaroni, e que a menoridade (art. 27, CP e art. 228, CF/88) constitui causa de inimputabilidade, se presente esta, inimputável é o sujeito, pois ausente lhe é a culpabilidade, acarretando, assim, a inocorrência do fato-crime. Nesse sentido, conclui-se que o menor não é passível de ser autor de um crime, ou seja, o menor não comete crime.

4. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONCURSO CRIMINOSO DE AGENTES

Ponto obscuro deste trabalho reside na possibilidade jurídica de menor infrator tomar parte no concurso criminoso de agentes, e tal se impõe pelos fatos a seguir aduzidos.

Prescreve o artigo 29 do Código Penal: "Quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas, na medida sua culpabilidade". A norma penal traz, por meio de um tipo de extensão, uma fórmula genérica de responsabilização.

O concurso de agentes, a despeito do que pode parecer em virtude da norma supra, envolve questões mais complexas e controvertidas. Não é esse exatamente um instituto jurídico "criado", mas uma situação de fato, cotidianamente apresentada: dois ou mais sujeitos concorrendo para um fim comum. Jurídica é a consideração dessa situação, ou seja, a conseqüência que lhe é imputada.

Em vista dessa conclusão, imprescindível é a análise *a priori* da sistematização que o Código Penal fornece ao instituto do concurso de pessoas.

Como bem se observa da norma contida no artigo 29 do CP, imputa-se aos fatos de cada concorrente uma conexão não simplesmente teleológica, mas também normativa. Neste contexto, a doutrina elencou três teorias acerca da sistematização jurídica do concurso criminoso de agentes: a) a teoria monista; b) a teoria dualista; e c) a teoria pluralística. Damásio E. de Jesus assim expõe acerca da teoria monista: "Todos que contribuem para a integração do delito cometem o mesmo crime. Há unidade de crime e pluralidade de agentes" (grifo nosso)⁴. E o mesmo doutrinador assim conclui, afirmando que a teoria adotada pelo Código Penal é a monista, pois, quando da análise do artigo 29, verifica-se que "o dispositivo emprega o termo crime no singular, demonstrando que todos os concorrentes respondem por fato típico único".⁵

De imediato, poder-se-ia afirmar a impossibilidade jurídica de o menor tomar parte no concurso criminoso de agentes. Entretanto, o temor pelos sofismas que tal afirmação pode englobar leva à continuação da análise de tão metucioso tema.

A atuação dos agentes deve se dar de acordo com uma das formas de concurso: a) Co-autoria ou b) participação.

Para definir co-autoria, é necessário indagar-se o que seja autoria de um crime. Define Zaffaroni: "Autor é quem tem o domínio do fato. Possui o domínio do fato quem detém, em suas mãos o curso, o 'se' e o 'como' do fato, podendo decidir preponderantemente a seu respeito; dito mais brevemente, o que tem o poder de decisão sobre a configuração central do fato".⁶ A *contrario sensu*, a participação é a forma de concurso na qual o sujeito não possui o pleno domínio do fato; seus atos, não sendo necessários à configuração típica, concorrem, moral ou materialmente, para a ocorrência desta. Possui, portanto, uma natureza acessória à conduta daquele que detém o domínio do fato.

A doutrina elenca três teorias acerca da acessoriedade da participação. São elas:

- a) Acessoriedade mínima: basta que a conduta principal seja típica.
- b) Acessoriedade limitada: a conduta principal precisa ser típica e ilícita, prescindindo do juízo de culpabilidade.

⁴ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*, São Paulo: Saraiva, v. 1, p. 406.

⁵ *Op. Cit.* 5.

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro - Parte geral*. São Paulo: RT, 1997. p. 670.

c) Acessoriedade extremada: é indispensável que a conduta principal seja típica, ilícita e culpável.

É exatamente neste ponto que se localiza o epicentro da controvérsia suscitada neste trabalho; a cada teoria anteriormente mencionada, correlacionar-se-ão diferentes perspectivas de análise do concurso de pessoas, na modalidade participação.

Em relação à teoria da acessoriedade mínima, nenhum debate tem surgido. No entanto, o mesmo não se pode dizer das teorias da acessoriedade limitada e extremada.

Doutrina esmagadora põe-se partidária da acessoriedade limitada, o que, ao modesto entendimento do autor do presente artigo, apresenta certo desvio de perspectiva.

Afirma a doutrina dominante que, para a configuração da participação, basta que a conduta acessória aceda a uma principal, que por sua vez deve ser típica e ilícita. No entanto, essa mesma doutrina, quando da análise das considerações jurídicas do concurso de agentes, aduziu no sentido da prevalência da teoria monista, considerando-se a existência da unidade de crime, ainda que plúrimos os agentes. No item 3, viu-se que o crime é instituto jurídico formado por três elementos indissociáveis, tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Ora, a certa conduta juridicamente caracterizada como crime devem concorrer, pelo menos, um juízo de tipicidade, um juízo de ilicitude e um juízo de culpabilidade. Bem observa o ilustre penalista alemão, Hans Wezel: "Por eso se puede con igual derecho designar como 'culpable' tanto la voluntad de acción como toda la acción"⁷.

A prática criminosa, quando vários são os agentes, é como se fosse um círculo, do qual cada agente, com sua conduta finalisticamente dirigida ao resultado criminoso, compõe parte da circunferência; é crime único – fato típico, ilícito e culpável –; dessa forma, se o concurso de pessoas é instituto que ocorre quando vários sujeitos praticam uma única infração penal e a esta deve concorrer todos os seus elementos (já tantas vezes mencionados: tipicidade, ilicitude e culpabilidade), é cediço, portanto, que as ações cometidas pelos sujeitos sejam passíveis de um juízo de tipicidade (ainda que por tipo de extensão), um juízo de ilicitude e, por fim, um juízo de culpabilidade. Inexistente qualquer dos sujeitos, pelo menos um dos juízos citados, não fará este parte da realidade normativa considerada, qual seja, o crime. Ora, se tal sujeito não cometeu crime, e a infração considerada é

única, por lógica jurídica não há como afirmar que este concorreu para a prática dos outros agentes de forma livre e consciente, não integrando, assim, o concurso de agentes em questão.

Nesses termos, não nos parece procedente a crítica do ilustre Zaffaroni à teoria da acessoriedade extremada: "A participação é punida por ser participação na culpabilidade do autor"⁸. Não se trata de vincular a atividade do partícipe à culpabilidade do autor – o que seria uma ofensa ao princípio da culpabilidade. Cada um continua respondendo na medida da sua culpabilidade (cf. art. 29, CP). A existência de um juízo de culpabilidade em determinado fato não impede a existência de outros, quando da hipótese do concurso de agentes (unidade de crime e pluralidade de agentes).

Assim, para se configurar qualquer forma de concurso de agentes, é necessário que todos concorram com uma conduta típica (mesmo o tipo de extensão), ilícita e culpável, sob pena de não integrarem a prática criminosa em questão, dado que o crime é único. O menor infrator, como lhe é ausente o juízo de culpabilidade, não comete crime algum, por conseguinte coloca-se apartado da realidade normativa que cerca o concurso de agentes, uma vez que neste há unidade de crime, configurando, portanto, a hipótese da autoria mediata, pois o menor teria mera função instrumental à conduta do agente do crime, dado que sobre aquele pende uma presunção *iure et de iure* de impossibilidade de determinação contrariamente à hipótese típica penal.

5. CONCLUSÃO

Como se pode observar no desenvolvimento deste exíguo trabalho, atingiram-se respostas em dissonância com a maior parte da doutrina, pois se verificou a impossibilidade de o menor infrator tomar parte no concurso de pessoas.

Tal afirmação, é óbvio, gera certos efeitos de caráter prático, e. g. O artigo 228 do Código Penal descreve o crime de formação de quadrilha ou bando, uma hipótese típica de concurso necessário de agentes, no qual, pelo menos, três sujeitos reúnem-se para fins delituosos; o artigo 155, § 4º, IV, do Código Penal traz a hipótese do furto qualificado pelo concurso de pessoas; tal circunstância é também hipótese de agravante legal, nos termos do artigo 62, I e IV, do mesmo instrumento legal, entre outras várias previstas na legislação esparsa. Pelo caráter sistematizado do Direito, tais hipóteses

⁷ WEZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970. p. 198.

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro* - Parte geral. São Paulo: RT, 1997. p.687.

devem ser vistas à luz das normas contidas no artigo 29 e ss. do Código Penal. Valem, portanto, para essas normas, todas as considerações feitas no desenvolver deste trabalho, ou seja, para caracterizar o crime, é necessário que ocorram os juízos de tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

O menor, como restou demonstrado, não comete crime, uma vez que lhe é ausente a culpabilidade (inimputabilidade).

Partindo desse pressuposto, improcedente seria a afirmação de que este poderia ensejar a hipótese do concurso criminoso de agentes. Como foi visto, tal instituto caracteriza-se pela pluralidade de agentes e unicidade de crime, isto é, em que pese concorrerem vários agentes, aderindo reciprocamente às suas condutas, ao mesmo fim delituoso, ainda assim estar-se-á tratando de delito único. Ora, ter-se-iam, então, duas situações jurídicas devidamente caracterizadas; em princípio, o menor, por ser inimputável, inocorrendo, portanto, pressuposto da culpabilidade, não comete crime; por sua vez, o concurso de agentes implica consideração de um único crime para todos que o integram, ou seja, um fato no qual devem, imprescindivelmente, concorrer pelo menos um juízo de tipicidade, um juízo de ilicitude e um juízo de culpabilidade.

Se o menor infrator não comete crime, e na hipótese do concurso de agentes há somente um único crime, conclui-se que o menor não participa da realidade normativa que envolve o delito praticado em concurso, não ensejando a incidência do artigo 29 e ss. do CP. Destarte, se em certa situação um maior pratica um crime de furto auxiliado por um menor, não se pode imputar àquele a qualificadora prevista no art. 155, § 4º, IV, do CP, uma vez que não agiu em concurso, dado que o auxílio deste não configura prática delituosa, e na hipótese em questão há um único crime, mas se utilizou da impossibilidade de determinação contrária ao fato do menor. O mesmo raciocínio aplica-se na hipótese do crime de formação de quadrilha ou bando.

A entender-se de outra maneira, poder-se-ia estar quebrando toda a sistematicidade normativa do Código Penal, o que configuraria uma lesão, por via oblíqua, ao princípio da legalidade, uma vez que se estaria individualizando em cada situação um instituto já previamente definido na Parte Geral do Código Penal.

Em que pesem as críticas às soluções advindas de tal conclusão, não se deve permitir que o pensamento utilitarista conduza à aplicação do direito ou, de outra forma, estar-se-ia compactuando com a violação do sistema garantista que rege o Estado de Direito.

6. RESUMO

O presente trabalho se dedica a questionar a possibilidade jurídica do menor infrator em compor o pólo ativo da infração, numa situação de concurso de agentes, sopesando as conseqüências desta participação na configuração do concurso, seja como uma qualificadora, como uma agravante legal ou como elementar de um fato típico.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1995.
2. JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.
3. KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986.
4. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.
5. WESSELS, Johannes. *Direito penal – Parte Geral*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1976.
6. WEZEL, Hans. *Derecho penal aleman – Parte general*. Trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yañez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970.
7. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – Parte Geral*. São Paulo: RT, 1997.

O CONFLITO ENTRE O DIREITO À IMAGEM E O DIREITO À INFORMAÇÃO

Júlio César Franceschet

Graduando em Direito pela UFV

Carlos Roberto Ramos

Prof. do Dep. de Direito da UFV (aposentado)

Guilherme Nacif de Faria

Prof. do Dep. de Direito da UFV

A fruição de qualquer direito não pode dar-se de maneira plena, sob pena de invadir a esfera de outras garantias. Tal fato ocorre com frequência quando um indivíduo pretende valer-se de maneira absoluta do direito que possui de informar e ser informado. Constantemente esse direito, pelo fato de ser muito amplo, choca-se com outros, em especial o direito à imagem. Ganhou maior relevo, com o desenvolvimento dos meios de comunicação, o direito à imagem, direito esse que passou a ser explorado com maior intensidade. É bastante comum o conflito entre o direito à imagem e o direito à informação, principalmente no meio televisivo. Diante deste problema, sugere-se o presente trabalho, cujo fito é solucionar celeumas, como o conflito de princípios e, em especial, o confronto que envolve os dois direitos, ou melhor, as duas garantias supramencionadas.

SUMÁRIO: 1. Direitos da personalidade; 2. Direito à imagem; 2.1. Conceito; 2.2. Conteúdo; 2.3. Natureza jurídica; 2.4. Características; 3. Direito à informação; 4. Imagem X Informação; 4.1. Nova hermenêutica jurídica; 4.2. Critérios; 4.3. Imagem: violação; 4.4. Formas de reparação.

PALAVRAS-CHAVE: direitos da personalidade; direito à imagem; liberdade de expressão; conflito de princípios; e dano moral.

1. DIREITOS DA PERSONALIDADE

A definição de direitos da personalidade¹, tal como se conhece hodiernamente, não surgiu de imediato; ela foi fruto de séculos de discussões, englobando desde a aceitação de tais direitos até a sua afirmação e universalização. Pode-se dizer que as garantias pessoais, assim como eram chamados, uma vez se encontrarem posicionadas no âmbito do direito público, passaram por três períodos evolutivos muito distintos: na primeira fase muito se discutiu a respeito daquilo que se conhece por direitos da personalidade. Alguns defendem que o germen dos direitos personalíssimos se encontrava em Roma, pois lá existiam *actios* que, segundo os padrões sociais vigentes à época, defendiam aquilo que o homem tinha como inerente à sua condição de ser humano. Um exemplo ilustrativo era possível ser visualizado na chamada *Actio Injuriarum*, que punia agressões à honra dos cidadãos romanos, considerando-se cidadãos aqueles possuidores de direitos, o que não era estendido a todas as pessoas. A tão conhecida Lei das XII Tábuas também fazia alusão a proteções subjetivas, como a honra e a dignidade. Vale ressaltar que, nesse contexto, os ataques à honra possuíam uma conotação de dor física, dada a hipersensibilidade dos romanos em relação a esse "patrimônio".

O ponto central desses direitos não está no fato de se criarem situações jurídicas hipotéticas, mas sim no reconhecimento de fatos já existentes e que sempre estiveram relacionados, de forma intrínseca, com a condição do ser humano. Foi justamente nesse ponto que o Estado Romano foi falho, porque os direitos personalíssimos são atributos inerentes a todo ser humano, e, à época, a sua posse estava condicionada a fatores censitários.

O desenvolvimento dos direitos da personalidade passou pelos mais diversos momentos, chegando até a ser negada a sua existência por Savigny², afirmando que, se o homem tivesse total autonomia sobre o seu corpo, ou melhor, sobre aqueles atributos que lhe eram inerentes, estar-se-ia legalizando o suicídio. Essa fase teve como preponderante o seu caráter eminentemente investigativo.

Num segundo período, chamado positivista, procedeu-se à positivação do que antes fora descoberto, ou melhor, passou-se a posicionar os direitos da personalidade dentro do ordenamento jurídico. Pode-se dizer que essa

positivação ocorreu com base, principalmente, nos valores mais essenciais do homem, por exemplo a vida, a liberdade, a igualdade e a integridade, entre outros. Sem dúvidas, foi o período que representou maior avanço no campo das garantias fundamentais.

O maior marco da positivação das Garantias Individuais foi representado pela Revolução Francesa de 1789, que proclamou direitos globais concernentes não só aos cidadãos franceses, mas a todos os homens, donde a influência precípua dela sobre a maioria das Constituições Liberais elaboradas após a derrocada definitiva do Absolutismo Monárquico.

A Declaração da Virgínia de 1776, apesar de cronologicamente anterior à francesa, não logrou a universalidade desta última. A Declaração Americana é muito concreta: ela precisa modalidades de direitos reconhecidos, define os procedimentos judiciais garantidores de direitos das partes e os procedimentos políticos destinados a evitar o despotismo, como a frequência de eleições.

Após a celebração dessas grandes declarações de direitos do homem e do cidadão, passou-se para uma fase de aperfeiçoamento e inserção em diversas constituições influenciadas pelas supracitadas revoluções. Pode-se questionar se as cartas e declarações inglesas não influenciaram o fenômeno da positivação dos direitos do homem; a Magna Carta de 1215 foi um documento feudal, feita para proteger os privilégios dos barões e os direitos dos homens livres; ressaltando-se que naquela época a condição de homem livre era algo concedido a uma minoria. Dessa forma, tal declaração nada fez em relação aos escravos e para aqueles que não possuíam direitos. Seus objetivos estavam centrados em interesses de seus próprios elaboradores.

O *Bill of Rights* de 1688 representou um grande passo na defesa dos direitos e garantias do homem e exerceu enorme influência sobre a formação das Democracias Liberais da Europa e da América, todavia sua expansão ficou restrita, num primeiro instante, ao espaço inglês. Seu objetivo era difundir tais garantias tão-somente na comunidade inglesa.

A terceira fase pela qual ainda passam os direitos da personalidade está longe de ver seu fim e tem como escopo o aperfeiçoamento e universalização desses direitos. Durante esse período, fez-se a distinção entre direitos da personalidade e garantias fundamentais, posicionando-se os primeiros no campo do direito privado e, os segundos, no campo do direito público. De modo geral, após a Revolução Francesa, muitos países aderiram aos ideais nela pregados. Muitas constituições elencaram em seus artigos aqueles referentes às garantias fundamentais do homem. O avanço alcançado no campo publicista foi considerável, contudo no campo do direito privado

¹ A Lei 10.406/02 (Código Civil), pela primeira vez na história da codificação pátria, destinou um capítulo intitulado "Dos Direitos da Personalidade", regulando, dessa forma, essas garantias.

² *Apud* SAMANIEGO, D. B. M. *A concepção tomista de pessoa* (mensagem pessoal). Mensagem recebida por <juliodireitouv@bol.com.br> em 17 set. 2001.

os direitos da personalidade, em muitas legislações, carecem de maiores cuidados até os dias atuais.

No Brasil, desde a Constituição Imperial de 1824, tratou-se das garantias do homem não com a amplitude de hoje, uma vez que os traços culturais da época eram divergentes dos atuais, como foi, por exemplo, a manutenção do regime escravocrata, o que representa a maior ofensa à integridade física de uma pessoa. A atual Constituição Federal brasileira representa, em comparação às Cartas anteriores, o auge da evolução das garantias supracitadas, quando em seu artigo 5º, no capítulo destinado aos direitos e deveres individuais e coletivos, elencou uma série de medidas de caráter pessoal, deixando esse rol aberto à incorporação de outros atributos que ao homem estejam ligados.

As garantias fundamentais do homem evoluíram muito rapidamente, e pode-se dizer que há consenso entre os países com relação à sua adoção, respeitando-se, evidentemente, as diferenças culturais entre os diferentes povos.

No campo do direito privado, os avanços do direito do homem não foram tão expressivos. O *Code Napoleon*, maior símbolo da positivação privatista dos países seguidores do *Civil Law*, não fez qualquer tipo de referência às garantias individuais, dado o seu caráter eminentemente patrimonialista. A primeira vez que se tratou da personalidade humana no campo do direito privado foi em 1895, na Lei Romena, que discorria sobre o direito ao nome. Mais tarde outros ordenamentos fizeram disposição semelhante como os Códigos Civis alemão de 1900, suíço de 1907 e italiano de 1942.

No Brasil, o Código Civil de 1916 não faz qualquer tipo de alusão aos direitos da personalidade, à exceção do artigo 666, que dispunha sobre os direitos autorais e que se encontra revogado, graças à lei especial que versa sobre o tema. O principal elaborador do ordenamento civil pátrio, o mestre Clóvis Beviláqua³, negou-se a inserir os direitos da personalidade em sua obra, porque não conseguia visualizar a característica patrimonial nesses direitos. Em 1916, quando da aprovação do diploma Civil, já borbilhava na doutrina a discussão sobre esta "nova" categoria de direitos, contudo Beviláqua preferiu seguir a tendência patrimonialista do *Code Napoleon*.

No ordenamento civil pátrio, a primeira vez que os direitos da personalidade, assim denominados, foram abordados ocorreu em 1963, com o projeto "Orlando Gomes", o qual não logrou êxito, não chegando a ser aprovado pelo Congresso.

O ex-Projeto 634B/75, novo Código Civil⁴, traz um capítulo intitulado "Dos Direitos da Personalidade", contudo a demora de sua tramitação no Congresso fez com que o que era para ser novo já nascesse ultrapassado, uma vez não tratar de temas recentes como a "barriga de aluguel", a clonagem-se, as formas de reprodução assistida, entre outros, o que exigirá um grande esforço dos operadores do direito para driblar as lacunas da lei.

A questão do aperfeiçoamento e universalização dos direitos personalíssimos é um tema que está longe de ver seu fim. Esses direitos não foram criados pelo ordenamento jurídico, apenas foram reconhecidos, pois sempre existiram, e dessa forma o aparecimento de outros dependerá da maneira como as relações intersubjetivas evoluirão. Um exemplo marcante dessa assertiva diz respeito ao direito à imagem, que só obteve seu reconhecimento há poucas décadas, quando as relações sociais e o desenvolvimento tecnológico na criação de meios capazes de captar da imagem fizeram com que esse direito adquirisse maior relevância. Dessa forma, não se pode afirmar que os direitos da personalidade atingiram seu grau máximo de evolução, porque o ser humano é demasiadamente complexo para serem delineados os limites de seu desenvolvimento.

2. DIREITO À IMAGEM

O reconhecimento do direito à imagem como um direito autônomo e pertencente à personalidade de um indivíduo é um assunto recente tanto na jurisprudência quanto na doutrina. Durante muito tempo, esteve esse direito atrelado a outros, como a privacidade, a intimidade e a honra⁵.

Apesar de a imagem possuir um caráter recente no âmbito jurídico, a origem do termo é antiga. Já na Bíblia consta que "Deus criou o homem à sua imagem"⁶; na Pré-História, têm-se as importantes imagens em cavernas,

⁴ A Lei n. 10.406, que traz à sociedade o novo Código Civil, cuida de forma detalhada dos direitos da personalidade nos artigos 11 a 21. Não obstante, é clara a sua ineficiência perante a demora de sua tramitação, o que o deixou um pouco ultrapassado.

⁵ Nesse sentido, pode-se citar o caso da ex-Miss Brasil de 1922 que, ao pleitear a indenização pelo uso não-consentido de sua imagem, invocou, principalmente, o seu direito à honra e à boa reputação que haviam sido desrespeitados.

⁶ BÍBLIA SAGRADA, Gênesis 1, 27.

³ Apud AMARAL, I. *Direitos da personalidade e o direito à palavra*. 2001. Disponível em: <www.direito.com> Acesso em: 13 nov. 2001.

que serviram como forma de comunicação entre os habitantes daquela Era e que servem hodiernamente aos historiadores e estudiosos. Na antigüidade, visualiza-se a importância da imagem nos sarcófagos de faraós, cujo objetivo era representar a personalidade das pessoas importantes e poderosas. Na Idade Média, a transposição da figura de alguém para uma tela era sinônimo de *status* social; nessa época, a exposição de uma pessoa à retratação era um privilégio concedido a poucos, como reis e rainhas.

Durante todo esse período citado anteriormente, a imagem não implicou maiores conseqüências jurídicas, uma vez não possuir a comunicação o vigor que tem nos dias atuais, sendo a divulgação de fatos associada à imagem casos esporádicos. A exposição de alguém à retratação dependia do consentimento expresso de seu titular, e inexistindo meios hábeis capazes de captar imagens, independentemente de consentimento, tornavam as implicações jurídicas praticamente nulas. Tais implicações começaram a despontar já no século XIX, quando do aperfeiçoamento dos meios de comunicação e captação da imagem.

Atualmente, vive-se a chamada *sociedade da informação*, daí a necessidade de proteger-se a imagem como um bem autônomo e independente. Na Era atual, uma imagem vale mais do que mil palavras. A presença constante da mídia no cotidiano das pessoas proporciona expressivo destaque à imagem. A utilização maciça de *outdoors*, cartazes, painéis deixa evidente que o direito à imagem sobressaiu-se muito em virtude dos avanços tecnológicos ocorridos na área da comunicação social. Tanto isso é verdade que há pessoas que vivem única e exclusivamente da exploração de suas imagens, como os modelos fotográficos.

Muitas vezes, com o intuito de valer-se de uma imagem, que pode render altos índices de audiência ou grandes lucros diretos e, ou, indiretos, algumas pessoas pertencentes aos meios de comunicação de massa tentam se acobertar com o manto do interesse público, a fim de justificar determinadas violações desse direito, valendo-se do direito à livre expressão, inculcado em nossa Carta Maior. Contudo, é extremamente necessário que cada caso seja observado isoladamente, pois, mesmo amparando-se em excludentes que eximem de responsabilidade, pode haver abusos maliciosamente praticados, com os objetivos anteriormente citados.

Há 60 anos, ou até menos, era difícil falar-se em violação do direito à imagem, pois os meios de captação eram escassos, sendo o retrato pintado à mão a mais difundida forma de registro da época, que dependia do consentimento de seu titular. A evolução tecnológica tem propiciado abusos cada vez mais freqüentes em relação à imagem de um indivíduo;

hodiernamente, o consentimento do titular é dispensável para que possa ser fotografado, ressaltando-se que a sua exposição pode se dar das mais diferentes formas, sem que o titular perceba que está tendo um direito seu violado, graças a meios eficazes de captação.

A forma de divulgação de imagens também tem evoluído rapidamente, com isso não se divulga para um grupo determinado de pessoas, mas para milhões delas ao mesmo tempo. O desenvolvimento dos meios de comunicação, em especial a televisão, faz com que, em frações de segundo, milhões de pessoas recebam a mesma informação, fazendo com que a violação do direito à imagem tome proporções maiores, aumentando-se, dessa forma, a preocupação dos titulares, cuja imagem é constantemente explorada na mídia. Não se quer dizer que apenas as pessoas públicas detêm o poder sobre suas próprias imagens, pois este, como um bem personalíssimo, é inerente à condição de ser humano, contudo pessoas que vivem da exploração de suas imagens estão mais propensas a ter o direito em questão violado.

Nas sábias palavras de Paulo José da Costa Júnior, mencionado por Said Cahali⁷ em sua obra sobre o dano moral, “a técnica conspira tão indiciosamente contra a intimidade e individualidade do homem moderno, que já não podemos impedir a transposição de nossa própria imagem para além de nossos domínios e controle. A imagem pessoal, às vezes tão laboriosamente construída e que mal aceitamos compartilhar com os espelhos, acontece-nos arrebatada para fins de exploração comercial ou pretensamente artística”. Percebe-se, pois, que com a necessidade de circulação de informação, com o grande poder concedido à imagem, ganhou esta uma posição de destaque dentro do elenco de direitos personalíssimos.

Conta-se também com a famosa *World Web Wide*, ou mais conhecida por Internet, que representa o mais eficiente meio de comunicação do mundo moderno, apesar da pequena acessibilidade às camadas mais baixas da população. Com ela milhões de pessoas no mundo inteiro podem ter acesso a inúmeras informações ao mesmo tempo. O direito à imagem atingiu tal magnitude no chamado “século da informação”, que urge a criação de legislações eficientes no combate aos abusos que seus titulares vêm sofrendo. É importante ressaltar que o exercício do direito à própria imagem, assim como outros direitos relacionados às garantias individuais, não é absoluto, sofrendo algumas restrições, sendo a mais importante delas a preponderância do interesse público.

⁷ CAHALI, Y. S. *Dano moral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Os tribunais franceses foram pioneiros em relação à proteção jurídica da imagem. No Tribunal de Seine houve uma decisão favorável à preservação do direito à imagem de uma atriz chamada Rachel, que, estando em seu leito de morte, pediu a um pintor que a retratasse. Tempos mais tarde, essa pintura fora divulgada sem o consentimento dos familiares de Rachel. O tribunal decidiu punir os violadores do direito da atriz e de seus familiares, bem como ordenou a apreensão de todos os retratos. Após essa decisão favorável ao reconhecimento do direito à imagem, outros países passaram a adotar posição semelhante, como foram os casos da Alemanha e Itália⁸.

Os Estados Unidos da América só passaram a dar maior importância ao direito à imagem no século XIX com a publicação, na revista jurídica "Harvard Law Review", do artigo *The right of privacy*, escrito por Lois Dembetz e Samuel Dennis Warren. Contudo, o direito à imagem não era protegido como um bem autônomo, sua proteção estava vinculada à honra, à privacidade e à intimidade, dando-se de maneira reflexa. Aliás, isso se deu durante muito tempo, até perceber-se que existem casos em que pode haver a violação do direito à imagem sem que nenhum outro seja violado.

Os grandes diplomas que dispõem sobre os direitos do homem e do cidadão não aludem explicitamente ao direito à imagem; sua proteção se dá à violação de outros, como a honra, a intimidade e a privacidade. É importante salientar que, entre o direito à imagem e o direito à privacidade, intimidade ou honra podem existir pontos em comum, contudo nem sempre essa coincidência ocorre. Isso acontece dada a característica dúplice da imagem, que encerra em si um aspecto objetivo e outro subjetivo. Este último, por sua vez, é o responsável pela estreita relação com aqueles direitos anteriormente citados.

Situação semelhante aconteceu no Brasil até o advento da Carta Constitucional de 1988, que de maneira minuciosa se refere a uma grande gama de direitos e garantias fundamentais. Todas as constituições que antecederam a atual não fizeram alusão direta à imagem, contudo, como foi dito, sua proteção estava implícita em direitos como a honra, a privacidade e a intimidade. O Código Civil de 1916, devido ao seu caráter eminentemente patrimonialista, não cuidou de forma detalhada, assim como não fez com os demais direitos da personalidade, do direito à própria imagem. Apenas no seu revogado artigo 666 dava uma pincelada naquilo que se conhece por

direito autoral da imagem produzida, o qual se encontra hoje devidamente tutelado pela Lei 9610/98, que dispõe acerca dos direitos autorais. O novo Código Civil, em tramitação no Congresso desde 1975 e que acaba de ser aprovado, dispensa aos direitos da personalidade um capítulo próprio, cuidando de forma expressa do direito à imagem⁹.

A primeira vez que os Tribunais brasileiros registraram a proteção da imagem ocorreu em São Paulo, em 1928, caso em que envolveu a Miss Brasil de 1922, cujas fotos foram veiculadas sem a devida permissão da titular, ressaltando-se que as mesmas causavam ofensa à honra da referida pessoa, por tê-la focalizado em momento de sua reserva pessoal. Percebe-se, no entanto, que não estava configurada a autonomia do direito à imagem, sendo este subordinado à honra. Tal julgado reconheceu o direito da suplicante, ordenando a apreensão de todas as fotos. Com o passar dos anos e com o acirramento das relações inter-humanas, consolidou-se na doutrina e na jurisprudência o reconhecimento de mais uma emanção subjetiva do ser humano, qual seja a manifestação da imagem.

2.1. Conceito

A tarefa de conceituar imagem não é das mais fáceis; sua definição envolve as mais diferentes acepções. Recorrendo, primeiramente, ao dicionário, é possível dar as primeiras lições sobre tão espinhoso tema.

"Imagem: 1. Representação gráfica, plástica ou fotográfica de pessoa ou de objeto", e mais a frente: "6. Representação dinâmica, cinematográfica ou televisionada de pessoa, animal ou objeto, cena, etc. 7. Representação exata ou analógica de um ser, de uma coisa, cópia."¹⁰

Como se pode depreender das definições anteriormente transcritas, a imagem mantém uma relação muito próxima dos meios de comunicação, dada a possibilidade de exposição, bem como a obtenção de lucros derivados dela. Contudo, a definição trazida pelo dicionário é um tanto quanto superficial.

Sem dúvida, é a imagem a representação de algo, todavia, especialmente, quando a imagem for de uma pessoa, ela pode apresentar conseqüências muito mais graves do que a simples exposição. A exibição de

⁹ O novo Código Civil, Lei 10.406/02, cuida dos direitos da personalidade em capítulo próprio, e em seu art. 20 cuida, especificamente, do direito à imagem.

¹⁰ FERREIRA, A. B. H. *Novo dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Nova Fronteira. p. 747.

⁸ CHAVES, A. *Direito à vida e ao próprio corpo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

uma pessoa revela muito mais do que os simples traços físicos que estão desnudados; ela é capaz de apresentar ao mundo exterior tudo que a pessoa é ou, pelo menos, aparenta ser, sendo capaz de revelar, inúmeras vezes, o “eu” do seu titular.

Walter Moraes¹¹, na década de 70, muito contribuiu para os estudos que envolviam o direito à imagem, reconhecendo-o como um direito autônomo e independente dos demais, delineando um conceito em que concebia a imagem como “toda sorte de representação de uma pessoa (...); sinal sensível da personalidade: traduz para o mundo exterior o ser imaterial da personalidade, delinea-se, dá-lhe forma”.

Dessa forma, a imagem representa mais do que um fator externo e liga-se ao âmago interno da pessoa, como aquilo que a insere dentro de determinado grupo social e a distingue. A imagem também possui a característica de individualizar e tornar identificável uma pessoa, apesar de alguns doutrinadores entenderem que a tarefa de individualização cabe ao nome, e a tarefa de identificação é concernente à imagem.

Outro ponto intrigante sobre o direito à imagem é o fato de representar uma forma de aceitação do indivíduo em determinados grupos sociais. Exemplificando: imagine um grupo de amigos “punkies”, as imagens dos integrantes, passadas ao mundo exterior, são características e marcantes. Desse modo, a inserção de novos componentes nesse grupo dependerá da afinidade que a imagem, à primeira vista, vai gerar. Depreende-se daí que a imagem não é apenas uma projeção física; ela acaba por revelar os gostos e as inclinações de cada um.

Tem-se discutido, com frequência, na doutrina e jurisprudência acerca do direito à imagem, tendo-se entendido que a exposição da imagem se configura com qualquer parte do corpo, desde que seja passível a identificação de seu titular. Um exemplo marcante é o caso da atriz e apresentadora de TV Angélica: a exposição de sua “pinta”, que possui na perna, é suficiente para a sua identificação. É claro que se deve ser diligente ao analisar casos desse tipo, pois pode haver, com base nesse exemplo, “pintas” parecidas com a da apresentadora, mas que podem não ser dela.

Outra questão que ainda está em constante discussão repousa sobre a voz. Constitui esta parte integrante da imagem? Há opiniões nos dois sentidos; alguns negam que a voz possa configurar parte da imagem de uma pessoa, outros afirmam essa possibilidade. A doutrina majoritária é aquela que aponta a possibilidade da construção da imagem através da voz,

¹¹ MORAES, W. Direito à imagem. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva.

apoiando-se no fato de ser a imagem muito mais do que uma projeção física, representando, por vezes, o âmago interno de um indivíduo. Dessa forma, sendo a voz traço marcante de uma pessoa, integrante ela de sua personalidade, é capaz de apresentar ao mundo exterior quem é o seu titular, com suas inclinações e vontades¹². Hermano Duval¹³, em um conceito amplo de imagem, sustenta que “é a projeção da personalidade física (traços fisionômicos, corpo, gestos, gestos, sorriso, indumentária) ou moral (aura, fama, reputação etc.) do indivíduo (homens, mulheres, crianças ou bebês) no mundo exterior”. Tal definição se torna mais completa com o auxílio de Rudolf Von Jhering¹⁴, quando diz tratar-se “da emanação direta do eu de cada qual”. Assim, não é possível restringir-se o conceito de imagem a apenas uma projeção física, mas a todo sinal capaz de tornar algo ou alguém identificável, revelando sua própria personalidade.

2.2. Conteúdo

O direito à imagem possui um conteúdo duplo: um elemento objetivo e outro subjetivo. Isso é possível em razão da característica disponível que o direito em tela possui.

O elemento objetivo constitui a possibilidade que o titular tem de auferir lucros com a exploração de sua imagem; representa, pois, o aspecto físico apenas a sua aparência, sua silhueta, também chamado por alguns de aspecto positivo.

O segundo elemento, qual seja, o subjetivo, não representa uma projeção física, ele demonstra, como foi dito, a personalidade, o “eu” de cada um, sua moral, e possui estreita relação com direitos como a intimidade, a honra e a privacidade. Essa duplicidade do direito à imagem pode ser mais bem esclarecida com base no direito americano. O *right of privacy* representa o resguardo, a privacidade de um indivíduo, aquilo que só deve ser violado mediante fatores que justifiquem a necessidade da violação; possui um caráter extrapatrimonial e indisponível, representando, pois, a reserva que toda pessoa pode manter acerca de sua vida privada. No entanto, conta o direito americano com o *right of publicity*, que ressalta o aspecto objetivo ou material da imagem, representando aquilo de que pode a pessoa dispor e explorar economicamente; é o chamado lado positivo da imagem.

¹² TORRES, Patrícia de Almeida. *Direito à própria imagem*. [S.l.]: LTr, 1998.

¹³ DUVAL, H. *Direito à imagem*. São Paulo: [S.l.]: Saraiva, 1988.

¹⁴ *Apud* TORRES, Patrícia de Almeida. *Direito à própria imagem*. [S.l.]: LTr, 1998.

Todavia, há também o lado negativo, representado pela violação do direito à imagem de alguém, cuja violação pode dar-se tanto no âmbito objetivo quanto no subjetivo, neste último caso atrelado, via de regra, a outros direitos, como a honra, a intimidade e a privacidade.

Acerca desses lados positivos e negativos, Hermano Duval¹⁵ entende existir em apenas aspectos negativos, sendo estes visualizados de maneira diferente: um representará a violação do aspecto objetivo e outro, a violação do aspecto subjetivo. Depreende-se daí que o citado autor acredita haver lados positivos e negativos concernentes ao direito à imagem, contudo entende que essa classificação foi criada meramente com a finalidade de indicar as violações em âmbitos diversos (da imagem puramente e da imagem atrelada a outros direitos de caráter subjetivo). Seu posicionamento, no entanto, não é o prevalecente na doutrina entre aqueles que abordam o tema.

Patrícia de Almeida Torres¹⁶ entende que esse duplo aspecto reflete na acepção ambígua que o direito à imagem possui, não protegendo apenas o direito moral de uma pessoa, dando a ela a possibilidade de ela se opor à divulgação de situações vexatórias, atentando para sua privacidade, mas assegurando, também, a proteção do interesse material, qual seja, conferindo ao titular a exclusividade na exploração econômica da sua imagem, mesmo que essa exploração não afete nenhum outro direito.

2.3. Natureza Jurídica

A desvinculação da imagem em relação a outros direitos se deu, em maior intensidade, com o desenvolvimento tecnológico e com a necessidade de se tutelar um bem, cuja violação podia ocorrer de maneira individualizada. Muitas teorias se formaram ao longo do tempo na tentativa de enquadrar o direito à imagem como um direito acessório, contudo quase todas elas, à exceção da Teoria dos Direitos Autorais, são falhas e desconhecem que esse direito possui características que lhe são peculiares.

a - Teoria do direito de propriedade

Esta corrente doutrinária defendia que o direito à imagem nada mais era do que um prolongamento do direito à propriedade, por se tratar aquele direito de um bem disponível e passível de apreciação econômica.

Visualizavam o corpo do ser humano como mero objeto, cujo uso era similar ao uso de uma propriedade, com as mesmas características desta última, sendo ela, pois, oponível *erga omnes*.

Com o aperfeiçoamento dos direitos da personalidade, tal teoria caiu no descrédito, porque estes possuem características peculiares em relação ao direito de propriedade. Sendo o direito à imagem uma espécie de direito personalíssimo, possui então características condizentes com essa categoria de direitos, sendo, pois, muito diverso do direito de propriedade. No entanto, esse pensamento voltado para o elemento objetivo da imagem, ou seja, a sua exploração, teve fundamental importância no processo de conscientização da necessidade de proteção desse direito de forma autônoma.

b - Teoria do direito à intimidade

Segundo esta corrente doutrinária, o direito à imagem era protegido de maneira reflexa quando da violação da intimidade ou da privacidade de uma pessoa. Via o direito à imagem como mero apêndice do direito à intimidade.

O *right of privacy*, adotado no direito americano, segue esta teoria e não visualiza na imagem um bem próprio e autônomo capaz de ser violado sem que acarrete a violação de outros direitos. O direito à reserva, ou *right of privacy*, é muito mais amplo do que o direito à própria imagem, abrangendo situações não incorporadas por este último direito. Defendia esta teoria que a proteção da imagem apenas ocorria no momento em que se dava a violação da intimidade, ou como preferem os seguidores dela, o direito de estar só.

Pugliesi¹⁷ afirmava que a imagem repousava sobre valores morais e sociológicos de determinada sociedade, inexistindo, desse modo, a proteção que estivesse despida dos valores mencionados. Adriano de Cupis¹⁸, ao falar sobre o direito italiano, deixou claro que, assim como no direito norte-americano, a proteção da imagem só se dava de maneira reflexa com a violação do direito de estar só, pertencente ao cidadão. Atualmente, sabe-se que entre a privacidade e a imagem, quanto à violação, pode haver pontos de coincidência, por exemplo na publicação de fotos que retratam uma pessoa num momento de absoluta reserva. Nesse caso, há violação da imagem, que foi exposta sem o devido consentimento do seu titular, juntamente com a

¹⁵ DUVAL, H. *Direito à imagem*. São Paulo: Saraiva, 1988.

¹⁶ TORRES, P. A. *Direito à própria imagem*. São Paulo: LTr., 1998.

¹⁷ Apud CHAVES, A. *Direito à vida e ao próprio corpo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

¹⁸ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Trad. Lisboa. Lisboa: Livraria Maria, 1961.

privacidade por tornar público fatos que não possuíam caráter algum de interesse público e que integravam uma reserva peculiar à pessoa.

Existem casos, no entanto, em que a violação da imagem se dá de forma totalmente autônoma, sem qualquer relação com outros direitos. Por exemplo, pode-se citar o caso do modelo que, após realizar um contrato acerca de um ensaio fotográfico, tem sua imagem exposta fora dos limites estipulados. No caso em tela há violação única e exclusiva do direito à imagem que o titular possui de não querer ver o seu retrato exposto sem o seu consentimento. Importante acrescentar de antemão que nem toda oposição à divulgação da imagem é aceita, havendo casos em que o ordenamento considera relevante a exposição, como será visto mais adiante.

O ponto que difere o direito à imagem do direito à intimidade é o fato de esse proteger o indivíduo contra intromissões em sua vida íntima, que não possui nenhum interesse maior que justifique a violação, enquanto o primeiro visa proteger a pessoa contra a exploração de um atributo de sua personalidade sem o devido consentimento, podendo ou não ocorrer violação à moral ou à intimidade, dado o caráter dúplice da imagem.

Pode-se dizer, também, que a imagem é disponível, criando-se a possibilidade de obtenção de lucros provenientes de sua divulgação, ao passo que a intimidade não o é. Tal diferenciação aludida por alguns autores deve ser analisada com certo grau de cautela, uma vez ser possível, hodiernamente, a exploração econômica da vida íntima, assim como se dá em programas de televisão, cujo enfoque central é a privacidade dos indivíduos participantes. Daí não ser este critério de diferenciação tão eficaz.

Essa teoria atualmente encontra-se superada pelos fatos e razões expostos anteriormente, contudo alguns autores ainda a seguem, como é o caso de Paulo José da Costa Júnior, que em sua obra *O direito de estar só* deixa clara tal posição, como se pode deduzir da seguinte passagem “viola-se a intimidade no que tange ao aspecto físico do seu titular, ao reproduzir-se indevidamente a imagem”¹⁹.

c - Teoria do direito de autor

Esta, sem dúvida, foi a teoria que mais se aproximou daquilo que se conhece hoje por tutela jurídica do direito à imagem; ela serviu para ratificar a importância daquele bem. Segundo essa teoria, o direito à imagem

¹⁹ COSTA JR., Paulo José. *O direito de estar só* – Tutela penal da intimidade. São Paulo: Revista dos Tribunais.

salvaguarda o mesmo direito que o autor possui sobre sua obra. Porém, entende a doutrina atual que falta à imagem uma característica fundamental, a fim de que se configure o direito de autor, qual seja, o ato de criação.

O direito autoral visa proteger algo que foi criado por uma pessoa, como uma manifestação sua, todavia a imagem não pode ser entendida como uma criação; ela é superior ao direito de autor, uma vez ser ela uma emanção do espírito, que independe de qualquer objeto para se exteriorizar, ao passo que o direito autoral protege algo que, para se exteriorizar, depende de um ato de criação.

O direito à própria imagem visa proteger parte da própria pessoa, sem depender de qualquer ato, porque esta, por si só, é capaz de mostrar-se ao mundo. Essa corrente doutrinária serviu para firmar o direito à imagem como um direito de caráter personalíssimo, e cuja proteção se mostrava mais e mais necessária. Com o advento da Lei 9.610/98, que dispõe acerca dos direitos autorais, esse direito curvou-se diante da proteção jurídica da imagem quando apregoa que deve o autor respeitar o direito que tem o titular sobre esta última, podendo ou não dela dispor, ressalvados os casos em que a exposição se faz necessária, como será analisado mais à frente.

d - Teoria da proteção do direito à honra

Esta corrente doutrinária, cujos maiores seguidores foram Enrico Rosmini, Santoro Passarelli e Alfredo Orgaz, muito se assemelha à teoria do direito à intimidade, não defendendo, desse modo, a autonomia do direito à imagem, bem como processando sua proteção de maneira reflexa, ao lado da honra²⁰. Não é necessário dispensar as mesmas explicações às quais foram aludidas no item 4.2., pois se sabe que pode ocorrer a violação da honra concomitantemente com a violação da imagem. Contudo, como salienta Patrícia de Almeida Torres, “o dano à imagem pode se caracterizar simplesmente através da publicação desautorizada do retrato de um indivíduo. A exposição não consentida é o ponto principal desta violação. De maneira diversa se dá a violação do direito à honra. Há necessidade de que tenha ocorrido um dano ao seu sentimento, àquela idéia que a pessoa e a sociedade fazem a respeito de um indivíduo”²¹.

²⁰ *Apud* SILVEIRA, V. M. Revista Forense, vol. 351. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1996. v. 351.

²¹ TORRES, P. A. *Direito à própria imagem*. São Paulo: LTr., 1998.

Com a entrada em vigor da Constituição de 1988, teorias como a do direito à intimidade e a do direito à honra caíram por terra, ao dispor a Carta Magna em seu artigo 5º, inciso X, sobre a autonomia da imagem em relação a todos os outros direitos elencados no mesmo inciso. Atualmente, toda essa discussão acerca da autonomia do direito à imagem encontra-se superada, mesmo porque a atual Constituição Federal, assim como ocorreu com os diplomas constitucionais de outros países, pôs fim a essa celeuma.

2.4. Características

Passado pela justificação do direito à imagem como um bem autônomo e cuja violação independe de qualquer outro direito, passe-se, agora, à análise de suas principais características. Quanto à caracterização adotada, é a mais aceita na doutrina e a que parece ser a mais abrangente possível:

- *Absoluto*: assim como os direitos da personalidade em geral, o direito à imagem possui oponibilidade contra todos, ou seja, *erga omnes*, depreendendo-se, então, que pode o titular deste direito impedir que veiculem sua imagem, sem a sua permissão, desde que não esteja presente nenhum pressuposto que possibilite a veiculação.
- *Inato*: este direito possui a característica de ser inerente à condição de ser humano. A imagem, fisicamente falando, não é adquirida, ela nasce com o ser humano, independentemente de qualquer manifestação sua para exteriorizar-se.
- *Extrapatrimonial*: extrapatrimonialidade não significa que o titular não possa explorá-lo economicamente, pois, se assim o fosse, como explicar os modelos fotográficos que vivem da exposição de suas imagens? Na verdade, à imagem não é atribuído um valor único, um valor que seja capaz de privar a pessoa pelo resto de sua vida, pelo fato de ter ela concedido à outrem a sua exploração. Desse modo, é ilícito atribuir à imagem um valor pecuniário, todavia pode o seu titular explorá-la economicamente sem desvencilhar-se dela. A diferença é bastante sutil, mas observa-se que entre essa característica e a alienação há uma estreita ligação, ressaltando-se que a fixação de um valor que torne a imagem alienada a outrem de maneira perpétua é ilícita, contudo não o é a exploração sem que haja alienação. Portanto, não se pode interpretar a extrapatrimonialidade de maneira absoluta; pode o titular explorá-la economicamente, desde que não atribua à imagem um valor que a coloque como um bem qualquer, pertencente à esfera comercial. Crítica bastante

frequente na doutrina quanto à jurisprudência refere-se à valoração do dano moral.

- *Inalienável*: assim como todos aqueles direitos que resguardam as emanções do próprio ser humano, a imagem não pode, de forma alguma, ser alienada.
- *Irrenunciável*: o fato de estar a imagem ligada ao ser humano de maneira intrínseca a torna irrenunciável, pois é inconcebível a idéia de renúncia àquilo que é essencial à condição de ser humano.
- *Imprescritível*: o não-exercício do direito à imagem, bem como às formas de sua proteção, não faz com este direito se extinga. Não há prazo decadencial ou prescricional.

Dadas as características mais mencionadas pela doutrina, há algumas que são peculiares ao direito à imagem. Dentre elas:

a - *disponibilidade*: apesar de ser o direito à imagem uma espécie do gênero “direitos personalíssimos”, encaixa-se ele como uma exceção à regra da indisponibilidade. Vive-se numa sociedade em que é comum a exploração da imagem pela mídia, nas mais variadas formas, existindo, dessa forma, pessoas que desenvolvem atividades laborativas, cujo “objeto” de trabalho é a própria imagem. Assim, não pode esta ser considerada indisponível, uma vez ser a disponibilidade fator marcante de diversas pessoas que têm como profissão a exposição e venda de suas imagens. Vale ressaltar que a disponibilidade não se dá de maneira perpétua, ninguém dispõe de sua imagem de maneira definitiva, apenas pode explorá-la economicamente, sem dela se desvencilhar por completo.

b - *transmissibilidade*: afirmar que o direito à imagem é um direito intransmissível de maneira absoluta seria o mesmo que fechar os olhos para uma questão que vem suscitando dúvidas recentemente na doutrina e na jurisprudência e que aos poucos ganha vulto, qual seja, direito à imagem do *de cuius*. Como atribuir direitos a um cadáver? Após a morte, assim como dispõe o ordenamento jurídico pátrio, cessa a capacidade para contrair direitos e deveres. Assim, como proteger a imagem de uma “coisa”, que, apesar de não possuir vida, a sua exploração pode causar perturbações aos seus familiares? A mais acertada doutrina e jurisprudência tem entendido que, com o falecimento, o direito de zelar pela imagem do *de cuius* transmite-se a seus familiares (irmão, cônjuge etc., não se exigindo que haja relações apenas de direito, desde que as de fatos sejam inequivocadamente comprovadas). Desse modo, a intransmissibilidade do direito à imagem só se dá em vida, quando é vedado ao ser humano transmiti-la a outrem, todavia,

em se tratando de *causa mortis*, deve-se considerar a sua transmissibilidade, como nos casos relacionados anteriormente.

3. DIREITO À INFORMAÇÃO

A luta pela liberdade de expressão constitui uma das mais expressivas batalhas dos povos de todos os tempos, a fim de firmar-se sobre os pilares daquilo que hodiernamente se conhece por Democracia.

É mister salientar que a importância social da liberdade de expressão atingiu seu cume com a implantação do Estado Moderno, e pode-se afirmar que sua intensificação se deu na Idade Moderna, principalmente a partir das Grandes Revoluções Liberais do século XVIII. A liberdade de informação se aperfeiçoa à medida que o Estado se firma nos alicerces da Democracia. É fácil, desse modo, entender por que a importância da liberdade de expressão é relativamente recente. O Estado Democrático de Direito atingiu seu mais elevado grau de desenvolvimento no século XX e se aperfeiçoa no atual século, fazendo com que a informação ganhe posição de destaque entre os direitos e garantias fundamentais do homem e do cidadão.

Na antigüidade, em especial em Roma, o controle político da Pólis estava concentrado nas mãos dos cidadãos, cuja acepção destes últimos difere da atual. Dessa forma, a liberdade de expressão, como forma de participação popular no controle político, era restrito a um grupo pequeno de pessoas, as quais governavam de acordo com interesses próprios, movidos apenas por aquilo que traduzia os seus anseios. No entanto, a liberdade de expressão se corporificou nos grandes teatros, cujos objetivos finais eram o entretenimento e a informação. Contudo, o alcance dessa garantia era muito pequeno, uma vez não existirem, à época, meios hábeis de comunicação.

A Idade Média, no que tange às liberdades e garantias fundamentais, representou um período de trevas, em que reinava a vontade do senhor feudal em detrimento de todas as manifestações volitivas individuais. Dessa maneira, é fácil verificar que os avanços alcançados para a consecução de um Estado Democrático de Direito foram inexistentes, inexistindo, pois, a liberdade de informar e de ser informado. O isolamento dos feudos e o confinamento a que os servos estavam submetidos fizeram com que a Idade Média representasse o maior retrocesso relativo à liberdade de informação.

Com a descaracterização da economia feudal e o advento da Revolução Industrial, ganhou o direito de informar e de ser informado mais destaque. A sociedade passou por mudanças bastante consideráveis, e já não era mais possível viver sem a divulgação de fatos e notícias. Pode-se afirmar que a

criação da imprensa por Guttemberg representou o maior avanço até então alcançado no que tange à liberdade de informação. Tal liberdade passou a ser exercida com mais e mais intensidade até tornar-se o pressuposto básico de uma sociedade livre e pautada em um ordenamento jurídico eficaz.

O exercício da liberdade de informação foi se firmando como uma garantia inerente ao homem até que em 1789, com o advento da Revolução Francesa, é conclamado como um dos pilares da referida Revolução de maneira lata (liberdade, igualdade, fraternidade). Aqui assumiu a liberdade de expressão uma posição muito mais política, sendo reconhecida como uma forma de participação e fiscalização popular diante dos atos do Poder Público. A partir de então, ela vem sendo arguída, às vezes exorbitando a sua esfera e atingindo outros direitos e garantias fundamentais, como manifestação do pensar, e exigência de estar a par dos acontecimentos que cercam a sociedade. A liberdade de expressão há muito marca presença nos textos constitucionais brasileiros, uns com maior vigor, outros com menor, contudo sempre defendendo o germe da liberdade de comunicação. A liberdade de informação não deixou de ser mencionada nos grandes tratados internacionais. A seguir, transcreve-se o artigo XIX da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão: “todo homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de sem interferências ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras”²².

Ressaltou-se também da liberdade de expressão o chamado Pacto de São José da Costa Rica, sancionado pelo presidente Fernando Henrique Cardoso e aprovado pelo Congresso Nacional, que em seu artigo XIII preconiza, *in verbis*: “toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma expressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel impreso, de freqüências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias”²³.

²² LIMA, E. F. *O direito moral e o direito à informação jornalística, o segredo de Justiça*. 2001. Disponível em <www.jusnavigandi/doutrina.com.br> Acesso em: 25 de maio 2002.

²³ *Idem*.

Numa rápida análise sobre a linha evolutiva que percorreu a liberdade de expressão, pode-se afirmar, com toda a certeza, que seu maior grau de desenvolvimento e amplitude foi atingido com a sociedade atual. Vive-se a sociedade da informação, em que notícias são capazes de atingir milhões de pessoas em fração de segundo; tal direito nunca foi tão utilizado como o é hodiernamente. É evidente que, com o transcorrer do tempo e com o aperfeiçoamento das técnicas capitalistas, a liberdade de expressar-se tornou-se uma grande fonte de obtenção de lucros (“a propaganda é a alma do negócio”), sem perder, contudo, o seu pressuposto básico, que é a participação popular, bem como a observância dos atos do Poder Público.

O desenvolvimento dos meios de comunicação de massa – rádio, televisão e posteriormente a Internet – colocou a liberdade de expressão como uma das mais importantes garantias conquistadas pelo homem. Contudo, o uso, muitas vezes, inconseqüente desse direito vem causando certos transtornos, principalmente quando entra em conflito com outros direitos de caráter subjetivo. O advento e a posterior popularização (que ainda está em curso) da rede mundial de computadores – Internet – representaram uma revolução em relação à liberdade de informação, tornando-se necessária a elaboração de leis que regulamentem seu uso. A televisão há muito ocupa posição de destaque entre os meios de comunicação e ainda representa o mais eficiente meio de se atingir a todos e a todas as classes sociais.

Inúmeras vezes, o exercício da liberdade de expressão extrapola os limites concedidos pela Magna Carta, e qualquer tipo de comentário torna-se dispensável perante o poder que a mídia exerce sobre a opinião pública; é ela, pois, poderoso meio de dominação social.

A celeuma se instaura quando do conflito do direito à liberdade de informação com outros de caráter personalíssimo. Tal conflito se dá de modo mais intenso quando a liberdade de informação é utilizada visando, principalmente, à obtenção de lucros, o que não exclui a possibilidade de acontecer quando exercida como meio de fiscalização do Poder Público.

A liberdade de expressão encerra em tal termo uma dupla acepção, qual seja, o direito de ser informado e o direito de informar. As diferentes acepções fazem com que o titular deste direito ora se posicione no pólo passivo – sendo informado –, ora no pólo ativo – informando – da relação jurídica.

Juan Manuel Otero, ao discorrer acerca do assunto, conceituou a liberdade de expressão como a “facultad jurídica que assiste a toda persona,

individual o coletivamente considerada, para expressar, transmitir e difundir su pensamiento, paralela e correlativamente”²⁴.

Dessa forma, pode-se dizer que compreende tal direito o poder de transmitir e difundir seu pensamento, desde que não atinja outras garantias constitucionais, principalmente aquelas relacionadas à personalidade.

4. IMAGEM X INFORMAÇÃO

Após uma visão geral acerca daqueles direitos, ou melhor, garantias que constituem o cerne deste trabalho, passe-se agora à busca de meios hábeis para solucionar a celeuma que se instaura quando se chocam o direito à imagem e o direito à informação. É possível que ambos sejam exercidos de maneira absoluta? O que é mais importante: a preservação da imagem, e em alguns casos da vida íntima, ou deve-se dar preponderância à liberdade de expressão? Até que ponto é lícito valer-se da imagem de uma pessoa em defesa do direito de informar e ser informado? Há limites? É possível criar-se uma regra aplicável a todo e qualquer caso, indistintamente, desde que presente um conflito envolvendo esses direitos? São essas, entre outras, as questões que mais têm causado inquietações quando configurado um confronto em que o operador do direito tem que se pautar pela equidade e optar pela preservação de uma garantia em detrimento da outra. Chega-se, pois, ao objetivo central deste trabalho, qual seja, encontrar critérios hábeis capazes de orientar a solução desses conflitos.

Hodiernamente, vive-se em uma sociedade em que a informação ganhou relevo incomparável com outras épocas. Dessa forma, são constantes os casos em que o operador do direito se vê diante de um conflito desta natureza. A exploração da imagem assumiu proporções absurdas, ressaltando-se que, muitas vezes, o seu titular a tem violado mediante a exposição sem o devido consentimento ou mesmo sem interesse público que justifique o seu uso.

A solução para a celeuma que se instaura diante do conflito de princípios não é facilmente resolúvel, uma vez não existem ainda meios hábeis a serem aplicados. Contudo, com base em um trabalho de hermenêutica jurídica, pode-se conseguir uma solução satisfatória.

²⁴ OTERO, J. M. *Sistemas internacionales de protección de la libertad de información y sus restricciones*. Disponível em: <www.derecho.org>. Acesso em: 10 de set. 2001.

4.1. Nova hermenêutica jurídica

O aparecimento de novas situações levadas ao conhecimento do operador do Direito exigiu a criação de novos métodos de interpretação, com o fito de obter-se a solução mais equânime possível. Assim, novos métodos foram criados, entre os quais se encontra aquele que melhor se adapta à celeuma criada entre o direito à imagem e o direito à informação. Não se discorreu acerca de todos os métodos criados com a nova hermenêutica jurídica, por não ser o objetivo deste trabalho. Focalizou, tão-somente, o ponto central capaz de fornecer uma solução para o conflito ora examinado.

A técnica da ponderação de interesses possui várias peculiaridades. Não pode ela ser utilizada pelo operador do direito de maneira irracional e arbitrária. Há critérios que devem ser observados a fim de que a mensuração não se dê com base em caracteres apenas subjetivos. Dessa forma, seu uso está condicionado à existência de um verdadeiro choque de princípios constitucionais, ante a impossibilidade da aplicação de outros meios hábeis a resolver o confronto.

Para verificar a existência do conflito, deve-se analisar, pormenorizadamente, os bens envolvidos. Não existe conflito de princípios quando um deles não encontra acolhida na Lei Fundamental²⁵; este só estará configurado quando ambos estiverem igualmente protegidos pela Magna Carta.

No momento da mensuração dos bens envolvidos, o operador do Direito deve atentar para os valores em questão, saber delimitar aquilo que deve ser ponderado, pois, muitas vezes após uma análise mais rigorosa, nota-se que nada há de conflitante. Essa delimitação não é tarefa fácil, uma vez que se trata de princípios que possuem estrutura aberta e flexível, não dispondo de um campo de incidência rígido. Daí a necessária (na verdade essencial) observação do caso concreto, razão pela qual é impossível a criação de uma regra de aplicabilidade a qualquer caso de maneira indiscriminada.

Após essa delimitação do campo de incidência dos princípios envolvidos passa-se a etapa na qual se procederá à mensuração propriamente dita, obedecendo ao princípio da proporcionalidade, segundo o qual se analisam a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Dessa forma, o operador do direito deve buscar o ponto de equilíbrio

²⁵ Por exemplo, não se pode invocar a liberdade de expressão para sacrificar um ator em palco, caso este em que não existe conflito de princípios, uma vez não existir acolhida de um deles. Há conflito quando o direito à imagem, à intimidade, ao sossego se choca com a liberdade de expressão. Nesse caso, há confronto, já que ambos encontram igualmente protegidos pela Lei Fundamental.

entre os bens em conflito, de modo que a restrição de um não implique anulação do outro. Outro ponto que deve ser observado, quando da ponderação, é o princípio da dignidade humana, que deve funcionar como um norte em toda aplicação jurídica.

A técnica da ponderação de interesses não pode ser encarada como uma regra matemática. Tal mensuração deve obedecer a critérios que são mais facilmente visualizados quando na análise do caso concreto. No que tange à imagem e à informação, alguns critérios foram criados, a fim de que este método não se tornasse por demasiado subjetivo.

4.2. Critérios

Após percorrer todo o caminho acerca da nova hermenêutica jurídica, bem como da maneira pela qual deve o operador jurídico proceder diante de um conflito de princípios igualmente constitucionais, mister agora se faz que sejam traçados alguns critérios elaborados e consagrados pela jurisprudência quando do confronto entre o direito à imagem e o direito à informação. Critérios esses que coíbem arbitrariedades, evitando que o trabalho interpretativo seja por demais subjetivo.

A imagem nos dias atuais assumiu proporções absurdas, destacando-se dos demais direitos da personalidade, sendo comuns os casos em que ela se choca com a liberdade de expressão. No entanto, não é possível criar-se uma regra que possa ser aplicada a todo e qualquer caso indiscriminadamente. Daí a necessidade da observação minuciosa, caso por caso, a fim de que não se incorra em erros. Há situações em que o uso não consentido da imagem alheia é plenamente justificável, no entanto, em alguns casos, a publicação serve para alimentar a fúria de jornalistas sensacionalistas.

A seguir, após um trabalho de pesquisa jurisprudencial, elencam-se os mais importantes critérios que vêm sendo utilizados diante do confronto entre os citados direitos:

a - *Interesse público*: enfaticamente defendido por todos os autores que abordam este intrigante assunto, o interesse coletivo é o principal critério de avaliação entre a necessidade de proteger a imagem e a utilidade de divulgá-la. Este critério é tão expressivo que acaba por nortear todos os demais, mesmo que de maneira implícita. Não tem seu direito à imagem violado o indivíduo que vê seu retrato divulgado sem a *devida venia*, desde que o interesse público seja mais relevante do que o interesse particular. Ao partir

para um trabalho interpretativo, sempre o operador do Direito deve ter em mente a busca do bem comum, mesmo diante de interesses aparentemente privados. Há sempre um interesse maior, qual seja, a pacificação social. Eis o interesse público que deve ser perseguido. Nesse caso, de relevante interesse coletivo, pode-se citar como exemplo o retrato falado, que é meio hábil para proteger toda a sociedade de um grave e iminente perigo representado por aquele que é acusado de cometer um ilícito penal. É importante ressaltar, no entanto, que na fase do inquérito policial não existem culpados, diante do princípio da presunção de inocência insculpido na nossa Carta Magna. Dessa forma, a exibição do retrato falado não deve atingir os familiares do indiciado, bem como não deve ter repercussão tal que incuta na sociedade o sentimento de que aquele que teve sua imagem divulgada pela polícia é culpado, pois isso representa violação a princípios pertencentes ao processo e é capaz de gerar danos irreparáveis tanto à família do investigado quanto a ele próprio. A análise da prevalência do interesse público deve ser feita minuciosamente em cada caso, devendo-se buscar, como foi dito, apenas a prevalência, ante a impossibilidade de falar-se em interesses apenas particulares ou públicos.

b - *Informativo, cultural e artístico*: a exibição da imagem que tenha por objetivo a informação, a divulgação cultural e artística é lícita, mesmo sem o devido consentimento do titular. Todavia, faz-se mister a análise pormenorizada caso por caso, buscando sempre o interesse público.

Informativo: importante neste *iter* que se faça uma distinção entre o jornalismo e o sensacionalismo. Este, geralmente, é exercido por profissionais incompetentes que buscam, na devassa da imagem e da intimidade alheia, o sucesso e a autopromoção, independentemente da existência ou não do interesse público, ao passo que o jornalista é aquele cuja informação transmitida se funda em um interesse maior, qual seja, o interesse coletivo. A exibição da imagem, tendo-se em vista a difusão da informação, é plenamente admissível, desde que presente a prevalência do bem comum.

Cultural: é lícito divulgar a imagem ligada a eventos culturais. Essa divulgação também tem por escopo o interesse público. Para a população, a divulgação desses eventos é de fundamental importância à sua formação cultural e educativa.

Artístico: assim como ocorre com os eventos culturais, a divulgação de acontecimentos artísticos contribui para a formação da população, daí a necessidade dessa veiculação, mesmo que seja sem o consentimento do

titular da imagem. É interessante que se faça uma ponderação importante: ao referir-se à divulgação de um evento, seja ele artístico, seja cultural, aquela tem por objetivo o próprio evento e não as pessoas que dele participam. A veiculação da imagem das pessoas que participam desses eventos é lícita, desde que inserida dentro do contexto evento, *a contrariu sensu* não se pode exibir a imagem dessas pessoas só porque foram captadas em um evento cultural, mas que com ele não guardem correspondência alguma. São comuns os casos em que a presença de uma pessoa ligada ao meio artístico em um evento deste cunho faça com que toda a atenção se volte para ela, deixando-se de lado a divulgação proposta inicialmente.

c - *Imagem captada em local público*: quanto à imagem captada em local público, é lícita a sua divulgação, desde que não tenha por objetivo auferir lucros. Como foi dito, o direito à imagem como um atributo inerente à condição de ser humano pertence a qualquer pessoa. No entanto, no que tange à captação de imagens em locais públicos, são mais patentes os casos em que envolvem pessoas ligadas à televisão, como atores e cantores, sem excluir, é claro, a possibilidade da ocorrência com pessoas comuns, que não guardam relação direta com o meio artístico. É comum, nos grandes centros, em especial no Rio de Janeiro, celebridades da televisão andarem pelas praias e freqüentarem festas, entre outros. Tem-se entendido que nesses casos é lícita a captação da imagem por entender-se que o titular renuncia ao direito de resguardá-la ante a presença em local público. No entanto, faz-se uma ressalva: que a imagem captada não seja utilizada para auferir lucros²⁶.

d - *Científico*: a divulgação da imagem que tenha por fito o desenvolvimento científico é lícita, independentemente do consentimento do titular. É claro que não se deve utilizá-la eximemente como uma arma infalível de plena aplicabilidade; deve-se respeitar outros direitos, bem como deve-se ter por foco aquilo que contribui para o desenvolvimento da ciência e não somente a pessoa que tem sua imagem divulgada. Em resumo: deve se ater ao evento e não à pessoa que nele figure.

e - *Pessoas públicas*: em relação às pessoas públicas, há uma limitação do direito à imagem sem, contudo, poder afirmar que essas pessoas estão privadas desse direito, bem como a outros de caráter personalíssimo. Essa restrição é resultante do fato de que a imagem e a intimidade dessas pessoas são

²⁶ Exemplificando, um fã pode fotografar seu cantor favorito, mas não pode fazer cópias para comercializá-las.

constantemente vasculhadas à busca de algo que possa saciar os fãs. Portanto, ao se proceder à análise de questões de violação do direito à imagem de uma figura pública, deve-se analisar com um pouco mais de cautela, porque a própria carreira pela qual elas optaram exige que abduquem um pouco de sua vida privada. Ressalte-se, todavia, que o direito à imagem dessas pessoas encontra-se um pouco restringido, mas a possibilidade de ingressarem em juízo exigindo a reparação por danos morais e, ou, materiais existe, uma vez não ter feito a Constituição Federal qualquer tipo de discriminação.

f - *Mantença da ordem pública*: Yussef Cahali²⁷, em sua obra sobre o dano moral, acrescenta que a exposição da imagem de um indivíduo sem o devido consentimento é plenamente admissível desde que seu objetivo seja manter a ordem pública, ou seja, desde que seja necessária à administração da justiça. Concorde-se em parte com o renomado autor, uma vez julgado o termo “mantença da ordem pública” demasiadamente subjetivo, podendo ser utilizado pelo Poder Público com o fito de causar arbitrariedades, bem como restringir as garantias e liberdades fundamentais.

Diante do conflito entre o direito à imagem e o direito à informação, deve-se recorrer a esses critérios, frutos do trabalho doutrinário e jurisprudencial. Perante o que foi exposto nos parágrafos anteriores e com base no que foi dito acerca da hermenêutica jurídica, ratifica-se que o confronto entre os princípios constitucionais de que trata este trabalho é resolúvel com base no que se ousa chamar de *juízo de ponderação*, dada a necessidade de se avaliar, caso a caso, o que há de mais importante (se prevalece o bem comum ou tão-somente o interesse privado); ponderam-se, mensuram-se, pois, os bens envolvidos. A fim de que tal ponderação não fique demasiadamente subjetiva, foram criados os critérios supramencionados com o fito de nortear a decisão daquele que lida com problemas desta monta.

4.3. Imagem: violação

Entre os direitos da personalidade, na atual era da informação, ocupa a imagem posição de relevo em relação a todos os demais, dado o grande valor que a mídia atribui a ela. A exploração econômica da imagem é cada vez mais frequente, e as violações em relação a ela podem se dar das mais variadas formas, atingindo-se por vezes apenas o aspecto objetivo e, em alguns casos, este agregado ao aspecto subjetivo. A seguir, elencam-se as mais frequentes formas de violação da imagem nos dias atuais:

²⁷ CAHALI, Y. S. *Dano moral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

a - *Falta de consentimento*: a veiculação da imagem sem o consentimento válido do seu titular dá ensejo à reparação, seja por danos materiais, seja por danos morais. Vale ressaltar que supre a falta de consentimento a presença de uma das causas apontadas no item anterior que demonstrem a necessidade de seu uso.

b - *Quando o uso extrapola os limites a que concedeu o titular*: este tipo de violação ocorre geralmente com pessoas que exploram economicamente sua imagem, por exemplo artistas, atores, modelos etc. Consiste na violação que ocorre, por exemplo, quando se acorda acerca da exposição para determinado veículo de comunicação, contudo o titular da imagem tem esta divulgada por outros meios, ferindo o que foi celebrado *a priori*. Nesses casos, percebe-se que mais comumente ocorre violação do aspecto objetivo da imagem, ou seja, tão-somente do seu aspecto econômico.

4.4. Formas de reparação

A reparação pode ser feita tanto a título moral quanto a título material, nada impedindo que seja feita de maneira concomitante perante o disposto no art. 5º, V, da Constituição Federal de 1988.

- *Dano material*

Problemas não há quanto ao reconhecimento do dano material. É fácil de ser analisado, bem como sua mensuração se dá de maneira simples, auferindo-se caracteres de cunho objetivo. Tem por escopo o retorno ao *status quo ante*, além de impor uma punição para aquele que agiu em desconformidade com as normas de direito. O dano material é composto do dano emergente, ou seja, aquilo que a vítima realmente, de imediato, perdeu com a violação de seu direito e pelo lucro cessante que é aquilo que a pessoa, cujo direito foi violado, deixou de auferir com o dano causado. Com relação ao lucro cessante, deve haver prudência na análise do caso concreto, sob pena de estender-se estes danos *ad infinitum*. Não são ressarcíveis fatos eventuais ou potenciais que não guardem qualquer tipo de relação com a violação.

- *Dano moral*

O ilustre Pontes de Miranda, citado por Yussef Cahali²⁸, conceitua o dano moral como aquele “não patrimonial(...) só atingindo o devedor (*sic*)”

²⁸ CAHALI, Y. S. *Dano moral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

como ser humano, não lhe atinge o patrimônio”. Limongi França²⁹ o define como “aquele que atinge, direta ou indiretamente, a pessoa física ou jurídica, bem assim à coletividade, no aspecto não econômico dos seus bens jurídicos”. Portanto, a partir das definições desses dois mestres, pode-se concluir que o dano moral é aquele cuja violação recai sobre bens que não podem ser estimados economicamente, como os direitos da personalidade.

O dano moral é extremamente discutido tanto na doutrina quanto na jurisprudência, existindo correntes que o negam e outras que admitem sua existência. Aqueles que negam apóiam-se no fato de esse dano atingir bens que não comportam estimação econômica, não podendo, portanto, ser reparados ante a impossibilidade de mensuração *in pecunia*. No entanto, do lado oposto estão aqueles que defendem a reparação por danos morais, apoiando-se no fato de que não pode ficar à mercê, sem que nada faça o Direito para minorar as conseqüências geradas pela violação, aquele que teve um direito seu violado.

A discussão acerca da existência do dano moral já não tem mais grande relevância diante da disposição na Constituição Federal (art. 5º, V), que assegura a reparação por danos materiais, bem como por danos morais. Celeuma que se instaura ao se falar da fixação do valor do dano moral. Quais aspectos devem ser analisados, posto que os bens atingidos não são passíveis de apreciação econômica? Realmente, esse é um problema que vem suscitando grandes controvérsias na doutrina e na jurisprudência. Todos os diplomas, como a citada Lei de Imprensa, que arbitravam escalas de valores ao se referir ao dano moral para bens de caráter personalíssimo foram revogados com o advento da Carta Magna de 1988, que consagra a reparação proporcional ao agravo, sendo este de caráter moral ou material.

No que tange ao direito à imagem, os artigos 51 e 52 da Lei de Imprensa, que versavam acerca da fixação do *quantum* nas violações praticadas pela imprensa, encontram-se revogados em razão do disposto da Constituição Federal. Eis um problema de difícil consenso.

Tem-se entendido, ultimamente, que a fixação do valor do dano moral deve se ater à condição da vítima, para que possa oferecer a ela uma recompensa pelo dano sofrido (importante ressaltar que a reparação por danos morais tem por objetivo oferecer uma recompensa àquele que teve seu direito violado, ante a impossibilidade de retornar ao *status quo ante*), à condição do ofensor, a fim de que encerre em si um caráter punitivo e

²⁹ Apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

preventivo, evitando-se que o fato lesivo volte a ocorrer, devendo-se também observar a extensão do dano causado. Mesmo com base nesses critérios, é muito falha a fixação desse valor diante das discrepâncias entre uma vítima de baixa condição econômica e outro com alta condição. Será que a imagem de um vale mais do que a do outro? Bem, a discussão acerca do dano moral extrapola os limites deste humilde trabalho, e o único objetivo aqui é tão-somente mostrar as formas pela qual se pode dar a reparação do direito à imagem.

Em resumo, graças ao fato de imagem comportar dois aspectos – um subjetivo e outro objetivo –, permite-se que seja ela reparada tanto a título material quanto moral, dependendo do caso e da extensão do prejuízo causado.

- Direito de resposta

O legislador constituinte de 1988, prevendo o desenvolvimento demasiado da imprensa, criou uma nova forma de reparação do dano causado pelos meios de comunicação, cuja disposição se encontra no art. 5º, V, da Constituição Federal. Trata-se do direito de resposta, que pode ser definido “como a garantia que a lei dá a cada um de representar sua versão dos fatos, pelo mesmo veículo, quando tenha sido ofendido acusado ou vítima de erro nos meios de comunicação de massa”³⁰.

O direito à resposta é concedido a toda e qualquer pessoa, seja ela física, seja jurídica, a fim de que possa defender-se daquilo que foi alegado a seu respeito, ou em defesa de terceiro. Segundo a doutrina mais acertada, aquele que pleitear o direito de resposta poderá exigir que sua contra-argumentação seja divulgada em local e tamanho idênticos ao daquele que gerou a violação. No entanto, esse modo de reparação apresenta diferenças gritantes entre a teoria e a prática. Poucos são os casos em que se concede o direito de resposta nos moldes previstos pela Magna Carta. No meio jornalístico, a sua aceitação encontra barreiras e, quando muito, o que se consegue é a publicação de um pequeno trecho na seção “cartas” do periódico que praticou o ato lesivo.

O direito de resposta ainda é muito pouco utilizado pelas pessoas de forma geral, e algumas até desconhecem a possibilidade de invocá-lo. É, pois, um modo de reparação criado pelo legislador com o intuito de amenizar

³⁰ D’AZEVEDO, R. F. *Direito à imagem*. 2002. Disponível em: www.direitonet.com.br> Acesso em: 10 de nov. 2002.

a dor causada com uma publicação indevida. Contudo, sua prática não é constante, mesmo porque os meios de comunicação apresentam resistência a este direito. É importante ressaltar, não obstante os esforços dispensados na busca de uma solução adequada, que muito há para ser construído, porque o homem não é um objeto acabado. A evolução das relações intersubjetivas criará novas situações que deverão ser acolhidas pelo ordenamento e imporá o cotejamento entre os direitos ora estudados.

Mister se faz acrescentar que as liberdades individuais sofreram acentuada restrição após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 aos Estados Unidos da América. Esse país, que sempre representou a vanguarda das liberdades individuais, hoje se curva diante da temerosa ameaça de novamente ser alvo de inimigos, razão pela qual, naquele país e, conseqüentemente, em outros que se espelham em sua forma democrática de governo têm sofrido algumas restrições os direitos da personalidade e, de maneira mais ampla, as garantias fundamentais.

Muitos têm discutido doutrina e jurisprudência acerca da possibilidade de se instalarem câmaras de vídeo que possam violar o direito à imagem e à privacidade das pessoas em defesa da segurança. Julgados recentes vêm demonstrando que esta última tem prevalecido em relação àqueles, uma vez ser mais importante o interesse comum, conseqüência lógica dos acontecimentos ocorridos nos Estados Unidos da América.

A intimidade e a privacidade são temas que estão em voga atualmente. A característica da indisponibilidade, que é comum a esses direitos, não pode mais ser interpretada de maneira rígida, perante à proliferação de programas televisivos, cuja atração é a privacidade e intimidade alheias. Os tribunais ainda não se depararam com questões dessa monta, no entanto lides envolvendo relações desta natureza surgirão em breve, e, mais uma vez, estará o aplicador do Direito diante de um caso em que a ponderação de interesses se fará essencial.

Muito se discutiu neste trabalho acerca do juízo de ponderação, quer-se acrescentar, tão-somente, que este deve ter como norte aquilo que por muitos é visualizado como a base de todos os outros direitos, ou seja, o princípio da dignidade humana. Este, por sua vez, deve estar presente sempre, norteando o pensamento do operador do Direito, pois, em última análise, o que se deve buscar é a dignidade do homem. Sobre este princípio, de tamanha importância no Direito, é desnecessário que maiores comentários sejam tecidos, uma vez ser ele um pilar inconfundível presente em todo e qualquer Estado de Direito.

5 RESUMO

O reconhecimento do direito à imagem, como direito autônomo, é conquista recente da ciências jurídica. Pode-se afirmar, na verdade, que os próprios direitos da personalidade, como gêneros dos quais aquele é espécie, são frutos de estudos e discussões anuais. Entretanto dessas garantias existenciais conduz a alguns conflitos, como, por exemplo, aquele que engloba o direito a imagem e a liberdade de expressão.

O operador jurídico diante de um conflito dessa natureza não pode se furtrar. É bem verdade que a situação não será encontrada em regras rígidas e fechadas, vez que não h'limites às manifestações subjetivas. Dessa forma, sempre à luz do texto constitucional, mediante um trabalho hermenêutico, com a devida mensuração dos valores envolvidos poder-se-á chegar a uma solução equânime, sem descuidar dos princípios que norteiam todo o ordenamento.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, J. C. *Revista da Universidade de Brasília*, Brasília, 1996.
- AMARAL, I. *Direitos da personalidade e o direito à palavra*. 2001. Disponível em: <www.direito.com>. Acesso em: 13 nov. 2001.
- ASCENSÃO, José Oliveira. *Revista Forense: os direitos da personalidade no Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- BARBOSA, Silvio. R. V. *Revista Trimestral de Direito Civil*, 1998.
- BESSA, Leonardo. *Os direitos da personalidade*. 2001. Disponível em: <www.mundolegal.com>. Acesso em: 20 de set. 2001.
- BÍBLIA SAGRADA. 118. ed. São Paulo: Ave - Maria, [s.d.].
- BITTAR FILHO, C. A. *Tutela da personalidade no atual direito brasileiro*. *Revista de Direito Civil - Revista Jurídica*, Brasília, n. 2, 1996.
- BRASIL. Novo Código Civil. *Organização dos textos, notas remissivas e índices por Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2002.
- BRASIL. Código Civil. *Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BRASIL. Constituição (1998). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.
- BRASILEIRO, R. A. M. *Os direitos da personalidade*. Centro Acadêmico Afonso Pena – *Revista Jurídica*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, 1996/1997.
- CAHALI, Y. S. *Dano moral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- CARDOSO, Hélio, A. *Quanto vale o dano moral?* 2001. Disponível em: <www.saraivajur.com.br/doutrina>. Acesso em: 20 set. 2001.

- CHAVES, A. *Direito à vida e ao próprio corpo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- CHAVES, A. Imprensa, captação audiovisual, informática e os direitos da personalidade. *Revista de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, v. 12, 1996.
- CHAVES, A. *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*, ano I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- COSTA JR., Paulo José. *O direito de estar só – Tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- D'AZEVEDO, R. F. *Direito à imagem*. 2002. Disponível em: <www.direitonet.com.br>. Acesso em: 10 de nov. 2002.
- DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Trad. Lisboa. Lisboa: Livraria Maria, 1961.
- DUVAL, H. *Direito à imagem*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- FERNANDES, Milton. *Proteção civil da intimidade*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- FERRAZ JR., T. S. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- FERREIRA, A. B. H. *Novo dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Nova Fronteira.
- FERREIRA, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- FRANCO JR., Raul de Mello. *A imprensa, as ocorrências policiais e a dignidade humana*. 2000. Disponível em: <www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 15 de set. 2001.
- JUNIOR, Goffredo Telles. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- Lei 5.250*, de 14 de março de 1967.
- LIMA, E. F. *O direito moral e o direito à informação jornalística, o segredo de Justiça*. 2001. Disponível em: <www.jusnavigandi/doutrina.com.br>. Acesso em: 25 de maio 2002.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- LOURENÇO, Eduardo. *Instituto jurídico da comunicação e defesa do consumidor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: [s.n.], 1996.
- MAMEDE, Gladstone. *Revista de Informação Legislativa*, v. 36, n. 144, Brasília, 1996.
- MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- MORAES, W. Direito à imagem. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva.
- NOBRE JR., Edilson P. *O direito brasileiro e o princípio da dignidade*, 2001. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br>. Acesso em: 10 de março 2001.
- OTERO, J. M. *Sistemas internacionales de protección de la libertad de información y sus restricciones*. Disponível em: <www.derecho.org>. Acesso em: 10 de set. 2001.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- PERLINGIERI, P. Perlingieri, Pietro. *La personalità umana nell' ordinamento giuridico*. Camerino: Jovene, 1972.
- RAÓ, V. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1952.
- REALE, M. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

- RODRIGUES, S. *Direito civil – parte geral*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- SAMANIEGO, D. B. M. *A concepção tomista de pessoa* (mensagem pessoal) Mensagem recebida por <juliodireitouv@bol.com.br> em 17 set. 2001.
- SANTOS, Euclides Antônio. *Dano moral à pessoa jurídica*, 2000. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br>. Acesso em: 15 de set. 2001.
- SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SILVEIRA, V. M. *Revista Forense*, v. 351, Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- SOUZA, Ary; S. Reis. *Comentário sobre o direito à indenização por danos morais*. 2001. Disponível em: <www.faroljuridico.com.br>. Acesso em: 12 de dez. 2001.
- SUANNES, Adauto. *A indenização por dano moral praticado por intermédio dos meios de comunicação*. 2001. Disponível em: www.direito.com/doutrina. Acesso em: 10 de out. 2001.
- TAVARES, André R. *Telediversidade: compatibilização de valores constitucionais*. 2001. Disponível em: <www.saraivajur.com.br/doutrina>. Acesso em: 10 de out. 2001.
- TOBEÑAS, José Castan. *Los derechos de la personalidad*. Madrid: Instituto Editorial Reis, 1952.
- TORRES, Patrícia de Almeida. *Direito à própria imagem*. [S.l.]. LTr, 1998.

O JUIZADO ESPECIAL E A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Cândice Lisboa Alves
Graduada em Direito pela UFV

“Entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta.”
Orlando Gomes

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais sobre prova; 2. A inversão do ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor; 3. A inversão judicial do ônus probante; 3.1. Requisitos da inversão; 3.1.1. Hipossuficiência; 3.1.2. Verossimilhança; 3.2. Momento da inversão; 4. O Juizado Especial: peculiaridades; 5. A inversão do ônus probante no Juizado Especial; 6. Resumo; 7. Referências Bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: juizado especial, ônus da prova

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE PROVA

O ordenamento jurídico, como um todo harmônico e dinâmico, possui uma série de *princípios* que visam à manutenção da transparência, pureza e segurança de seus institutos. Encontra sua sustentação na Constituição Federal e, em cada uma de suas ramificações, encerra peculiaridades em conformidade com aquela.

Modernamente, consolida-se a idéia do *direito processual constitucional*, reiterando-se a natureza pública do processo, calcado, principalmente, em dois princípios basilares¹, dos quais advêm os demais

¹ Tal é o entendimento da Professora Ada Pellegrini Grinover, que assim disciplina no *livro Teoria Geral do Processo*: “Hoje, mais do que nunca, a justiça penal e civil são informadas pelos dois grandes princípios constitucionais: o acesso à justiça e o devido processo legal. Destes decorrem todos os demais postulados para assegurar a direito à ‘ordem jurídica justa’” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 84).

princípios, regendo e garantindo a segurança durante o *iter* processual, bem como a sua validade, quais sejam: o *devido processo legal*² e o *acesso à justiça*³.

Constata-se da análise da dinâmica do ordenamento jurídico que a toda pretensão alegada, seja em que ramo jurídico for, cabe a prova do fato. Existe uma “Teoria Geral das Provas” disciplinando quais os meios de prova são hábeis e possíveis dentro do procedimento. Tal teoria visa uniformizar e tornar mais estreito e imparcial o convencimento do juiz, no sentido de que o Magistrado deve se ater aos meios de prova efetivamente produzidos no procedimento, motivando e justificando sua decisão segundo o *princípio da persuasão racional*.

A questão da prova é regida, regra geral, pelo art. 333 do CPC, que assim estabelece:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

- I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; e
- II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

A essência do dispositivo legal anteriormente transcrito é a idéia de que *cabe a quem beneficiar a prova do fato o ônus de provar a sua existência*. Senão vejamos: ao autor, conforme inciso I do dispositivo acima cabe a prova do fato constitutivo de seu direito, porque a comprovação de tal fato a ele beneficia. No entanto, ao réu cabe a prova de fato impeditivo,

² “Compreende-se modernamente, na cláusula do devido processo legal, o direito do procedimento adequado: não só deve ser o procedimento conduzido sob o pálio do contraditório, como também a de ser aderente à realidade social e consentâneo com a relação de direito material controvertida” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.82).

³ Sobre este princípio, consiste a explanação do Professor José Afonso da Silva: “O princípio da proteção judiciária, também chamado princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, constitui em verdade, a principal garantia dos direitos subjetivos. Mas ele, por seu turno, fundamenta-se no princípio da separação de poderes, reconhecido pela doutrina como garantia das garantias constitucionais. Af se junta uma constelação de garantias: as da independência e imparcialidade do juiz, a do juiz natural ou constitucional, a do direito de ação e de defesa” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 430).

modificativo ou extintivo do direito, porque tal fato a ele beneficia, fazendo com que não prospere a pretensão inicial do autor⁴.

A inércia do réu diante das alegações do autor faz com que se presumam verdadeiros os fatos narrados na inicial, ou seja, operam-se os efeitos da revelia. Via de consequência, o réu suportará as consequências da demanda, vez que a prova dos fatos é um ônus processual⁵ e não uma mera faculdade.

Se o autor, entretanto, simplesmente alega fatos na inicial e o réu procede com uma negativa ampla do ocorrido, não sendo produzidas provas no procedimento, o autor suportará a demanda, vez que aqui também vige a essência do art. 333, qual seja, incumbe a quem beneficiar a prova do fato alegado e, não o fazendo, tal parte perderá a demanda.

2. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Com a experiência jurídica corrente, constatou-se uma supremacia do fornecedor de bens e serviços sobre o consumidor. Diante dessa realidade, o legislador, no momento da feitura do Código de Defesa do Consumidor, procurou criar mecanismos que reestabelessem o equilíbrio entre as partes envolvidas nas relações jurídicas ligadas ao consumo.

A *ratio essendi* do Código de Defesa do Consumidor é defender o consumidor, possibilitando o reequilíbrio das relações jurídicas nas quais ele (consumidor) se veja envolvido. Seu intuito, então, é a manutenção da igualdade entre as partes nas relações consumeristas, ultrapassando e superando o que o art. 4º, I do referido Diploma Legal, denomina *vulnerabilidade do consumidor*.

⁴ Um exemplo de tal situação seria a transferência do ônus da prova, anteriormente do autor, agora do réu, visto que o mesmo deseja alegar o pagamento de prestação para a qual seja demandado, dação em pagamento ou outro meio de adimplemento obrigacional em uma ação em que seja pleiteado o pagamento de uma dívida. Tal inversão se justifica porque a prova do cumprimento do pactuado beneficia diretamente o réu.

⁵ “A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando a vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente. O juiz deve *judgar secundum allegata et probata partium* e não *secundum propriam suam conscientiam* – e daí o encargo, que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar (encargo=ônus)” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 349).

A vontade da lei, nesse sentido, é tamanha que se manifesta na Carta Magna em dois capítulos, quais sejam, o das garantias fundamentais do homem e dos princípios gerais da atividade econômica (art. 170, V, CF), devido à sua relevância no contexto social.

O instituto da inversão do ônus da prova surgiu, portanto, para facilitar a implementação do direito dos consumidores, vez que a intenção desse instituto é a facilitação da defesa dos consumidores naquelas situações complicadas e difíceis de o consumidor provar, muito embora aconteçam⁶. É o caso, por exemplo, da cobrança abusiva de ligações (impulsos) na conta telefônica. O consumidor pode intentar uma ação alegando tal fato, porém apenas a empresa, através do rastreamento das ligações na conta telefônica, poderá constatar se houve ou não as ligações. Se esse ônus probante coubesse ao autor, este não conseguiria satisfazê-lo numa ação de conhecimento, permanecendo ao alvedrio da empresa prestadora de serviço, que por sua vez poderia aproveitar-se, sobremaneira, dessa posição. A única forma de procurar tomar conhecimento do ocorrido seria via ação cautelar de exibição de documento, que seria um meio de prova para a ação enfim almejada, qual seja a de indenização por possível cobrança indevida dos pulsos telefônicos.

Ressalte-se que a inversão do *onus probandi* deve ocorrer em situações específicas, visando ao *reequilíbrio* da relação processual⁷. Não pode, sob pretexto algum, ser um mecanismo de impor um ônus impossível de se provar. Tampouco pode ser uma manobra artil de imputação objetiva aos fornecedores. Nesse sentido, afirma o Professor Humberto Theodoro Junior, que *inconcebível, por isso mesmo, que a inversão do ônus da prova, quando autorizada por lei, seja utilizada como instrumento de transferência*

⁶ O professor Nelson Nery, neste sentido, diz que: “A doutrina mais moderna e as legislações novas têm compreendido bem a problemática que envolve a produção da prova que deve ser feita pelo autor que, por sua vez, não tem acesso a elementos e informações que são de vital importância para a demonstração dos fatos que sustentam seu direito. Nessa linha de considerações está a inversão do ônus da prova que se admite no CDC, em favor do consumidor” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado*. 5. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 822).

⁷ “O mecanismo da inversão do ônus da prova se insere nesta política tutelar do consumidor e deve ser aplicado até quando seja necessário para tutelar a vulnerabilidade do consumidor e estabelecer seu equilíbrio processual em face ao fornecedor. Não pode, evidentemente, ser um meio de impor um novo desequilíbrio na relação entre as partes, a tal ponto de atribuir ao fornecedor um encargo absurdo e insuscetível de desempenho” (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.137).

para o réu do encargo da prova de fato argüido pelo autor que se revela, intrinsecamente, insuscetível de prova.⁸

Outra questão importante a ser ressaltada é aquela atinente à possibilidade probatória. O que justifica a transferência do ônus probante ao fornecedor é a *fragilidade* ou *impossibilidade pessoal* de conseguir a prova por parte do consumidor⁹. A prova em si deve ser possível, pois, não o sendo, haverá a sucumbência inevitável da demanda. Não há como imputar a alguém a prova de um fato que, *per si*, seja impossível de se provar, pois assim estaríamos delegando ao fornecedor uma “obrigação impossível”, o que não faz sentido.

Há duas maneiras disciplinadas no Código de Defesa do Consumidor de inverter-se o ônus da prova: a primeira é pacífica e dispensa prolongadas explicações, pois ocorre *ipso iure* e vem expressa no art. 38 do CDC; os arts. 12 e 14 também demonstram essa idéia porquanto disciplinam *expressamente* a *responsabilidade objetiva* nesses casos. A segunda, da qual se ocupam numerosos trabalhos e sobre a qual se ateu neste trabalho, vem disposta no art. 6º, VIII, do mesmo Código, tratando-se de *inversão judicial do ônus probatório*.

3. A INVERSÃO JUDICIAL DO ÔNUS PROBANTE

A *inversão judicial*¹⁰ advém do *poder discricionário* do Magistrado, sendo, entretanto, delimitada por dois requisitos objetivos, que, estando presentes, tornam quase irrefutável¹¹ a sua aplicação, quais sejam: a *hipossuficiência* do consumidor e a *verossimilhança* da sua alegação.

⁸ THEODORO JR., Humberto. *Direitos do consumidor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

⁹ THEODORO JR., Humberto. *Direitos do consumidor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.136.

¹⁰ Denomina-se inversão judicial porque advém de ato decisório do juiz, conforme se depreende da seguinte jurisprudência:

“PROVA – Ônus – Inversão – Critério do Juiz, quando reputar verossímil a alegação deduzida – art. 6º, inciso VIII, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor – Recurso não provido.

O artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, com o flagrante intuito de facilitar o ajuizamento da ação, reserva ao juiz o poder de dispensar o autor do encargo de provar o fato constitutivo de seu direito, quando, a critério exclusivo do Magistrado, reputar verossímil a alegação deduzida” (AC 198.391-1, São Paulo, apelante: Escola Panamericana de Arte S. C. Ltda., apelado: Tamy Yael Leftel).

¹¹ Sobre esta discricionariedade quanto à inversão do ônus da prova, Alexandre Freitas Câmara esclarece que é mais que um poder, configurando-se como poder-dever, como explicita o trecho a seguir transcrito: “O que se tem, na hipótese, é um poder-dever do juiz. Presentes os requisitos, o juiz é obrigado a inverter o *onus probandi* em favor do consumidor. O que acaba de ser dito decorre do disposto no art. 6º do CDC, segundo o qual

Na doutrina surgiu a controvérsia quanto à necessidade de se preencherem os dois requisitos para se inverter o ônus em questão. Muito embora a letra da lei empregue a conjunção *ou* vem se fortificando, doutrinária e jurisprudencialmente, o entendimento de que devam estar presentes, necessariamente, os dois requisitos para inverter-se o *onus probandi*.¹² Tal posicionamento se justifica dentro das perspectivas subseqüentemente elucidadas.

3.1. Requisitos da inversão

Analisando o disposto no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, percebem-se duas condições para a inversão judicial do ônus da prova. São elas a *hipossuficiência do consumidor* e a *verossimilhança da sua alegação*.

Os tópicos seguintes irão dissecar os requisitos anteriormente mencionados.

3.1.1. Hipossuficiência

Existe na Constituição Federal o *princípio da igualdade* de todos perante a lei. À primeira vista, poderia parecer que esta igualdade seria apenas formal, porém, de uma análise sistemática de tal preceito, constatou-se que ele se refere à igualdade material, ou seja, visa à manutenção do equilíbrio substancial entre as pessoas em quaisquer situações nas quais se encontram.

Transplantar essa idéia para o CDC significa o *equilíbrio contratual* nas relações de consumo, fazendo com que a sobreposição do fornecedor e, ou, prestador de serviços se iguale à posição do consumidor.

a inversão do ônus da prova é um dos direitos básicos do consumidor". Assim, não poderá o magistrado deixar de tutelar tal direito, tendo pois o dever de inverter o ônus da prova (CÂMARA, Alexandre Freitas. In: *A inversão do ônus da Prova em favor do Consumidor*. Artigo inserido no informativo n. 3 da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes).

¹² "A dicção normativa que prevê o direito à **inversão** do ônus da **prova** há de ser interpretada como aglutinativa, e não como alternativa; para ver-se na posição cômoda durante a fase probatória do processo, o consumidor deve apresentar alegação verossímil e ser hipossuficiente. Não preenchendo estes requisitos, vige a regra geral do art. 333 do CPC. Se a norma especial tem por escopo a *facilitação da defesa dos direitos* do consumidor, não pode se transformar em *abuso do direito de defesa*, ao ser interpretada de modo simplista e assistemática pelo operador do direito" (SOUZA, Rogério de Oliveira. In: *Da inversão do ônus da prova*. [S.l.]: ADCOAS, outubro de 2000).

A forma mais apropriada encontrada pelo CDC foi possibilitando, e às vezes impondo¹³, o ônus probante ao fornecedor.

Apenas se justifica a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor quando constatada sua *hipossuficiência*¹⁴ perante o fornecedor, pois, estando em igualdade de condições, prevalece o disposto no art. 333 do CPC.

Deve-se vislumbrar que uma relação de consumo não ocorre necessariamente com partes desiguais. À primeira vista, ao pensar em um fornecedor, visualiza-se o dono de uma grande empresa, porém existem pequenas e médias empresas, bem como comerciantes individuais, que na relação fática, muitas vezes, não têm como ser considerados em nível superior ao de consumidor na dita relação de consumo.

Devemos, também, não perder de vista a *economicidade* das relações de consumo. Se, a todo momento, fosse invertido o ônus da prova simplesmente por se tratar de uma relação de consumo, sem a averiguação minuciosa das condições em que se firmou tal contrato, poder-se-ia chegar a uma desaceleração econômica, pois o receio da responsabilização desmedida certamente implicaria fechamento de muitas empresas que, de fato, não têm como arcar com uma *imputação objetiva de resultado*.

3.1.2. Verossimilhança

A segunda condição imposta é a *verossimilhança* das alegações do consumidor. Isso quer dizer que o alegado pelo consumidor deve ser crível, possível, e que as *consequências* de sua alegação devem ser *naturais* para o fato narrado.

Alguns autores defendem que essa verossimilhança esteja relacionada com a probabilidade de ocorrência do fato, porém, analisando mais detidamente o instituto, percebe-se que é necessário mais que a

¹³ Os casos de imposição da inversão do ônus probatório nas relações de consumo encontram-se nos arts. 12, 14 e 38 do CDC, onde há *menção expressa* da responsabilidade objetiva dos fornecedores e, ou, prestadores de serviço.

¹⁴ "A hipossuficiência, assim, tem origem no reconhecimento da existência de verdadeira desigualdade socioeconômica entre as partes no processo. Esta desigualdade há de ser tal que os meios postos à disposição do consumidor para se desincumbir da produção da **prova** de sua alegação, se revelam de difícil aquisição, seja por dificuldades patrimoniais (locomoção, condução de testemunhas, honorários periciais etc.), seja por assistência judiciária desprovida dos mesmos recursos disponíveis à outra parte (contratação de peritos, juntada de documentos, confecção de plantas, visita a locais etc.)" (SOUZA, Rogério de Oliveira. *Da inversão do ônus da prova*. [S.l.]: ADCOAS, outubro de 2000).

probabilidade. É necessária uma quase certeza das conseqüências, conforme relata o Professor Rizzato: *de fato, para o acatamento da inversão por esta hipótese, alguma prova há de ser produzida pelo autor (consumidor), posto que a norma estatui que a critério do juiz poder-se-á operar a inversão do ônus da prova quando "for verossímil a alegação" ou quando for o consumidor "hipossuficiente", segundo as regras ordinárias de experiência.*

Assim, pelo menos a prova relativa a tais aspectos deve ser produzida. *Claro que ela pode vir já com a inicial ou após o exame da contestação, o que permitiria que o juiz tomasse a decisão no saneador.*¹⁵

3.2. Momento da inversão

Controvertido, ainda, é o momento em que deve ser procedida a inversão probante.

Poderia ser cogitado, a princípio, que o momento da inversão se daria logo no despacho liminar, procedendo-se *de pronto à inversão*. Porém, como analisado anteriormente, para que ocorra a inversão judicial é necessário que os requisitos de verossimilhança e hipossuficiência sejam preenchidos, e isso pode ocorrer até no momento da sentença.

Ressalte-se, ainda, que até o momento da contestação ainda não foram fixados os pontos controvertidos no processo¹⁶, e qualquer atitude do juiz nesse momento poderia implicar *pré-julgamento da causa*, o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico. Há, ainda, duas correntes divergentes que buscam delimitar o momento adequado para a inversão do ônus probatório:

A *primeira* delas visualiza o momento adequado no *saneamento*, visto que nessa fase o juiz *ordena* o processo, delimitando-se as questões controversas que deverão ser esclarecidas, cabendo, então, determinar e comunicar a quem incumbe o ônus probante. Traria a vantagem de permitir um lapso temporal para a parte adquirente do ônus e preparar-se para a produção de provas. Segundo os ensinamentos do magistrado Rogério de

¹⁵ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O código de defesa do consumidor e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 346.

¹⁶ Ao descartar a hipótese da inversão probante quando do despacho liminar, Alexandre de Freitas Câmara argumenta que: "Não se pode, registre-se, aceitar que a inversão se dê logo no despacho inicial do processo, já que neste momento ainda não é sequer possível determinar qual será o objeto da prova (afinal, ainda não se sabe que fatos se tornarão controvertidos)" (CÂMARA, Alexandre Freitas. *A inversão do ônus da prova em favor do consumidor*. Artigo inserido no informativo nº 3 da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes).

Oliveira Souza, *deve ser registrado que o momento de decisão quanto ao pleito formulado é aquele que antecede ao início da fase probatória oral (audiência de instrução e julgamento), devendo o juiz se manifestar quanto ao pedido feito desde o início da ação ou em requerimento avulso do consumidor, no curso do processo.*¹⁷

A *segunda corrente* analisa a inversão do ônus probante como uma regra de julgamento¹⁸, podendo, então, ser declarada no *momento da sentença*. Para essa corrente, saber a quem incumbe o ônus probante apenas é necessário quando o processo estiver, numa concepção de tempo, pronto para o julgamento, muito embora ainda exista perplexidade probatória.

Nesse caso, então, torna-se importante saber a quem incumbe a atividade probatória simplesmente para saber a quem se impõe o ônus oriundo da falta de prova existente no processo, pois certamente essa parte terá perdido a demanda.¹⁹

Cabe ressaltar que, como existem divergências relacionadas a essa questão, uma forma de solucionar o conflito é reportar aos princípios, dentre eles o constitucional da *ampla defesa*. Igualmente importante e elucidativo é o princípio do *contraditório*, alicerce do direito processual, que afirma que, senão respeitado o direito de a parte se defender em todos os momentos do processo, o procedimento poderá, ou melhor, *será*, eivado de nulidade. Portanto, não há que se falar em inversão apenas no momento da prolação da sentença, porque a parte deve ter *convicção*, e não mera suspeita, de que cabe a ela o ônus probatório para que tenha a oportunidade adequada de se defender com as armas que escolher ou julgar convenientes/necessárias.

¹⁷ SOUZA, Rogério de Oliveira. In: *Da inversão do ônus da prova*. [S.l.]: ADCOAS outubro de 2000.

¹⁸ "Não há momento para o juiz fixar o ônus da prova ou sua inversão (CDC 6º, VIII), porque não se trata de regra de procedimento. O ônus da prova é regra de juízo, isto é, de julgamento, cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desemcumbiu" (Nelson e Rosa Maria Nery. *Código de processo civil comentado*. 5. ed. São Paulo: RT. p. 821).

¹⁹ "Preceito legal algum determina que o citado art. 6º, inciso VIII, só pode ser aplicado quando o juiz, antes do início da instrução probatória, tenha decidido ser o caso de sua incidência. Segundo, porque se a inversão do ônus probatório, no caso do art. 6º, inciso VIII, depende da verossimilhança da alegação do consumidor ou de sua hipossuficiência, força é entender que o juiz não pode decidir antecipadamente a respeito, posto que as citadas circunstâncias fáticas, ao menos na maioria dos casos dependem de elucidação probatória, não comportando, portanto, decisão antecipada." (NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O código de defesa do consumidor e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 342-343).

Se o fito do direito é a justiça, não se pode concordar com o *cerceamento da defesa* e com a insegurança do ônus probatório, pois o que determina a vitória em uma demanda é justamente o conjunto probatório, vez que o ordenamento jurídico adota o princípio da *persuasão racional*, de tal sorte que é imperiosa tal declaração. Ademais, se esta inversão é *judicial*²⁰ e é uma exceção até o momento em que o magistrado não se pronuncia a respeito, presume-se que a regra geral do art. 333 do CPC esteja regendo a matéria.

Afora isso, reportando ao controverso art. 6º, VIII, do CDC, percebeu-se que existem critérios subjetivos a serem analisados e há elementos normativos em tal preceito que somente a inteligência do juiz conhece até a exteriorização de seu pensamento via decisão interlocutória.

De tal exposto, não há como acatar o entendimento de que o momento oportuno para ocorrer a inversão seja o correspondente à prolação da sentença. O fato de apenas ser importante o questionamento sobre a inversão do ônus probante quando da inexistência de provas cabais que desatem a lide não invalida e tampouco justifica a insegurança sobre o ônus probante nas relações de consumo quando o juiz deixa para a prolação da sentença a sua manifestação sobre o mesmo.

4. JUIZADO ESPECIAL: PECULIARIDADES

O Juizado Especial surgiu por determinação constitucional (CF/88, art. 98, I), com a finalidade²¹ de agilizar a solução de conflitos atinentes a pequenas montas, permitindo e ampliando o acesso à justiça. Rege-se pelos princípios constantes no art. 2º da Lei 9.099/95, quais sejam: *oralidade, simplicidade, economia processual e celeridade*.

²⁰ “Inversão do ônus da prova – Necessidade de expressa determinação judicial. Quando, a critério do juiz, configurar-se a hipótese de inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII do CDC, sob pena de nulidade, é mister a prévia determinação à parte, em desfavor de quem se inverte o ônus, para que prove o fato controvertido. A inversão, sem esta cautela processual, implicará em surpresa e cerceamento de defesa” (Ap. Cív. 194.110.664 – RS – 4ª C. – j. 18.08.94 – Rel. Juiz Márcio Oliveira Puggina).

²¹ “Os Juizados Especiais foram criados com o espírito voltado a facilitação e ampliação do espectro do acesso à justiça, conjugado com o trinômio rapidez, segurança e efetivação do processo, e em sintonia com os princípios insculpidos no artigo 2º desta Lei e todos os demais que servem para a sua geral orientação” (FIGUEIRA JR., Joel Dias; RIBEIRO LOPES, Maurício Antônio. *Comentários a lei de juizados especiais cíveis e criminais*. São Paulo: RT, 1995, p. 111).

A Lei 9.099/95 mostra-se expressivamente voltada para a solução rápida do problema, pautando-se, em geral, pelo *princípio da oralidade*, de forma que seus atos são condensados e somente se prolongam se houver uma razão específica.

Como corolário do princípio da oralidade, vem expresso o *princípio da instrumentalidade* assegurando que somente serão anulados os atos que causarem prejuízo para uma das partes.²² De forma geral, segue as normas do procedimento sumário, ficando, inclusive, a cargo da parte²³, na grande maioria das vezes, a escolha por qual rito a seguir: o da Lei 9.099/95 ou o sumário.²⁴

A valoração das provas, por sua vez, fica, de certa maneira, sujeita aos critérios do juiz *com liberdade para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica* (art. 5º). Tal dispositivo, conjuntamente com o expresso no art. 6º, causa certo alvoroço processual²⁵, à medida que se percebe que, no momento em que o legislador editou tais normas, priorizou a agilidade processual segundo uma visão de justiça normativa e discricionária que, segundo alguns críticos do direito, gerariam um alvitre excessivo do juiz.

Deve-se, entretanto, perceber que o fim do Direito de forma geral e do Juizado Especial de maneira específica é a *pacificação social*, e como o

²² Tal princípio é extraído do art. 13, §1º, da Lei 9.099/95.

²³ Hoje esta possibilidade de escolha modificou-se um pouco, isso porque a Lei 10.444/02 mudou o valor das causas cabíveis no procedimento sumário, ampliando tal valor até o teto de 60 salários mínimos.

²⁴ “O procedimento sumário aproxima-se, assim, do adotado pelos Juizados Especiais Cíveis (e criminais), orientado pela oralidade, simplicidade, economia processual e celeridade (art. 2º da Lei 9.099/95). Aliás, foi esta similitude de ritos que animou o legislador a facultar ao autor a opção pelo procedimento especial desta lei (art. 3º), tratando-se de causas enumeradas no art. 275, II, do Código de Processo Civil (procedimento sumário)” (ALVIM, José Eduardo Carreira. *Procedimento sumário na reforma processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 28).

²⁵ “Verifica-se no microsistema dos Juizados Especiais um certo desequilíbrio do chamado processo acusatório, ou de ação (poderes do juiz na produção de provas em sintonia com a provocação das partes). Não estamos dizendo, e é bom ressaltar, que a Lei 9.099/95 tenha rechaçado o princípio dispositivo; não é isto. O Juiz continua tendo o dever de julgar segundo o alegado pelas partes (*iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*). Todavia, o novo sistema o abrandou, não só pelo fato de estar norteado por fortes princípios destinados à orientação à realização da decisão justa, como também na composição dos conflitos por intermédio da conciliação, na busca da rápida efetivação do processo com escopo de pacificação social” (FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Comentários à lei de juizados especiais cíveis e criminais*. São Paulo: RT, 1995, p.83).

Juizado Especial acolhe, em sua grande maioria, questões mais simples, o legislador entendeu por bem fornecer ao juiz maior amplitude no momento de julgar nas questões atinentes à prova. Tal amplitude de poderes tem a finalidade de não transformar o juiz em um *mero subsuntor* da norma, mas, ao contrário, num verdadeiro agente que oportuniza a justiça almejada pelos litigantes. Essa atitude do legislador é, inclusive, uma forma de se evitarem as pilhas de recursos oriundos da inconformidade das partes. Ora, se o fim do Juizado Especial é a celeridade, todas as formas possíveis de alcançá-la são consideradas válidas desde que, ressalte-se, não prejudiquem as partes.

Ainda sobre a prova, é curioso o fato de o Juizado Especial, por seus princípios e fundamentos, dispensar a presença de advogado²⁶ quando é atribuída à causa um valor até o teto de 20 salários mínimos. Essa situação é complicada, considerando-se que, na maioria das vezes, a parte não possui noção do que seja a *prova* para o processo e, por conseguinte, *quase sempre não a produz*.

A situação se agrava, ainda mais, quando uma parte se faz acompanhar de procurador e a outra comparece desacompanhada, visto que, mesmo que seja nomeado defensor para aquele ato²⁷, geralmente na Audiência de Instrução e Julgamento o mesmo não saberá as peculiaridades fáticas, e, obviamente, isso beneficiará a parte *ex adversus*.

É fácil constatar que, embora a idéia do Juizado Especial seja excepcional, à medida que busca resguardar o interesse dos mais humildes, dando aplicabilidade ao princípio constitucional do *acesso à justiça* e mesmo à *justiça gratuita*, é fato que as regras processuais não podem ser ignoradas; ao contrário, devem ser rigorosamente seguidas, como medida de manutenção da *imparcialidade do juiz e da persuasão racional*, o que garante uma decisão justa ao processo.

Rigorosamente, o que não existe nos autos não pode ser analisado, mesmo que o juiz note uma *boa intenção* de um dos litigantes, pois isso compromete toda a sistemática do ordenamento jurídico. Mesmo que esse

²⁶ Interessante é a posição de Maurício Antônio Ribeiro Lopes, citado na obra *Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais Comentada e Anotada*, que considera indispensável a presença do advogado nas causas, mesmo aquelas inferiores a 20 salários mínimos, por ser considerado o advogado “operador indispensável à administração da Justiça” (CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de e outros. *Lei dos juizados especiais cíveis e criminais comentada e anotada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002).

²⁷ O art. 9º, § 1º, determina que, se a parte quiser, será assistida por procurador instituído junto ao Juizado especial. Já o § 2º do mesmo artigo estabelece que o juiz alertará a parte quando achar que a causa assim o recomende.

microsistema tenha surgido da tentativa de reavivar a justiça, certo é que trouxe consigo problemas de ordem técnica²⁸. Dentre esses “problemas”, cabe destacar a inversão do *onus probandi* no Juizado Especial, mais especificamente o *momento* em que ocorreria a inversão, quando a mesma deve ser objeto de *decisão judicial*, como abordado anteriormente. É esse o ponto a seguir analisado.

5. A INVERSÃO DO ÔNUS PROBANTE NO JUIZADO ESPECIAL

A importância da delimitação do momento da inversão do ônus probatório no Juizado Especial se deve ao fato de *a esmagadora maioria das demandas relacionadas à relação de consumo serem exercidas em tal procedimento*. Isso porque o teto de 40 salários mínimos é um *quantum* considerável, tendo-se em vista a economicidade das relações de consumo de modo geral. Enfim, dentro deste valor, abarca-se a maioria das relações consumeristas, principalmente aquelas em que o consumidor é *hipossuficiente*.

Analisando comparativamente no procedimento ordinário, como mencionado, a decisão da inversão do ônus probatório encontra abrigo no despacho saneador, possibilitando à parte à qual será invertido o ônus um interregno de tempo considerável para a produção da prova que abriga seu direito. Se, todavia, analisarmos o rito do Juizado Especial, percebe-se que, embora ele possua todas as atividades comuns ao procedimento Ordinário (quais sejam: atividades postulatória, saneadora, instrutória e decisória), as mesmas não encontram uma delimitação nítida, ocorrendo, muitas vezes, num mesmo momento, qual seja, na Audiência de Instrução e Julgamento, devido à grande *concentração*²⁹ do procedimento.

²⁸ “Para que obtenha êxito completo com a nova lei dos Juizados Especiais, torna-se imprescindível que a doutrina e os tribunais readaptem consagradas concepções, válidas no macrosistema do Código de Processo Civil, mas não necessariamente hábeis para este outro tão específico. Por tudo isso, a nova realidade jurídica está a exigir métodos e formas adequados à consecução deste desiderato, viabilizando-se as respectivas unidades jurisdicionais e revendo-se alguns conceitos e institutos, tais como regimes de prova, o julgamento com base na equidade, os poderes do juiz, os princípios dispositivo, da livre iniciativa, da eventualidade, do devido processo legal, a questão do formalismo procedimental, as nulidades, dentre tantos outros, sem o que não passará de mais uma “doce ilusão criada pelo legislador” (FIGUEIRA JR., Joel Dias; RIBEIRO LOPES, Maurício Antônio. *Comentários a lei de juizados especiais cíveis e criminais*. São Paulo: RT, 1995).

²⁹ “No dizer de Francisco Morato, tal princípio consiste em apertar o feito num período breve de tempo, reduzindo-o numa audiência ou a poucas audiências a curtos intervalos;

Na prática, isso significa que *não há um tempo razoável* para a parte que acaba de receber o ônus probatório de preparar para tal, pois constata que a ela incumbe o *onus probandi* no momento exato da produção da prova. Se, naquele momento, não está pronta para essa situação, certamente perderá a demanda.

O procedimento que vem sendo adotado com frequência pelos magistrados do Juizado Especial é a *advertência* ao requerido, *na citação*, de que *se a lide versar sobre relações de consumo poderá ser invertido o ônus da prova*. Tal advertência expõe uma *mera possibilidade*. As relações jurídicas almejam certezas. Obviamente que, se a pessoa é requerida para uma ação que sabe ser difícil a prova, ela (requerido) se mantém inerte, visto que, do exposto na norma geral (art. 333 do CPC), cabe ao autor a prova do fato constitutivo do seu direito.

Ser avisado de que *poderá* ser invertido o ônus não diz muita coisa. Se a decisão cabe ao juiz, nada mais correto que o magistrado manifestar sua convicção, ou melhor, exteriorizá-la, para que as partes envolvidas no litígio tomem conhecimento da mesma, e isso deverá ser feito via decisão interlocutória³⁰.

Cabe, agora, a delimitação do momento adequado para a inversão do ônus probante no Juizado Especial Cível, o que será abordado nos parágrafos subsequentes.

O artigo 29 do *microsistema* aqui analisado define como sendo a Audiência de instrução e julgamento o momento adequado para o magistrado decidir de plano *questões incidentes que interfiram no prosseguimento do processo*. A inversão do ônus de prova deve ser inserido nesse contexto, porque inegavelmente influencia o desate da lide, embora tecnicamente não possa ser considerado uma *questão incidente*.

Analisando o procedimento desenvolvido no Juizado Especial, verificou-se que, ultrapassada e frustrada a conciliação, as partes se dirigem para uma nova fase processual, qual seja a instrutória. Em tal momento serão ouvidas as partes e colhidos os depoimentos das testemunhas, bem como

concentrar as atividades processuais de modo que o juiz, colhendo as provas, ouvindo as alegações finais, decididas sobre as impressões ainda frescas na sua memória. Não se sentindo, no entanto, em condições de sentenciar na audiência, pode fazê-lo dentro de certo prazo legal" (ALVIM, José Eduardo Carreira. *Procedimento sumário na reforma processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 24).

³⁰ Aqui reporta-se às considerações feitas no item 3.2. retro, que explicita a necessidade de conhecimento prévio de a quem cabe o ônus da prova, para que não ocorra o cerceamento da defesa.

juntados documentos trazidos pelas partes como meio de prova, dando vista à parte contrária e permitindo seu pronunciamento a esse respeito, ou seja, a impugnação oral das provas produzidas ou mesmo da peça contestatória. Nesse momento, ainda é oportuno o juiz se manifestar sobre decisões incidentes no procedimento, fazendo uma espécie de saneamento do processo³¹.

O problema é que no procedimento da Lei 9.099/95 existem apenas duas audiências, e o saneamento acontece, no geral, no momento da segunda. Dessa constatação decorre que o momento da decisão interlocutória que inverterá o do ônus da prova *ocorrerá na Audiência de Instrução e Julgamento*, ocasião em que já estarão praticamente esgotados os meios de prova.³²

Frise-se: quando a parte sabe que o fato é de difícil prova e que esta prova cabe à parte contrária, ela poderá simplesmente manter-se inerte porque, já tendo negado todo o fato alegado, se seu *ex adversus* não provar suas afirmações (e esta é a indicação natural do processo, ou melhor, é uma situação comum nos procedimentos), ela (parte requerida) ganhará a demanda, visto que o autor não comprovou o alegado na *exordial*. Poder-se-ia alegar, precipitadamente, que a relação de consumo INVERTE-SE, de pronto, é o ônus da prova. Porém, como analisado anteriormente, é necessário que se preencham requisitos objetivos e, além desses, que o juiz profira a decisão para que o ônus seja invertido. Assim, a alegação de que por ser relação de consumo, via de consequência, o ônus é invertido é *uma inverdade precipitada*, própria de quem não conhece em profundidade tal instituto ou, ainda, não o analisou com os rigores necessários. Conclui-se que o *momento* adequado para a inversão do ônus probante é na Audiência de Instrução e Julgamento, mais precisamente no *início de tal audiência*. Tal momento é o *único aceitável*, não sendo o ideal, mas o único que satisfaz e possibilita a oportunidade da defesa por parte do requerido. Obviamente que essa consideração é válida para as situações aqui consideradas normais, que são aquelas em que até o momento da contestação o juiz já esteja convencido se os requisitos de verossimilhança e hipossuficiência já tenham sido verificados ou descartados. Poderá, porém, ocorrer que apenas no final da instrução processual, após, por exemplo, algum depoimento testemunhal, seja

³¹ Tais afirmações decorrem do art. 29 da Lei 9.099/95.

³² "Feitas as provas, encerrados os debates, a sentença é o ato imediato. Entre o debate e a sentença não é admissível a intercalação de nenhum ato instrutório. Qualquer que seja a situação da prova dos fatos, perplexo mesmo que esteja o juiz, a este cumpre decidir em seguida" (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no cível e comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p.385).

verificado o requisito verossimilhança, e, nesse caso específico, apenas poderá ser invertido o ônus da prova no momento da sentença, mas, frise-se, apenas porque os requisitos para dita inversão não foram satisfeitos anteriormente.

Pelo exposto, pode-se concluir que, de forma geral, decidir que foi invertido o ônus no momento da sentença por mera preferência do juiz, podendo o mesmo ter agido anteriormente dessa maneira, é restringir o direito de defesa, o que pode acarretar a anulação do ato. Entretanto, se o juiz constatar apenas no momento da sentença que os requisitos para a inversão foram preenchidos, deverá inverter no momento do julgamento, porque, não o fazendo, estaria infringindo direito subjetivo público do consumidor.

6. RESUMO

O presente trabalho dissecou a problemática criada pela inversão do ônus da prova no Processo Civil como um todo, destacando-se a dificuldade dessa inversão no Juizado Especial Cível devido à grande concentração do procedimento nele adotado. Abordou a possibilidade de cerceamento de defesa/nulidade caso ocorra em momento inadequado.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Procedimento sumário na reforma processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. In: *A inversão do ônus da Prova em favor do Consumidor*. (informativo n. 3 da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes).
- CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de e outros. *Lei dos juizados especiais cíveis e criminais comentada e anotada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias; LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. *Comentários a lei de Juizados especiais cíveis e criminais*. São Paulo: ed. RT, 1995.
- FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias e LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. *Comentários a Lei de Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. 3. Ed. São Paulo: RT, 2000.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O código de defesa do consumidor e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA, Rogério de Oliveira. In: *Da inversão do ônus da prova*. [S.l.]: ADCOAS, outubro de 2000.

THEODORO JR., Humberto. *Direitos do consumidor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

A REVISÃO CONTRATUAL POR EXCESSIVA ONEROSIDADE SUPERVENIENTE À CONTRATAÇÃO POSITIVADA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR SOB A PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL

Fabiana Rodrigues Barletta
Professora do Dep. de Direito da UFV
Mestra em Direito pela UERJ

SUMÁRIO: 1. Notas introdutórias - 2. Considerações acerca da metodologia adotada - 3. Premissas para a compreensão do tema: a) Análise do ordenamento jurídico como um sistema; b) Análise da Constituição brasileira como um sistema unitário; c) Análise da deficiência da clássica dicotomia entre Direito Público e Direito Privado e do movimento da socialização do Direito Civil - 4. Transformações gerais no Direito Privado: 4.1. Inovações trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) e o seu confronto com o Código Civil brasileiro de 1916 - 5. Cláusula *rebus sic stantibus* e teoria da imprevisão: 5.1. A teoria da pressuposição de Windscheid; 5.2. A teoria da quebra da base objetiva do negócio jurídico de Larenz - 6. O caráter normativo das normas constitucionais - 7. Análise do artigo 6º, inciso V, 2ª parte, do CDC sob a perspectiva civil-constitucional e conclusões - 8. Referências bibliográficas.

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

A revisão contratual por excessiva onerosidade ocasionada por motivos supervenientes ao momento da contratação (artigo 6º, inciso V, 2ª parte, do Código de Defesa do Consumidor) será analisada de acordo com a hermenêutica civil-constitucional.

De início, elegem-se quatro premissas básicas para a compreensão do tema: a análise do ordenamento jurídico como um sistema, a análise da Constituição da República brasileira como um sistema unitário, a deficiência

da clássica dicotomia entre Direito Público e Privado e o movimento de socialização do Direito Civil. Posteriormente, parte-se para a verificação das transformações ocorridas no Direito Civil brasileiro nos últimos séculos, através da análise comparativa entre a codificação brasileira de 1916 e o Código do Consumidor de 1990, dando ênfase ao revisionismo contratual não tratado na primeira e presente no segundo. Em seguida, cogita-se a teoria da pressuposição de Bernardo Windscheid, nascedouro de todas as teorias que sustentam a modificação ou a resolução contratual com base na teoria da imprevisão. Investiga-se, também, a teoria da quebra da base objetiva do negócio jurídico, de Karl Larenz, que justifica a revisão ou resolução contratual através de critérios mais objetivos, como a quebra da relação de equivalência entre prestação e contraprestação ou a frustração da finalidade do contrato.

Sustenta-se, por fim, que o Código de Defesa do Consumidor brasileiro aproxima-se dos critérios presentes na teoria da quebra da base objetiva do negócio jurídico desenvolvida por Larenz, dando, contudo, passos adiante por não cogitar sobre previsibilidade ou a imprevisibilidade das circunstâncias excessivamente onerosas e supervenientes para possibilitar a revisão do pacto. Toda a argumentação desenvolvida nesse sentido tem amparo direto nos princípios constitucionais.

2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA METODOLOGIA ADOTADA

A metodologia adotada considera as normas constitucionais diretamente aplicáveis às relações jurídicas de direito civil, dando-lhes caráter hermenêutico e fazendo delas critério de interpretação de toda a normativa infraconstitucional. Trata-se de uma modalidade de interpretação que dá maior respaldo à “força normativa da Constituição”,¹ possibilitando ao juiz “considerar insubsistentes normas ordinárias contrárias ao texto maior, através do mecanismo do controle difuso de constitucionalidade”².

A interpretação do direito civil conforme os princípios e valores constitucionais confirma o caráter hierárquico superior da Constituição em face dos demais dispositivos presentes num ordenamento jurídico. E o que é

¹ Para a perspectiva da força normativa da Constituição, ler Konrad Hesse. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

² Cf. Maria Celina Bodin de Moraes. *A caminho de um direito civil constitucional*. In: *Revista de Direito civil*. São Paulo, n. 65, p. 29, Jul./set. 1993.

mais importante: a interpretação civil-constitucional permite que institutos tradicionais do direito civil sejam repensados numa ótica que sobreleva os valores e princípios positivados na Constituição³ e faz, portanto, com que o direito civil seja “efetivamente transformado pela normativa constitucional.”⁴

Essa metodologia apresenta-se, sobretudo, dotada de critérios científicos rígidos, e a argumentação que a sustenta é rigorosa, não permitindo, pois, que a formulação genérica do ditame constitucional conduza ao “cepticismo e à afirmação de que todas as possíveis interpretações devem ser consideradas rigorosas, válidas e fundadas”, como bem salienta Pietro Perlingieri⁵. Isto porque, além de se tratar de uma interpretação vinculada ao “dado normativo”,⁶ não se prende apenas a determinado artigo, mas busca “a unidade do sistema, deslocando para a tábua axiológica da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil”⁷. Trata-se de uma interpretação sistemática da própria Constituição e também do ordenamento jurídico, que tem como normas fundamentais aquelas nela contidas. Partindo, pois, da premissa metodológica que entende que toda norma do ordenamento jurídico deva ser interpretada conforme os princípios e os valores constitucionais, chega-se à conclusão de que “a normativa fundamental passa a ser a justificação direta de cada norma ordinária que com aquela deve se harmonizar”⁸.

3. PREMISSAS PARA A COMPREENSÃO DO TEMA

a) Análise do ordenamento jurídico como um sistema

É importante ressaltar que esta metodologia, que entende as normas constitucionais diretamente aplicáveis às relações interprivadas, além de possuir critérios de interpretação para toda a legislação ordinária, tem como base a compreensão do ordenamento jurídico como um sistema que, como tal, deve ser interpretado harmonicamente.

³ Nesse sentido, Gustavo Tepedino. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 13.

⁴ Cf. Maria Celina Bodin de Moraes. *Op. cit.*, p. 29.

⁵ Pietro Perlingieri. *Perfis do direito civil - Introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 80.

⁶ *Idem*, p. 81.

⁷ Cf. Gustavo Tepedino. *Op. cit.*, p. 13.

⁸ Cf. Maria Celina Bodin de Moraes. *Op. cit.*, p. 26.

Sabe-se que todo ordenamento jurídico é complexo, formado por diversas fontes normativas. Para que esse conjunto seja lógico e compreensível para o aplicador do direito, impõe-se a existência de uma hierarquia entre as normas. Assim, dentro desses vários planos normativos, deve haver um que seja superior aos outros, em que será encontrada a norma suprema, que não depende de nenhuma outra para ser válida e que vai além, emprestando validade a todas as demais, de modo que elas possam coexistir em harmonia. No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição da República é a norma suprema e tem como precípua finalidade zelar pela unidade do sistema, resolvendo as antinomias jurídicas e sendo o critério integrador do ordenamento jurídico, que deve ser lógico e coerente⁹.

Só é possível tratar de unidade quando “se pressupõe como base do ordenamento uma norma fundamental com a qual se possam, direta ou indiretamente, relacionar todas as normas do ordenamento”,¹⁰ pois um “ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele *normas incompatíveis*”, já que “‘sistema’ equivale à validade do princípio que exclui a *incompatibilidade* das normas”¹¹.

A concepção do ordenamento jurídico como um sistema depende, antes, da existência de uma norma hierarquicamente superior a todas as outras, que unifique o sistema de tal forma que todos os preceitos normativos hierarquicamente inferiores a ela estejam absolutamente de acordo com seus princípios e valores¹².

b) Análise da Constituição brasileira como um sistema unitário

⁹ Cf. Pietro Perlingieri. *Op. Cit.*, p. 5, *verbis*: “...O ordenamento é unitário. A solução para cada controvérsia não pode mais ser encontrada levando em conta simplesmente o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas, antes à luz do inteiro ordenamento jurídico, e, em particular, de seus princípios fundamentais, considerados como opção de base que o caracterizam”.

¹⁰ Norberto Bobbio. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Campos. Brasília: UnB-Polis, 1989. p. 71.

¹¹ *Idem*, p. 80.

¹² Nesse mesmo sentido, posiciona-se Maria Celina Bodin de Moraes. *Op. cit.*, p. 24, *verbis*: “Acolher a construção da unidade (hierarquicamente sistematizada) do ordenamento jurídico significa sustentar que seus princípios superiores, isto é, os valores propugnados pela Constituição, estão presentes em todos os recantos do tecido normativo, resultando, em consequência, inaceitável a rígida contraposição direito público-direito privado. Os princípios e valores constitucionais devem se estender a todas as normas do ordenamento, sob pena de se constituir um ‘mondo in frammenti’, logicamente incompatível com a idéia de sistema unitário”.

A Constituição é um sistema de normas,¹³ porém não deve ser concebida “como norma pura, desvinculada da realidade social e vazia de conteúdo axiológico, mas uma estrutura, considerada como uma *conexão de sentido* o que envolve um conjunto de valores”. Outro aspecto indissociável do sentido de Constituição é seu caráter de unidade, já que “trata-se de um complexo, não de partes que se adicionam ou se somam, mas de elementos e membros que se enlaçam num todo unitário”¹⁴.

A Constituição da República brasileira apresenta-se como um sistema de normas que só sistematicamente pode ser corretamente interpretado¹⁵. Nenhum artigo, nenhum dispositivo legal poder ser entendido em sua particularidade. Até porque, se assim não for desenvolvida a interpretação, o jurista fatalmente não captará o verdadeiro sentido de um postulado, pois este não está isolado em si mesmo; pelo contrário, depende dos demais para que seja compreendido em sua total dimensão¹⁶.

A análise do artigo 170 da Constituição da República brasileira retrata a lógica com a qual foi construído o sistema constitucional. Portanto, possíveis perplexidades oriundas da comparação dos valores expressos em cada inciso não se apresentam insolucionáveis, uma vez que o Poder Constituinte cuidou de dissipá-las, dispondo no *caput* do próprio artigo quais são os princípios fundamentais que regerão os outros princípios posteriormente especificados. Conclui-se, pois, que a Ordem Econômica e Financeira está inteiramente subordinada à observância dos ditames da justiça social e à finalidade de assegurar a todas as pessoas uma existência digna.

E não há que se dizer que essas disposições tratam de conceitos jurídicos indeterminados, pois na leitura sistemática da Constituição tais conceitos se determinam, afinal eles também estão conexos com os

¹³ José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 21.

¹⁴ *Idem*, p. 35.

¹⁵ No mesmo sentido Luís Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1998. p. 128, *verbis*: “A Constituição, em si, em sua dimensão interna, constitui um sistema. Essa idéia de unidade interna da Lei Fundamental cunha um princípio específico, derivado da interpretação sistemática, que é o princípio da unidade da Constituição”.

¹⁶ Vide nota 9.

princípios fundamentais da República, contidos nos incisos dos artigos 1º, 3º e 5º da Constituição brasileira.¹⁷

Dessa forma, os princípios da dignidade da pessoa humana, da redução das desigualdades sociais e regionais, são critérios axiológicos sobre os quais se alicerça a norma fundamental e devem estar presentes em toda a hermenêutica, que tem por obrigação considerá-los antes de qualquer disposição oriunda de outra fonte normativa e, conseqüentemente, concretizá-los através de uma prática interpretativa sempre subordinada à legalidade constitucional.¹⁸

c) Análise da deficiência da clássica dicotomia entre Direito Público e Direito Privado e do fenômeno da socialização do Direito Civil

Atualmente, nega-se a grande dicotomia entre Direito Público e Direito Privado nos moldes clássicos em que esta divisão de conteúdo ficou conhecida. O que se nota é uma enorme dificuldade, no momento histórico e social hodierno, de situar um interesse particular que seja totalmente desvinculado do interesse público, ou mesmo um interesse público que não tenha como finalidade última a defesa de particulares em situações desprivilegiadas.¹⁹

Com o Estado intervindo cotidianamente na legislação, cai por terra a “summa divisio”, pela qual o “Direito Público é aquele emanado pelo Estado, voltado para objetivos de interesse geral”,²⁰ em oposição frontal ao

¹⁷ Cf. Gustavo Tepedino. *Op. cit.*, p. 15, *verbis*: “A ordem econômica prevista na Constituição não pode ser interpretada senão interligada aos seus princípios fundamentais, sob pena de aniquilar-se a técnica constitucional de fixação de princípios”.

¹⁸ Cf. Pietro Perlingieri. *Op. cit.*, p. 6 *verbis*: “O respeito aos valores e princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e o direito dos marginalizados, dos mais desfavorecidos”.

¹⁹ É nessa perspectiva que Luís Roberto Barroso, em *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 114, assinala: “Na esteira do Estado intervencionista, surtido do primeiro pós-guerra, incorporam-se à parte dogmática das Constituições modernas, ao lado dos direitos políticos e individuais, regras destinadas a conformar a ordem econômica e social a determinados postulados de justiça social e realização espiritual, levando em conta o indivíduo em sua dimensão comunitária, para protegê-lo das desigualdades econômicas e elevar-lhe as condições de vida em sentido mais amplo”.

²⁰ Michele Giorgianni. *O direito privado e suas atuais fronteiras*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. In: *Separata da Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.747, p. 38, Jan.,1998.

indivíduo. Atualmente, as intervenções estatais visam exatamente proteger o indivíduo em sua dimensão comunitária.²¹

Não há mais como sustentar que o Código Civil é o berço do protecionismo à pessoa porque a Constituição da República chama para si matérias que visam defendê-la precipuamente, seja nas relações proprietárias (cf. art. 170, III, entre outros), seja nas relações familiares (cf. art. 226 e seguintes), seja também nas relações contratuais interprivadas. Os indivíduos são vistos em sua dimensão comunitária principalmente quando o que se postula no texto constitucional é a defesa do interesse coletivo e, nesse caso, enquadra-se a defesa do consumidor (cf. art. 5º, XXXII, e art. 170, V).

Não existem mais matérias absolutamente públicas ou absolutamente privadas. Há matérias em que preponderam interesses públicos e outras em que preponderam interesses privados,²² mas há de ser notado que interesses públicos e privados estão imbricados; eles se correlacionam dentro de diversos institutos e, principalmente em nível constitucional.²³

O artigo 170 da Constituição trata dos princípios gerais da atividade econômica, cuidando de “assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social”, elegendo como princípio correlato, em seu inciso V, a “defesa do consumidor”. Percebe-se, portanto, que a própria Constituição escolhe valores sociais e existenciais, voltados para a tutela da dignidade humana, a fim de reger a atividade econômica.²⁴

Com o Direito Constitucional cuidando de matérias que seriam, conforme a divisão clássica, tipicamente de Direito Privado, firma-se o fim

²¹ Vide nota 19.

²² Cf. Pietro Perlingieri. *Op. cit.*, p. 54, *verbis*: “Existem institutos em que é predominante o interesse dos indivíduos, mas é, também, sempre presente o interesse da coletividade e público; e institutos em que, ao contrário, prevalece, em termos quantitativos, o interesse da coletividade, que é sempre funcionalizado, na sua íntima essência, à realização de interesses individuais e existenciais dos cidadãos”.

²³ *Idem*, *Op. cit.*, p. 6 *verbis*: “O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional”.

²⁴ *Idem*, p. 47 *verbis*: “A exigência de justiça social [...] assume o valor de uma escolha histórica e permanente, como patrimônio cultural comum de largas convergências ideais e como instrumento de eliminação de privilégios injustificados de qualquer natureza, não apenas econômica”.

da grande dicotomia entre Direito Público e Direito Privado,²⁵ fazendo com que este último também tenha seu conteúdo alargado.

Nesse sentido, afirma-se que ao Direito Privado, ao qual antes cabia tão-somente a tutela do indivíduo e de seus interesses patrimoniais – como a propriedade e a vontade manifestada contratualmente –, cabe agora a tutela do indivíduo imerso em uma sociedade onde seus direitos subjetivos estão funcionalizados. Assim, “publiciza-se” e “socializa-se” o Direito Privado e, na sua esteira, o direito civil.²⁶

4. TRANSFORMAÇÕES GERAIS NO DIREITO PRIVADO

A queda da máxima que apregoava uma grande dicotomia entre o Direito Público e o Privado, permitindo uma constante interpenetração entre esses dois clássicos ramos da ciência jurídica e o fenômeno da socialização do Direito Civil, está também correlacionada com um movimento deflagrado na Europa, no final do século XIX e no início do século XX, que resultou numa fuga dos códigos civis²⁷ de conteúdo axiológico absolutamente liberal.

O Código Civil brasileiro de 1916, embora promulgado no século XX, foi imbuído pela mesma ideologia que construiu o monumental Código de Napoleão. Este assegurava aos pactos estabelecidos por força de lei entre as partes contratantes que, livres para pactuar ou não, se o fizessem, estariam irremediavelmente presas à palavra dada, a fim de que os negócios jurídicos firmados fossem dotados de grande segurança e de que não fossem frustrados as previsões e os cálculos dos operadores.²⁸

Além de também consagrar, embora não expressamente, o princípio *pacta sunt servanda*, o Código Civil de 1916 tinha ainda aspirações de longevidade e estabilidade. Tratava-se da “Constituição de Direito

Privado”²⁹ brasileira, procurando, pois, abarcar todas as situações, “todos os possíveis centros de interesse jurídico de que o sujeito privado viesse a ser titular”.³⁰ Mas a pressão dos fatos sociais trazidos pelas duas Grandes Guerras que marcaram o século XX e pela transformação de uma economia estável numa economia flutuante, em razão das oscilações do mercado e da moeda, fez com que esse Código não desse mais conta de disciplinar juridicamente as novas pendências trazidas pelas mudanças sociais.

Começa, portanto, também no Brasil, a partir dos anos 30, um movimento de descodificação do Direito Civil.³¹ As necessidades emergentes fazem com que o Estado passe a intervir na economia através de novas leis, visando, muitas vezes, proteger o contratante mais fraco dos perigos que a liberdade positivada pelo Código Civil lhes traria nesse novo momento social.³²

O Código de Defesa do Consumidor é fruto do intervencionismo estatal no âmbito das obrigações e dos contratos. O dirigismo contratual apresenta-se notoriamente neste estatuto, pois a vontade das partes contratantes está subordinada ao ditame legal que visa tutelar o contraente vulnerável, mesmo contra sua vontade.³³

O Código do Consumidor, de maneira específica, firma princípios como o da boa-fé objetiva e o da preservação do equilíbrio das prestações entre os contratantes no decorrer da relação contratual. Tais princípios, além de demonstrarem que o Direito Civil se socializou, adequam-se

²⁹ Esta observação de Michele Giorgianni. *Op. cit.*, p. 41, acerca das codificações civis do início do século XIX também pode ser feita em relação à codificação civil brasileira de 1916.

³⁰ Gustavo Tepedino. *Op. cit.*, p. 3.

³¹ São bastante pertinentes os comentários de João de Matos Antunes Varela. *Op. cit.*, p. 500, sobre o movimento de descodificação do Direito Civil, *verbis*: “O novo jurista, sob a pressão dos factos, passou a venerar a lei - as leis especiais - como uma espécie de *deuses domésticos de mares* dos grupos sociais, mais próximos das *realidades concretas* da vida, mais *acessíveis* às preces de cada cenáculo político, mais *permeáveis às idéias força* do mundo contemporâneo”.

³² Para Orlando Gomes. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 6: “O propósito de dar ao equilíbrio social sentido mais humano e moralizador conduziu à política legislativa para vigorosa limitação da autonomia privada”.

³³ Referindo-se ao Código de Defesa do Consumidor, Antônio de Pádua Ferraz Nogueira. *Considerações sobre os princípios do código de defesa do consumidor*. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 762, p. 28, abril, 1999, diz: “Composto de normas de ordem pública e de interesse social, consequentemente inderrogáveis por vontade das partes e cogentes, deu amplitude transcendental às disposições típicas de Direito Privado...”

²⁵ Cf. Michele Giorgianni. *Op. cit.*, p. 44, *verbis*: “A posição e a defesa dos indivíduos e dos grupos no seio da sociedade estatal são agora confiados a instrumentos que escapam do campo do Direito Privado, pertencendo decididamente ao Direito Público”.

²⁶ *Idem*, p. 45, *verbis*: “Com a forma da ‘publicização’ e da ‘socialização’ se quer indicar que o domínio do particular no terreno da economia, como era consagrado pelos códigos oitocentistas, é cada vez mais insidiado pelos poderes públicos”.

²⁷ Cf. João de Matos Antunes Varela. *O movimento de descodificação do direito civil*. In: *Estudos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 49-531, *passim*.

²⁸ Nesse sentido, Enzo Roppo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 34-35.

perfeitamente à diretriz constitucional de tutela da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), de redução das desigualdades sociais (art. 3º, III), de conformidade com os ditames da justiça social (art. 170, *caput*) e com a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, e art. 170, V).

Assim, a unidade do ordenamento jurídico é confirmada, uma vez que os princípios positivados no âmbito do estatuto consumerista são absolutamente coerentes com os princípios e valores constitucionais, razão de sua absoluta adequação ao sistema jurídico brasileiro.³⁴

4.1. Inovações trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) e o seu confronto com o Código Civil brasileiro de 1916

A mudança de rota trazida pela Lei nº 8.078, de 11.09.90 (CDC), no que diz respeito à revisão de prestações excessivamente onerosas para o consumidor durante a execução do contrato, está intimamente relacionada com as transformações vividas pelo Direito no decorrer deste século e com a transição de um Estado Liberal individualista, garantidor da autonomia e da liberdade contratual para um Estado Social solidarista, que intervém nas relações contratuais para proteger a parte mais fraca e oprimida na sociedade de massas.³⁵

O contrato, tal como concebido na acepção do *Code*, aceito pelo Código Civil brasileiro de 1916 – em que ambas as partes, em situação de igualdade econômica e jurídica e no gozo pleno de suas liberdades, pactuavam, e o que constasse desse pacto faria lei entre tais partes –, não é mais o modelo preponderante na sociedade atual, em que os contratos de consumo são a grande maioria dessa categoria jurídica firmados no cotidiano de mercado.³⁶ Sabe-se, ainda, que a maioria dos contratos de consumo são contratos de adesão, cuja parte fornecedora de bens e serviços já possui um contrato-padrão, por ela previamente elaborado “para uma massa homogênea

³⁴ Vide nota 9.

³⁵ No mesmo sentido, Paulo Luiz Neto Lôbo. *Contrato e mudança social*. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 722, p. 43, dez., 1995, *verbis*: “A teoria do negócio jurídico, enquanto exclusivamente forma e estrutura, adapta-se residual e limitadamente apenas aos contratos em que há igualdade efetiva de *bargain power* entre as partes, mas é completamente imprópria para os contratos de massa ou dirigidos e protegidos pelo legislador, como, por exemplo, nas relações de consumo, que absorvem quase todas as atividades econômicas de relevo”.

³⁶ Este é o pensamento de Antônio Herman Benjamin, manifestado na apresentação do livro *Contratos no código de defesa do consumidor*, de Cláudia Lima Marques.

e indiferenciada de contrapartes”,³⁷ diante do qual a parte consumidora só tem duas alternativas: não aceitar aquele “acordo” pré-redigido, ou aceitá-lo em bloco, sem poder discuti-lo. A segunda opção ocorre corriqueiramente em virtude de o produto ou de o serviço oferecido pelo predisponente ser de tanta valia para o consumidor que ele não tem outra opção senão adquiri-lo naquelas condições previamente fixadas.³⁸

Ainda que o “acordo de vontades” não seja propriamente de adesão, existem outras peculiaridades nas relações de consumo que dão ensejo a uma proteção especial dirigida à parte consumidora, que é considerada vulnerável (art. 4º, I, do CDC).

Segundo Cláudia Lima Marques,³⁹ a vulnerabilidade do consumidor pode ser técnica “quando o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo”, ou sobre o serviço que lhe está sendo prestado. Existe também a vulnerabilidade científica, que “é a falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia”, e ainda “a vulnerabilidade fática ou sócio econômica”, que ocorre quando o prestador de bens ou serviços, “por sua posição de monopólio fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam”.

Toda essa desvantagem contratual sofrida pelo consumidor é consequência natural da sociedade industrializada, em que a produção e a distribuição de produtos, a prestação de serviços e o consumo de tais produtos ou serviços ocorrem numa fluência própria da sociedade de massas, na qual tanto a produção quanto o consumo são muito acelerados.⁴⁰

Na época em que o Código Civil brasileiro foi redigido, as relações contratuais eram personalizadas, as trocas não ocorriam de maneira tão célere, sendo mais bem refletidas pelas partes contratantes que se relacionavam pessoalmente, discutindo os termos da avença.

A vontade dos contratantes e suas aspirações psíquicas eram elementos essenciais para que um contrato fosse válido. Se tal vontade fosse maculada por alguns dos vícios do consentimento previstos pelo Código

³⁷ Enzo Roppo. *Op. cit.*, p. 302.

³⁸ Para uma ampla noção acerca dos contratos de adesão, vide Cláudia Lima Marques. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 52-58, *passim*.

³⁹ *Idem*, p. 147-149.

⁴⁰ Enzo Roppo. *Op. cit.*, *passim*.

Civil, tal contrato poderia vir a ser anulado, uma vez que suas conseqüências deveriam “ser perfeitamente conformes às representações mentais das partes”⁴¹. A vontade manifestada pelos pactuantes era a grande disciplinadora das relações contratuais firmadas nesse período.

Atualmente, ocorre uma redução da importância do papel da vontade psíquica das partes contratantes, ao mesmo tempo em que ganha relevo a vontade por elas declarada, bem como a confiança depositada no vínculo dá respaldo às manifestações exteriores e socialmente reconhecíveis. Assim, “a declaração de vontade é eficaz, ainda quando não corresponda à vontade interna do declarante, se o destinatário não souber, ou não puder saber, que não corresponde à vontade”⁴². Sobrelevam-se, portanto, os elementos objetivos que construíram dada relação contratual e não os elementos subjetivos. Aliás, não poderia ser diferente. A “despersonalização das relações contratuais” e o “automatismo na atividade destinada a constituí-las”⁴³ geram a necessidade de uma teoria do contrato que venha a tutelar a confiança depositada pelos contratantes no pacto. Mas essa tutela ocorrerá de maneira objetiva, considerando-se a vontade declarada⁴⁴.

O chamado dogma da vontade, implicitamente presente em nosso Código Civil, baseava-se no entendimento de que, numa relação contratual, ambos os pactuantes agem na autonomia de seu querer. Sempre ao lado do princípio da autonomia da vontade estava o princípio da ampla liberdade de contratar.

Hodiernamente, não se pode dizer que um princípio esteja interligado ao outro. Diversamente, a livre manifestação da vontade de contratantes com poderes de barganha absolutamente desiguais gera, na prática, a escravização do técnico ou economicamente mais

fraco.⁴⁵ Nesse sentido, é irrefutável a afirmação de Henri Lacordaire⁴⁶: “entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta”.

O Código do Consumidor atua no sentido de equalizar a situação de desigualdade entre os contratantes, intervindo na economia do contrato, a fim de restaurar o seu equilíbrio perdido em razão de as partes serem substancialmente desiguais.

Nesse propósito, o CDC reconhece em seu art. 6º, inciso V, 2ª parte, o direito básico do consumidor à revisão de cláusulas contratuais em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas. Observe-se que o referido artigo trata de um direito do consumidor e não do fornecedor do produto ou do prestador de serviço. É notório o protecionismo à parte contratualmente mais fraca.⁴⁷

O Código Civil brasileiro de 1916, reflexo do individualismo liberal que pregava a obrigatoriedade irrestrita dos contratos, jamais tratou da revisão desse ajuste se circunstâncias supervenientes tornassem a prestação avençada excessivamente onerosa. Nem mesmo a doutrina da velha cláusula *rebus sic stantibus* foi por ele adotada. “Numa economia agrária, com moeda estável, não haveria por que sugerir-se a adoção dessa cláusula, vigorante apenas em épocas de crise.”⁴⁸

5. CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* E TEORIA DA IMPREVISÃO

A expressão *rebus sic stantibus* é a simplificação do brocardo latino *contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*, que significa: “os contratos que têm trato

⁴¹ Enzo Roppo. *Op. cit.*, p. 297.

⁴² Orlando Gomes. *Op. cit.*, p. 14.

⁴³ São expressões de Enzo Roppo. *Op. cit.*, p. 302.

⁴⁴ *Idem*, p. 298, *verbis*: “Num sistema caracterizado pela produção, distribuição e consumo em massa, o primeiro imperativo é, de facto, o de *garantir a celeridade das contratações, a segurança e a estabilidade das relações*: mas estes objectivos requerem, justamente, que as transacções sejam tomadas e disciplinadas na sua objectividade, no seu desenvolvimento típico; eles são, portanto, incompatíveis com a atribuição de relevância decisiva à vontade individual, às particulares e concretas atitudes psíquicas dos sujeitos interessados na troca, numa palavra, com a teoria da vontade”.

⁴⁵ Ana Prata. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, p. 77. A autora faz importantes observações a esse respeito que merecem ser transcritas, *verbis*: “[...] Não só a autonomia privada (no sentido jurídico e, portanto, econômico) e liberdade não são conceitos confundíveis, como são, em grande medida, conceitos antinômicos. Na medida em que não exista uma real igualdade econômica ou contratual nos sujeitos contratantes, a livre manifestação das suas vontades corresponderá necessariamente ao exercício de ‘liberdades’ qualitativamente muito diversas”.

⁴⁶ Citado por Paulo Luiz Neto Lôbo. *Op. cit.*, p. 42.

⁴⁷ Cf. Cláudia Lima Marques. *Op. cit.*, p. 413.

⁴⁸ Clóvis Veríssimo do Couto e Silva. *O código civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro*. In: *Revista AJURIS*, da Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, v.14, n. 40, p. 136, 1987.

sucessivo ou são a termo, ficam subordinados, a todo tempo, ao mesmo estado de subsistência das coisas”⁴⁹.

“Define-se *rebus sic stantibus* a cláusula subentendida, ou implícita, em todo contrato, em virtude da qual a execução deste depende da permanência da mesma vontade dos contraentes no momento em que celebraram, i.e., sem superveniência de fato que provoque um desequilíbrio de prestação em desfavor de um dos contratantes e que lhe não possa ser imputado.”⁵⁰

Há controvérsias sobre a origem da cláusula. Alguns entendem que ela adveio dos canonistas medievais⁵¹, mas há quem sustente que suas origens remontam ao direito romano.⁵²

Não obstante tais controvérsias, sabe-se que a aplicação da cláusula nos contratos de execução diferida ou sucessiva teve, no passado, seu apogeu no século XVIII.⁵³ Com a Revolução Francesa e a instauração do Estado Liberal individualista, que se apoiava na máxima *pacta sunt servanda*, a cláusula entrou em decadência, mas recuperou paulatinamente seu espaço à medida que as vicissitudes sociais voltaram a clamar pela sua aplicação.

Assim, no intuito de “atender às modificações imprevisas no meio social e econômico, decorrentes da guerra”,⁵⁴ em 1918 a França promulgou a *Loi Failliot*, a fim de coibir “os benefícios desarrazoados a um contratante, em prejuízo do outro”⁵⁵.

Também, vários juristas passaram a desenvolver idéias acerca do tema ora versado e construíram, cada qual com sua peculiaridade, o que modernamente é conhecido como “teoria da imprevisão”.

⁴⁹ Paulo Carneiro Maia. *Cláusula rebus sic stantibus*. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 15, p. 137.

⁵⁰ José Maria Othon Sidou. *Rebus sic stantibus*. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 63, p. 293.

⁵¹ Nesse sentido Paulo Carneiro Maia. *Op. cit.*, p. 125, e Arnaldo Medeiros da Fonseca. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 198.

⁵² Nesse sentido José Maria Othon Sidou. *Op. cit.*, p. 294.

⁵³ Arnaldo Medeiros da Fonseca. *Op. cit.*, p. 199.

⁵⁴ *Idem*, p. 202.

⁵⁵ Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. 3, p. 109.

As teorias que se apóiam na idéia de que a ocorrência de acontecimentos imprevisíveis não se coaduna com a vontade das partes presente no momento da contratação e, tornando a prestação anteriormente pactuada excessivamente onerosa, levaria a parte prejudicada a buscar a resolução ou a revisão do contrato, são teorias com fulcro na idéia de imprevisão. A imprevisibilidade das circunstâncias que surgem no momento da execução do contrato é que vai dar ensejo à sua resolução ou revisão.

5.1. A teoria da pressuposição de Windscheid

Em meados do século XIX, Windscheid⁵⁶ formulou a primeira teoria nesse sentido. Esse pandectista entendeu que, quem manifesta sua vontade sob certo pressuposto quer, à semelhança de quem emite uma vontade condicionada, que o efeito jurídico venha a existir apenas em certo estado de relações. Trata-se da teoria da pressuposição, em que o contratante emite sua vontade na “pressuposição” – ainda que unilateral e, portanto, desconhecida do outro contratante – de que as circunstâncias no momento da execução serão iguais às do momento da contratação. Confiando, pois, nessa pressuposição, a parte emite sua vontade. Se tal pressuposição frustrar-se, haverá motivo para resolver ou modificar a avença.

A teoria de Windscheid chegou a constar do Projeto do Código Civil alemão, mas foi rechaçada na sua elaboração final, em 1896.⁵⁷

A maior crítica que recai sobre tal teoria é o fato de uma pressuposição não manifestada, absolutamente unilateral, ter o poder de desestabilizar uma operação jurídica.⁵⁸ Observe-se, porém, que, apesar de não-positivada, a teoria da pressuposição foi, e ainda é, objeto de discussão. Ela constitui o manancial a partir do qual todas as outras teorias, que têm fulcro na idéia da imprevisão, foram elaboradas, desde a metade do século XIX e durante o século XX. Há de se salientar, à guisa de elucidação, que as teorias baseadas na imprevisão visavam, prioritariamente, resolver o contrato em razão da onerosidade superveniente⁵⁹ e não readaptá-lo às novas

⁵⁶ Bernardo Windscheid. *Diritto delle pandette*. Tradução de Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Torino: Torino Editrice, 1930. p. 333-334.

⁵⁷ Cf. José Maria Othon Sidou. *A revisão dos contratos e outras figuras jurídicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 36.

⁵⁸ Karl Larenz. *Base del negocio juridico y cumplimiento de los contratos*. Tradução de Carlos R. Fernández Rodríguez. Madrid: Revista de Derecho Privado. p. 22.

⁵⁹ Cf. Cláudia Lima Marques. *Op. cit.*, p. 415.

circunstâncias como faz, contemporaneamente, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

5.2. A teoria da quebra da base objetiva do negócio jurídico de Larenz

Já no século XX, Larenz formulou sua teoria da quebra da base do negócio jurídico e subdividiu a chamada “base” em objetiva e subjetiva: “são duas figuras por completo independentes, enquadrando-se a primeira no tratado do erro e nos motivos e, a outra, no campo da boa fé objetiva, do fim do contrato e da impossibilidade da prestação”.⁶⁰

No Brasil, a questão do erro é tratada pelo Código Civil dentro dos defeitos do negócio jurídico, que geram nulidades, portanto a análise da teoria da quebra da base subjetiva do negócio jurídico não se coaduna com o tema central deste estudo.

Demonstra-se relevante a investigação da teoria da quebra superveniente da base objetiva do negócio jurídico, aludida em inúmeros julgados dos Tribunais brasileiros.⁶¹ Ao tratar da quebra da base objetiva do negócio jurídico, Larenz aduz que “um contrato não pode subsistir como regulação dotada de sentido: quando a relação de equivalência entre

⁶⁰ Cf. Carlos R. Fernández Rodríguez, na apresentação do livro *Base del negocio juridico y cumplimiento de los contratos* de Karl Larenz. p. XVI. [traduziu-se].

⁶¹ Dentre eles, julgados do STJ como o Recurso Especial nº 73.370-AM. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, de 21.9.95, cuja ementa se transcreve, *verbis*: PROMESSA DE COMPRA E VENDA. Resolução. Fatos supervenientes. Inflação. Restituição.

“**A modificação superveniente da base do negócio, com aplicação de índices diversos para a atualização da renda do devedor e para a elevação do preço contratado, inviabilizando a continuidade do pagamento, pode justificar a revisão ou a resolução judicial do contrato, sem ofensa ao artigo 6º da LICC. A jurisprudência desta 4ª turma permite a retenção, pela promitente vendedora, de parte do preço pago, aplicando a regra do artigo 924 do Código Civil. Esse recurso é conhecido, em parte, pela divergência, e nessa parte provido para permitir a retenção de 20% das prestações pagas, considerando o seu pequeno valor, em relação ao negócio total.**” [grifou-se].

Também, Recurso Especial nº 135.151-RJ. Relator: Ruy Rosado de Aguiar, de 08.10.97, cuja ementa se transcreve, *verbis*: “PROMESSA DE COMPRA E VENDA. Fato superveniente. Ação de modificação do contrato. Plano cruzado. Correção monetária. Celebrado o contrato de promessa de compra e venda, com prestações diferidas, sem cláusula de correção monetária, durante o tempo de vigência do Plano Cruzado, quando se esperava debelada a inflação, **a superveniente desvalorização da moeda justifica a revisão do contrato, cuja base objetiva ficou substancialmente alterada**, para atualizar as prestações de modo a refletir a inflação que acontecia depois da celebração do negócio. Precedente. Recurso conhecido e provido” [grifou-se].

prestação e contraprestação que nele se pressupõe tenha se destruído em tal medida que já não se possa falar racionalmente de uma ‘contraprestação’”.⁶² Também, a base objetiva do negócio estará quebrada, tornando justificável a alteração do avençado “quando a finalidade objetiva do contrato, expressa em seu conteúdo, tenha resultado inalcançável, ainda quando a prestação do devedor seja todavia possível”.⁶³

Segundo Orlando Gomes, ao tecer comentários sobre a obra de Larenz, “pouco importa que as partes tenham pensado, ou não, na existência ou persistência, das circunstâncias. A representação mental é indiferente. Põe-se o problema, conseqüentemente, em termos objetivos”.⁶⁴ Mais adiante, o saudoso jurista baiano assevera que, “segundo, pois, a teoria de Larenz, o contrato se desfaz se fica desprovido de sua base, ou perde o sentido, em consequência de uma alteração das circunstâncias, *previsíveis, ou não*”.⁶⁵

Embora não se partilhe da impressão de que a teoria de Larenz dispensa o elemento da imprevisibilidade para viabilizar a resolução ou a revisão do pacto – pois o próprio autor menciona não poderem ser tais transformações supervenientes previsíveis, porque, sendo assim, fariam parte do risco assumido no contrato⁶⁶ – parece que a teoria da base objetiva do negócio jurídico influenciou o legislador brasileiro na formulação do artigo 6º, inciso V, 2ª parte do Código de Defesa do Consumidor, por considerar que fatores objetivos como a perda da equivalência das prestações e a frustração da finalidade do contrato podem dar ensejo à sua revisão.

A difusão da teoria de Larenz tem contado com a jurisprudência, que lhe dá aplicação prática. Na Alemanha, por exemplo, a jurisprudência, desde os primeiros anos do pós-guerra, declarou-se partidária “de uma equivalência social das prestações aferida pelo juiz”.⁶⁷

⁶² Karl Larenz. *Op. cit.*, p. 170 [traduziu-se].

⁶³ *Idem*, *op. loc. cit.* [traduziu-se].

⁶⁴ Orlando Gomes. *Op. cit.*, p. 101.

⁶⁵ *Idem*, *Op. cit.*, p. 103. [grifou-se].

⁶⁶ Cf. Karl Larenz. *Op. cit.*, p. 169, *verbis*: “... A desapareção da base objetiva do negócio não pode ser levada em conta quando o acontecimento que a produz fosse previsível, já que, em tal caso, as partes poderiam ter tomado medidas e, na falta destas, deve-se considerar assumido o risco pela parte afetada”. [traduziu-se]; também na p. 144, *verbis*: “Somente desaparecerá a indispensável base do contrato (em sentido objetivo) quando uma perturbação da relação de equivalência por um acontecimento imprevisível seja de tal magnitude que esta resulte totalmente destruída, isto é, que o contrato, confrontado com seu sentido original, já não possa qualificar-se racionalmente de bilateral.” [traduziu-se].

⁶⁷ Cf. Franz Wieacker. *História do direito privado moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. p. 609.

Também no Brasil, apesar de sequer ter o Código Civil positivado a teoria da imprevisão como um princípio geral, encontram-se julgados anteriores aos do STJ, que já revisavam o contrato com fundamento na quebra de sua base objetiva.

“Revisão judicial do contrato bancário de financiamento de produção agrícola. Caracterizada a onerosidade excessiva por fato superveniente, qual seja a desvalorização do produto agrícola financiado em face ao valor do índice de correção monetária, resta rompida a base negocial e a comutatividade. Contrato de financiamento a produção, em que a instituição financeira é o agente financiador e o financiado (agricultor) o agente produtor. Risco negocial que deve ser suportado por ambos os agentes. Revisão contratual deferida determinando o reajuste do valor do débito pelo preço de mercado do arroz.” (TARS – AC 193.084.233 - 4ª CCiv - Rel. juiz Márcio Oliveira Puggina – j. 26.08.1993).⁶⁸

“Revisão judicial de contrato. Índice oficial e oscilação do produto financiado. Onerosidade excessiva. TRD. É legal o uso da TRD como índice de correção monetária, entretanto, a notória desproporção entre o valor do financiamento corrigido por tal índice e a valorização do produto financiado gera onerosidade excessiva. Quebra da base jurídica do negócio e da comutatividade” (TARS – AC 193.167.582 - 4ª CCiv - Rel. juiz Ari Darci Wachloz – j. 30.06.1994)⁶⁹.

6. O CARÁTER NORMATIVO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

As constituições liberais do século XIX disciplinavam somente o poder estatal de forma restrita, ao mesmo passo em que atribuíam maior

⁶⁸ Juris Síntese. Legislação e Jurisprudência. São Paulo: Sonopress Rimo Indústria e Comércio Fonográfico Ltda. CD ROM nº 11, maio/junho de 1998.

⁶⁹ *Idem*.

espaço para os direitos civis e políticos dos indivíduos.⁷⁰ No entanto, a crise do Estado Liberal fez com que surgissem constituições voltadas também para o interesse social e não só para os direitos individuais, ressaltando-se que a Constituição de Weimar⁷¹ propiciou o auge de uma “batalha doutrinária travada por duas teses constitucionais: uma, a do Estado liberal, em decadência; outra, a do Estado social, em ascensão”⁷².

Esta batalha teve como consequência o nascimento de constituições “obscuras, equívocas, contraditórias”, marcadas pela “instabilidade” e pelo “compromisso”.⁷³ Assim, pode-se afirmar que “a trégua constitucional no conflito ideológico se fez unicamente em razão das fórmulas programáticas, introduzidas nos textos das Constituições, sendo paradigma maior desta criação teórica a Constituição de Weimar”⁷⁴. Desse modo, acirrou-se a discussão acerca do caráter normativo e jurídico das chamadas *normas programáticas*.⁷⁵

Contemporaneamente, grande parte dos juristas que se dedicam especialmente ao estudo do Direito Constitucional tem considerado o caráter normativo e jurídico de *todas* as normas constitucionais.⁷⁶

⁷⁰ Paulo Bonavides. *Direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p.187-188, *verbis*: “...A brevidade das Constituições liberais derivava sem dúvida de sua inteira indiferença ao conteúdo e substância das relações sociais. A Constituição, que não podia evitar o Estado, ladeava, contudo, a Sociedade, para conservá-la por esfera imune ou universo inviolável de iniciativas privatistas: era uma Sociedade de indivíduos e não de grupos, embebida toda numa consciência antioletivista. À Constituição cabia tão-somente estabelecer a estrutura básica dos estados, a espinha dorsal de seus poderes e respectivas competências, proclamando na relação indivíduo-Estado a essência dos direitos fundamentais relativos à capacidade civil e política dos governados, os chamados direitos da liberdade”.

⁷¹ *Idem*, p. 196. Registre-se que a Constituição de Weimar é considerada a primeira constituição que concede abertura para os direitos sociais no século XX.

⁷² *Idem*, p. 190.

⁷³ *Idem*, p. 190-191.

⁷⁴ *Idem*, p. 191.

⁷⁵ *Idem*, p. 196, *verbis*: “O problema do constitucionalismo contemporâneo, no presente quadro interpretativo das formulações doutrinárias sobre o caráter de normatividade das Constituições, se concentra principalmente em determinar o caráter *jurídico* ou não das normas programáticas e sobretudo o grau de eficácia e aplicabilidade de todas as normas da Constituição”.

⁷⁶ Assim, Konrad Hesse. *A força normativa da constituição, passim*; Joaquim José Gomes Canotilho. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1977. p.174; José Afonso da Silva, *passim*; Luís Roberto Barroso. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas, passim*; Luís Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da constituição, passim*.

De maneira especial, vêm sendo tratadas as normas constitucionais que consubstanciam princípios, pois “os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas”⁷⁷.

“A palavra *princípio* é equívoca. Aparece com sentidos diversos. Apresenta a acepção de *começo*, de *início*. *Norma de princípio* (ou *disposição de princípio*), por exemplo, significa norma que contém o início ou esquema de um órgão, entidade ou programa, como são as *normas de princípio institutivo* e as *de princípio programático*. Não é nesse sentido que se acha a palavra *princípios* da expressão *princípios fundamentais do Título I da Constituição*. *Princípio* aí exprime a noção de ‘mandamento nuclear de um sistema’.”⁷⁸

7. ANÁLISE DO ARTIGO 6º, INCISO V, 2ª PARTE, DO CDC SOB A PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL E CONCLUSÕES

A partir da análise do dispositivo que prevê o direito do consumidor de pleitear a revisão do contrato em que for parte, se, em virtude de circunstâncias supervenientes ao momento do ajuste, este se tornar excessivamente oneroso, conclui-se que:

A revisão contratual recairá, preponderantemente, sobre os contratos a termo ou naqueles que tiverem prestações duradouras, sejam elas de execução continuada, sejam com trato sucessivo,⁷⁹ porque estas estão sujeitas a enfrentar as vicissitudes trazidas por novos fatos ocorridos entre os momentos da contratação e da execução.

Também, é pacífico que o consumidor não poderá ser o culpado pelas tais circunstâncias supervenientes. Caso contrário, seria possível usar de um artifício para descumprir o compromisso assumido.⁸⁰

A questão que gera controvérsia é a afirmação de alguns autores de que o artigo 6º, inciso V, 2ª parte do Código de Defesa do Consumidor, teria

⁷⁷ José Afonso da Silva. *Op. cit.*, p. 142.

⁷⁸ José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 95.

⁷⁹ Consoante ensinamentos de João de Matos Antunes Varela. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1998. v.1, p. 80.

⁸⁰ Cf. Luís Renato Ferreira da Silva. *Revisão dos contratos: do código civil ao código do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 113-114.

finalmente positivado no direito brasileiro a cláusula *rebus sic stantibus* ou a teoria da imprevisão⁸¹.

Outros autores sustentam que o mencionado artigo não adota tal teoria, não exigindo, portanto, nem a imprevisibilidade nem a extraordinariedade do fato superveniente. Essencial para os que adotam essa argumentação é que tenha havido a quebra do equilíbrio contratual, ou que a finalidade do contrato tenha se frustrado.⁸²

Tais autores entendem que o Código de Defesa do Consumidor assumiu uma postura mais objetiva no que diz respeito à revisão contratual por circunstâncias supervenientes. Basta uma breve análise do artigo que postula tal possibilidade para se perceber que este não menciona qualquer requisito além da excessiva onerosidade presente: não se fala em previsibilidade ou imprevisibilidade, não há questionamentos acerca das intenções subjetivas das partes no momento da contratação.

O artigo 6º liberta-se das amarras subjetivistas que só possibilitavam a revisão ou resolução do contrato se o evento futuro, desencadeador da onerosidade excessiva, fosse totalmente imprevisível, como foi disposto no Código Civil italiano de 1942.⁸³ Também, o conteúdo do artigo sob análise

⁸¹ Nesse sentido, James Marins et al. *Código do consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 65. *verbis*: “Segunda modalidade de proteção contratual específica encartada neste artigo conhecida como Teoria da Imprevisão (artigo 6º, inciso V, segunda parte) ou, ainda, no brocardo latino, a denominada cláusula *rebus sic stantibus*, é a superveniência de onerosidade excessiva, vindo a sobrecarregar o consumidor, decorrente de acontecimentos supervenientes à contratação, insuscetíveis de terem sido previstos”.

Vide também José Geraldo Brito Filomeno et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 69. *verbis*: “Fica ainda definitivamente consagrada entre nós a cláusula *rebus sic stantibus*, implícita em qualquer contrato, sobretudo nos que impuserem ao consumidor obrigações iníquas ou excessivamente onerosas”.

⁸² Nesse sentido, Cláudia Lima Marques. *Op. cit.*, p. 413. *verbis*: “A norma do art. 6º do CDC avança ao não exigir que o fato superveniente seja imprevisível ou irresistível, apenas exige a quebra da base objetiva do negócio, a quebra do seu equilíbrio intrínseco, a destruição da relação de equivalência entre as prestações, ao desaparecimento do fim essencial do contrato”. Também, Luís Renato Ferreira da Silva, *Op. cit.*, *passim*.

⁸³ “Artigo 1467. *Contrato com prestações correspectivas*. Nos contratos de execução continuada ou periódica, bem como de execução diferida, se a prestação de uma das partes se torna excessivamente onerosa pela verificação de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, a parte que deve tal prestação pode demandar a resolução do contrato, com os efeitos estabelecidos no art. 1.458. A resolução não pode ser pedida se a onerosidade sobrevinda entra na álea normal do contrato. A parte contra a qual se pede a resolução

afasta-se do disposto no Projeto de Código Civil, em tramitação no Congresso Nacional.⁸⁴ Contudo, é importante a consideração de que as teorias baseadas na imprevisão se opuseram ao rigor contratual na medida do que lhes foi possível na transição de um direito estritamente liberal para um direito socializado e funcionalizado. Assim, numa sociedade onde reinava o *pacta sunt servanda*, este só poderia ter sua força minorada se o fato causador da excessiva onerosidade não pudesse ter sido previsto. Se houvesse a mínima possibilidade de previsão pela parte prejudicada, ela deveria assumir as conseqüências de pactuar sem se prevenir do pior. Afinal, entendia-se que o contrato resultava de uma manifestação absolutamente livre e consciente da vontade.

O atual fenômeno da objetivação do contrato exige que não sejam mais supervalorizadas as intenções subjetivas das partes no momento da contratação. Numa sociedade de massas, o contrato deverá estar mais sensível “ao que se manifesta no ambiente social, nas condições objetivas de mercado”.⁸⁵

É exatamente este o propósito do artigo 6º, inciso V, 2ª parte, do Código de Defesa do Consumidor: considerar os elementos objetivos presentes naquele ambiente social que fizeram com que o contrato perdesse a sua comutatividade ou sua finalidade e viabilizar sua revisão a partir da equalização das prestações. Assim, o contrato não se extingue, mas é restabelecido em novas condições, que tornam plausível seu adimplemento.⁸⁶

A revisão contratual positivada no artigo objeto desta análise visa restaurar o equilíbrio do contrato e tornar possível o alcance de sua finalidade objetiva. Nesse sentido, tal dispositivo recebeu influências da teoria da quebra da base objetiva de Larenz, avançando ainda mais por

pode elidi-la, oferecendo a modificação equânime das condições do contrato” [traduziu-se; grifou-se].

⁸⁴ A onerosidade excessiva é tratada no Projeto de Código Civil, nº 634, de 1975, na casa de origem, nos seguintes termos: “Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos **extraordinários e imprevisíveis**, poderá o devedor pedir a **resolução** do contrato” [grifou-se].

⁸⁵ Enzo Roppo. *Op. cit.*, p. 309.

⁸⁶ Nesse sentido, Cláudia Lima Marques. *Op. cit.*, p. 413, *verbis*: “[...] As teorias sobre a imprevisão sempre visaram prioritariamente a liberação do contratante supervenientemente debilitado, sua desobrigação, retirando assim do consumidor - ou pelo menos diminuindo a intensidade de - seu novo direito a manter o vínculo e ver criado o equilíbrio contratual original por atuação modificadora do juiz.”

desconsiderar por completo a previsibilidade ou a imprevisibilidade das transformações,⁸⁷ firmando-se, pois, no requisito objetivo da excessiva onerosidade superveniente. Por essa razão, pode-se dizer que o dispositivo em pauta contém positivada a “teoria da onerosidade excessiva”.⁸⁸

É pacífico, a partir do advento da Lei nº 8.078/90, que é direito do consumidor requerer a revisão judicial de seu contrato quando circunstâncias posteriores à contratação vierem a torná-lo excessivamente oneroso. Ao juiz caberá resolver inúmeros casos concretos dessa natureza, principalmente no momento atual, em que a desvalorização do real perante o dólar fez com que vários contratos de consumo com prestações duradouras, as quais flutuavam de acordo com o valor da moeda americana, se tornassem excessivamente onerosos e realmente impagáveis, a menos que haja uma revisão contratual para restaurar seu equilíbrio.⁸⁹

Para resolver questões dessa natureza, o intérprete deverá usar o ordenamento jurídico em todo o seu potencial.

Note-se bem. Não se trata de interpretação de um artigo, mas de um artigo inserido num ordenamento jurídico que constitui um sistema lógico e coerente. Portanto, há de se interpretar não o artigo em si, mas a norma jurídica, e esta “é fruto da sua colocação no âmbito do sistema. A norma nunca está sozinha, mas existe e exerce a sua função unida ao ordenamento”.⁹⁰

Sabe-se que a Constituição da República é o instrumento unificador do ordenamento jurídico, através dos princípios que ela elege como fundamentais, dos objetivos que ela considera essenciais e que se irradiam por todo o tecido normativo infraconstitucional, já que este deverá refletir os valores por ela eleitos.⁹¹ Ora, são valores sobre os quais se sustenta a ordem econômica e financeira brasileira, assegurar a todos uma existência digna conforme os ditames da justiça social, observado o princípio de defesa do consumidor, o qual se coaduna perfeitamente com os princípios fundamentais da República de tutela da dignidade humana, de redução das desigualdades sociais, bem como da pobreza e da marginalização.⁹²

⁸⁷ Vide nota 66.

⁸⁸ Esta expressão também é utilizada por Antônio Carlos Efig. *Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 85.

⁸⁹ Vide nota 97.

⁹⁰ Pietro Perlingieri. *Op. cit.*, p. 72.

⁹¹ Vide nota 9.

⁹² Vide item 6, especialmente as considerações de José Afonso da Silva constantes da nota 78.

Pois bem: o artigo 6º, inciso V, 2ª parte do CDC, que traz a lume controvérsias acerca da posituação da “teoria da imprevisão” ou da “teoria da onerosidade excessiva” simplesmente está inserido em um estatuto que reconhece a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (art. 4º, I), viabilizando e dando concretude aos princípios nos quais se funda a Ordem Econômica (art. 170 da Constituição da República), sempre com base na boa-fé e no equilíbrio das relações entre consumidores e fornecedores (art. 4º, III). O Código do Consumidor possui também objetivos bem definidos, como o atendimento das necessidades do consumidor, o respeito à sua dignidade e a proteção de seus interesses econômicos (art. 4º, *caput*).

Já em face desses princípios, que são também cânones interpretativos dentro do próprio estatuto consumerista, ao que tudo indica, a interpretação a ser dada pelo magistrado não é condizente com a teoria da imprevisão, mas sim com a teoria que exige simplesmente a onerosidade excessiva para viabilizar a revisão. Esta protege de forma mais intensa o consumidor, visto não exigir dele a prova da imprevisibilidade do fato ocorrido para que seja revisto o contrato⁹³. Entretanto, de acordo com a metodologia adotada, toda interpretação tem que ter o respaldo constitucional, “mesmo na presença de aparentemente perfeita subsunção a uma norma”,⁹⁴ neste caso específico, na presença de normas-princípios de uma lei especial, o Código do Consumidor⁹⁵.

⁹³ É importante observar que o Estado tem se manifestado no sentido de estender a revisão contratual a relações que não sejam abarcadas pelo Código do Consumidor. Trata-se de uma tendência que visa proteger o contratante em situação de vulnerabilidade, reinstaurando o equilíbrio entre as prestações, porventura perdido no decorrer da execução contratual. Nesse sentido, postula o artigo 1º, inciso II, da Medida Provisória nº 1.965-10, de 10 de janeiro de 2000, *verbis*: “São nulas de pleno direito as estipulações usurárias, assim consideradas as que estabeleçam: Nos negócios jurídicos não disciplinados pelas legislações comerciais e de defesa do consumidor, lucros ou vantagens patrimoniais excessivos, estipulados em situação de vulnerabilidade da parte, caso em que deverá o juiz, se requerido, restabelecer o equilíbrio da relação contratual, ajustando-os ao valor corrente, ou na hipótese de cumprimento da obrigação, ordenar a restituição, em dobro, da quantia paga em excesso, com juros legais a contar da data do pagamento indevido”.

⁹⁴ Maria Celina Bodin de Moraes. *Op. cit.*, p. 29.

⁹⁵ A fim de confirmar este raciocínio, mais uma vez, se recorre às lições de Pietro Perlingieri. *Op. cit.*, p. 79, *verbis*: “O direito especial tem sua peculiaridade e sua limitada autonomia, mas sempre derivada e vinculada pelas diretrizes e pelos valores do sistema. Uma praxe diversa representa uma degeneração do pluralismo e não a sua atuação. Somente diante da falta de uma constituição rígida poder-se-ia dizer que o direito especial é um ‘corpo autônomo de princípios, com espírito e diretrizes próprias’”.

A Constituição brasileira, em dois momentos distintos, assegura o princípio de defesa do consumidor: quando trata dos direitos e das garantias fundamentais do homem (art. 5º, XXXII) e quando cuida da ordem econômica (art. 170, V).

Ora, aceitar esse princípio interpretativo e concretizá-lo significa abandonar a tese dos que sustentam que o artigo 6º, inciso V, do CDC contém positivada a teoria da imprevisão. Este tipo de interpretação seria totalmente prejudicial ao consumidor que se veria obrigado a provar a imprevisibilidade dos fatos que geraram a excessiva onerosidade superveniente, contra argumentos de que, nos dias de hoje, até os tufões e terremotos são fenômenos previsíveis⁹⁶, ou que o insucesso do Plano Real também era previsível para o consumidor.⁹⁷

Note-se que adotar a primeira corrente aqui exposta – da teoria da imprevisão – seria infringir o *princípio constitucional de defesa do consumidor* para, ao contrário, condená-lo a provas muito difíceis de serem produzidas, o que poderia levá-lo à ruína. Diante de uma situação concreta de superveniente excessiva onerosidade, a exigência de tais provas é descabida, pois contraria ditames constitucionais: não só o de defesa do consumidor, mas todo o sistema constitucional desenvolvido a partir dos

⁹⁶ Luís Renato Ferreira da Silva. *Op. cit.*, p. 111.

⁹⁷ Importante ressaltar que, com o insucesso do Plano Real, inúmeros consumidores ajuizaram ações a fim de revisar seus contratos de financiamento ou de *leasing* inicialmente avançados com cláusula de reajuste vinculada à variação do dólar norte-americano, alegando excessiva onerosidade superveniente à contratação em virtude da superveniente e significativa majoração do dólar em face do real. Transcreve-se parte da ementa do TJRJ, na Apelação n. 16.564/99, 2ª Câmara Cível, datada de 15.02.2000, Relator: Des. Sérgio Cavaleri Filho, como exemplo de decisão que aplica corretamente o art. 6º, V, 2ª parte do CDC, dispensando a imprevisibilidade do fato superveniente, ocasionador da excessiva onerosidade, *verbis*: “O CDC, em seu art. 6, V, permite expressamente a revisão das cláusulas contratuais sempre que fatos supervenientes os tornarem excessivamente onerosos. **Ali não mais se exige que esses fatos supervenientes sejam imprevisíveis, como na clássica teoria da imprevisão**, bastando que sejam inesperados” [grifou-se]. Em sentido contrário, apresenta-se a decisão proferida também pelo TJRJ, na Apelação n. 20.890/99, 7ª Câmara Cível, datada de 27.04.2000, Relator: Des. Paulo Gustavo Horta, em ementa que transcreveremos na parte que interessa à análise que desenvolvemos, *verbis*: “Prevalência do *pacta sunt servanda*. A alta do dólar norte-americano em relação ao Real era, na época, situação fática econômica que, se não prevista, pelo menos admitida pelos especialistas financeiros, a afastar qualquer eiva de imprevisão ou desigualdade na formação do contrato. [...] Inaplicabilidade do art.6º, inciso V, da Lei 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor” [grifou-se].

princípios fundamentais eleitos pelo Constituinte, de zelar pela dignidade das pessoas, de reduzir desigualdades sociais.⁹⁸

Conclui-se, pois, que abandonar o requisito da imprevisibilidade é o “caminho interpretativo” que o magistrado deve, imperiosamente, percorrer nas relações contratuais de consumo. Esta caminhada hermenêutica “consiste em investigar quais são os critérios hierárquicos de valor, sobre os quais está fundada e pelos quais está inspirada a ordem jurídica positiva e servir-se deles para resolver o caso submetido à sua jurisdição”⁹⁹.

Dessa maneira, o preceito constitucional concretiza-se, e o Direito Civil também se renova por estar definitivamente em contínua relação com o Direito Constitucional.¹⁰⁰

8 RESUMO

A fim de compreender a interpretação civil – constitucional da segunda parte do artigo 6º, inciso V do CDC – que considera a excessiva onerosidade por motivos supervenientes à contratação motivo suficiente para revisar um contrato de consumo – constituiu-se um arcabouço teórico e metodológico para alcançar este objetivo.

Assim, tratou-se da Constituição da República brasileira como um sistema unitário, afastando também a clássica dicotomia entre Direito Público e Privado.

⁹⁸ Ressalte-se, conforme Pietro Perlingieri, *Op. cit.*, p. 11, que: “As normas constitucionais - que ditam princípios de relevância geral - são de direito substancial, e não meramente interpretativas; o recurso a elas, mesmo em sede de interpretação, justifica-se, do modo que qualquer outra norma, como expressão de um valor do qual a própria interpretação não pode subtrair-se. É importante constatar que também os princípios são normas”.

⁹⁹ José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 157.

¹⁰⁰ Cf. Pietro Perlingieri. *Op. cit.*, p.12, *verbis*: “...A normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores. Para o civilista apresenta um amplo e sugestivo programa de investigação que se proponha à atuação de objetivos qualificados: individuar um sistema de direito civil mais harmonizado aos princípios fundamentais e, em especial, às necessidades existenciais da pessoa; redefinir o fundamento e a extensão dos institutos jurídicos e, principalmente, daqueles civilísticos, evidenciando os seus perfis funcionais, numa tentativa de revitalização de cada normativa à luz de um renovado juízo de valor”.

Após confrontar as inovações trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor com o Código Civil de 1916 constatou-se que a “vontade” do consumidor não se manifesta plenamente em contratos de consumo que são, em sua grande maioria, de adesão.

Nesse sentido, o trabalho propõe uma visão objetivada do contrato possibilitando uma interpretação menos carregada de “voluntarismos” e subjetivismo” e mais voltada para a sua finalidade social e também para as expectativas que as partes contratantes depositaram nele.

As principais teorias desenvolvidas em torno da teoria da imprevisão também estão contidas neste trabalho que analisa as concepções de Windocheid e Karl Larenz para, ao final, entender que o código brasileiros de Defesa do Consumidor, embora recebendo influência de ambas, não acolhe nenhuma delas pois dispõe, pioneiramente, sobre a teoria da necessidade excessiva que dispensa o requisito da imprevisibilidade para rever o conteúdo de um contrato que, ao longo do tempo, se tornou excessivamente onerosos.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- APELAÇÃO n. 16.564/99, 2ª Câmara Cível, TJRJ, datada de 15.02.2000, Relator: Des. Sérgio Cavalieri Filho.
- APELAÇÃO n. 20.890/99, 7ª Câmara Cível, TJRJ, datada de 27.04.2000, Relator: Des. Paulo Gustavo Horta.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1998.
- BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcelos e. In: *Contratos no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 7-13.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Campos. Brasília: UnB-Polis, 1989.
- BONAVIDES, Paulo. *Direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1977.
- EFING, Antônio Carlos. *Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FILOMENO, José Geraldo Brito et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

- GIORGIANI, Michele. *O direito privado e suas atuais fronteiras*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. In: Revista dos Tribunais. São Paulo, v.747, p.35-55, Jan.1998.
- GOMES, Orlando. *Transformações gerais no direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.
- JURIS SÍNTESE: Legislação e jurisprudência. São Paulo: Sonopress Rimo Indústria e Comércio Fonográfico Ltda. (CD-ROM n. 11, maio/julho de 1998).
- LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Tradução de Carlos R. Fernandez Rodríguez. Madrid: Revista de Derecho Privado, [s.d.].
- LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Contrato e mudança social*. In: Revista dos Tribunais. São Paulo, n. 722, p.40-45, dez.,1995.
- MAIA, Paulo Carneiro. *Cláusula rebus sic stantibus*. In: Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1988. v.15, p. 281-293.
- MARINS, James et al. *Código do consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 1998.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n. 65, p.21-32, Jul., set., 1993.
- NOGUEIRA, Antônio de Pádua Ferraz. Considerações sobre os princípios do código de defesa do consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 762, p. 11-31, Abril, 1999.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. 3.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil – Introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1988.
- RECURSO ESPECIAL nº 73.370-AM. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, de 21.11.95.
- RECURSO ESPECIAL nº 135151-RJ. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, de 08.10.97.
- RODRÍGUEZ, Carlos R. Fernández. In: KARL, Larenz *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Madrid: Revista de Derecho Privado, [s.d.]. p. 15-34.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.
- SIDOU, José Maria Othon. *A revisão dos contratos e outras figuras jurídicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- SIDOU, José Maria Othon. *Rebus sic stantibus*. In: Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, v.63, p. 293-306, 1977.
- SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro*. In: Revista AJURIS, Porto Alegre: Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul, v.14, n. 40, p. 128-149, 1987.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos do código civil ao código do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- TEPEDINO, Gustavo José Mendes. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1988. v. 1.
- VARELA, João de Matos Antunes. *O movimento de descodificação do direito civil*. In: Estudos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- WIEACHER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenbian, 1967.
- WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle pandette*. Tradução de: Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Torino: Torino Editrice, [s.d.]. p. 333-334.

ASSISTÊNCIA JURÍDICA AOS CARENTES

Regel Antônio Ferrazza
Professor do Dep. de Direito da UFV
Mestre em Direito pela UFSC

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O acesso à justiça: concepções e dimensões na Constituição Federal de 1988. 2.1. Concepções do acesso à justiça. 2.2. Dimensões do acesso à justiça na constituição Federal de 1988. 3. A assistência jurídica integral e gratuita: obstáculos e os órgãos prestadores da assistência jurídica. 3.1. A Assistência Jurídica. 3.2. Obstáculos à assistência jurídica. 3.3. Órgãos prestadores da assistência jurídica. 3.3.1. A defensoria pública. 3.3.2. O Ministério Público. 3.3.3. Os advogados. 3.3.4. As Organizações Não-Governamentais – ONGs. 3.3.5. As faculdades de direito. 4. Considerações finais. 5. Resumo. 6. Referências bibliográficas.

PALAVRAS-CHAVE: acesso à justiça; assistência jurídica.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu como direito fundamental que o “Estado prestará assistência jurídica e integral aos que comprovarem insuficiência de recursos” (art. 5º, LXXIV), nominando, ainda, como função essencial à justiça a Defensoria Pública para prestar “orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados” (art. 134). As Defensorias Públicas – onde existem –, são de muita relevância, mas ainda não são suficientes para garantir o exercício da cidadania das pessoas carentes e propiciar um efetivo acesso à justiça.

Nesse sentido, no presente estudo objetivou-se fazer uma análise do acesso à justiça, principalmente através da assistência jurídica integral e gratuita, bem como verificar os obstáculos e as formas que esse relevante direito constitucional vem sendo prestado em nosso país.

2. O ACESSO À JUSTIÇA: CONCEPÇÕES E DIMENSÕES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2.1. Concepções do acesso à justiça

O termo “acesso à justiça” é usado, muitas vezes, simplesmente no sentido de acesso ao judiciário, bem como sinônimo de “assistência judiciária”. Isso acontece, talvez, porque, ao longo da história, as primeiras discussões sobre o acesso à justiça começaram através de assistência aos carentes. Entretanto, com o passar do tempo, esse conceito foi ampliado, e hoje o termo acesso à justiça está estreitamente ligado à efetividade dos direitos de cidadania.

CAPPELLETTI e GARTH, destacados estudiosos do acesso à justiça, mencionaram que a definição do termo acesso à justiça é difícil, mas que serve para determinar duas finalidades básicas no sistema jurídico, nos quais as “pessoas podem reivindicar seus direitos e, ou, resolver seus litígios sob os auspícios do Estado”. Na primeira, o sistema deve ser “igualmente acessível a todos”; na segunda, devem ser produzidos resultados que sejam “individual e socialmente justos”.¹

VERONESE abordou a significação do acesso à justiça sob duplo enfoque. O primeiro, *lato sensu*, ou seja, o “sociológico”, que seria “a concretização da justiça na sociedade como um todo, isto é, como sinônimo de justiça social”; o segundo, o “normativo”, que seria “a garantia de todos terem acesso à justiça, *stricto sensu*”.²

No estudo do acesso à justiça, deve-se privilegiar a justiça social, mas não se pode afastar os mecanismos formais, pois ambos são inter-relacionados na busca do efetivo acesso à justiça.

Para RODRIGUES, “a busca da compreensão da problemática do acesso ao Judiciário, vinculada, portanto, ao direito processual, vista dentro de um contexto mais amplo, qual seja, o da própria justiça social, dá-lhe um sentido diferenciado e possivelmente mais crítico”.³

WATANABE mencionou que “a problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites dos órgãos judiciais existentes. Não

¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 8.

² VERONESE, Josiane Rose Petry. Op. cit., p. 25.

³ RODRIGUES. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 28.

se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa”.⁴

Segundo CAPPELLETTI e GARTH, “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.⁵

Assim, através da conjugação desse duplo enfoque – justiça social e acesso ao judiciário – a temática do acesso à justiça passou a ter uma visão interdisciplinar. Os processualistas, filósofos, sociólogos e cientistas políticos elevam o acesso à justiça com temas ligados à concretização dos direitos fundamentais, sociais e da cidadania como mecanismo viabilizador da justiça social.

O despertar do interesse em torno do acesso efetivo à justiça e, conseqüentemente, às soluções práticas de seus problemas, levou a três posições básicas, sendo classificadas por CAPPELLETTI e GARTH em três grandes “ondas”.

A primeira delas foi a “assistência judiciária” destinada a prestar serviços jurídicos para os pobres. Sua concretização ocorreu com o despertar da consciência social, especialmente na década de 60, quando essa prerrogativa se tornou um dos principais assuntos nas reformas judiciárias, tanto que, no decorrer dos anos, esses sistemas de assistência judiciária foram grandemente melhorados.⁶

A segunda “onda” dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses difusos, chamados também de interesses coletivos ou grupais, forçando reflexões sobre noções tradicionais do processo civil e sobre o papel dos tribunais. A visão individualista do processo judicial está fundindo-se com uma concepção social e coletiva.⁷

A terceira “onda” é o chamado “enfoque de acesso à justiça” não só incluindo as duas primeiras ondas, mas também indo muito além delas, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso à justiça de modo mais articulado e compreensivo.⁸

⁴ WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel & WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1998. p. 128.

⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. cit., p. 12.

⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. cit., p. 31-35.

⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. cit., p. 49-51.

⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. cit., p. 31.

O novo enfoque do acesso à justiça inclui a advocacia judicial ou extrajudicial, seja por advogados públicos ou particulares, procurando melhorar as técnicas das duas primeiras ondas e centrando a atenção nas instituições, nos mecanismos, nas pessoas e nos procedimentos utilizados para processar e até mesmo prevenir disputas, encorajando “a exploração de uma ampla variedade de reformas”.⁹

2.2. Dimensões do acesso à justiça na constituição Federal de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 teve papel significativo nessa nova dimensão do acesso à justiça, ampliando, ratificando e criando novas formas para que esse acesso se concretize, tanto com relação aos direitos individuais quanto aos coletivos e difusos, dentre os quais se destacam:

- a) A dignidade da pessoa humana e a cidadania como fundamentos da república (art. 1º), tendo como objetivos construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, I, II e III). Só as pessoas que conseguem concretizar todos os seus direitos podem ser consideradas cidadãs e detentoras de dignidade.
- b) A igualdade de todos perante a lei, sem qualquer distinção (art. 5º, caput). O princípio de igualdade, em “tese”, possibilitaria o acesso de todos aos direitos de cidadania e, conseqüentemente, à justiça.

O que se busca, efetivamente, é a igualdade material, ou seja, uma igualdade de possibilidade efetiva para todos os cidadãos, mesmo que seja necessário um tratamento desigual para os casos desiguais.

- c) A legitimidade das entidades associativas em representar seus filiados, judicial ou extrajudicialmente, quando expressamente autorizadas (art. 5º, XXI).
- d) A promoção pelo Estado da defesa do consumidor (art. 5º, XXXII), que culminou com o advento do Código de Defesa do Consumidor, através da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990¹⁰, e que trouxe notáveis melhorias

⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. cit., p. 67-71.

¹⁰ BRASIL. Lei 8078, de 13 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor. **Lex:** Coletânea de Legislação e Jurisprudência, São Paulo, p. 1032, jul./set., 3º Trim., 1990. Legislação Federal.

no acesso à justiça, podendo a defesa dos consumidores ser exercida individual ou coletivamente.

- e) O direito de receber informações dos órgãos públicos de interesse particular ou coletivo geral, bem como direito de petição ao poder público em defesa de direito ou contra a ilegalidade ou abuso de poder e o direito de receber certidões de repartições públicas para esclarecimento de situações de interesse pessoal, independentemente do pagamento de taxas (art. 5º, XXXIII e XXXIV).
- f) Estabeleceu o princípio da acessibilidade ampla ao Poder Judiciário, através da garantia de exigir a função jurisdicional contra lesão ou ameaça de direito (art. 5º, XXXV).
- g) A Constituição foi meticulosa, estabelecendo vários princípios do processo, como: o princípio do juiz natural, vale dizer, a garantia de ser processado pela autoridade competente (art. 5º, XXXVII e LII); do devido processo legal (art. 5º, LIV); do contraditório e ampla defesa, com recursos e meios pertinentes, no processo judicial ou administrativo (Art. 5º, LV); proibição de provas por meios ilícitos (art. 5º, LVI), a publicidade dos atos processuais, salvo para resguardar a intimidade ou o interesse social (art. 5º, LX); a obrigatoriedade de o juiz fundamentar as suas decisões (93, IX); a presunção de inocência (art. 5º, LVII); a proibição da prisão sem a autorização da autoridade competente, exceto nos casos de flagrante delito (art. 5º, LXI); proibição da incomunicabilidade do preso (art. 5º LXIII); admissão do direito da liberdade provisória (art. 5º, LXVI); reafirmação do tribunal do júri (art. 5º, XXXVIII); estabelecimento diretrizes para a individualização da pena (art. 5º, XLVI).
- h) Criou os chamados remédios constitucionais, designados por MORAES como “tutela constitucional das liberdades”¹¹, que são: o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança, o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção e a ação popular. Esses instrumentos são excelentes para a garantia dos direitos individuais, coletivos e difusos.
- i) A criação dos juizados especiais, com competência para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo.
- j) A Constituição deu nova configuração à estrutura do poder judiciário, dando ao Supremo Tribunal Federal “status” de tribunal constitucional, criando o Superior Tribunal de Justiça para dirimir matérias relacionadas à lei federal; criou cinco Tribunais Regionais Federais e manteve os demais

¹¹ MORAES, Alexandre. Op. cit., p. 125.

órgãos do poder judiciário, quais sejam: a Justiça do Trabalho, a Justiça Eleitoral, a Justiça Militar e as Justiças dos Estados e do Distrito Federal (art. 92).

O Judiciário tem sido alvo de muitas discussões dentro da temática do acesso à justiça, quer quanto a sua estrutura, a pessoa do juiz, sua dogmatização, imparcialidade, democratização, busca de meios alternativos de solução dos conflitos, sua função social, reforma processual etc.

- k) A Justiça de Paz remunerada, a qual teve ampliada sua competência, que, além de celebrar casamentos, pode exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional (art. 98, I).
- l) Previu as ações diretas de inconstitucionalidade (ADIN's) de leis ou atos normativos federais, as ações declaratórias de constitucionalidade (ADC's) de lei ou ato normativo federal (art. 102, I) e a ação de inconstitucionalidade por omissão para tornar efetivas as normas constitucionais (art. 103, § 2).
- m) Ante os grandes conflitos agrários existentes no país, é imperioso destacar, dentro da competência da Justiça Estadual, a questão dos juizes para dirimir conflitos fundiários a serem designados pelo Tribunal de Justiça (art. 126). Esse dispositivo não está sendo praticado pelos tribunais estaduais, sendo letra morta na Constituição, mesmo com o elevado número de ocupações de terras improdutivas pelo movimento social dos sem-terras. Esse dispositivo constitucional não guarda relação com a regulamentação da desapropriação de terras por interesse social (art. 184), através da Lei Complementar 76, de 06 de julho de 1993¹², que é de competência privativa da União e, conseqüentemente, ajuizada na Justiça Federal.
- n) O "status" de quarto poder ao Ministério Público com a função de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis com total independência funcional e administrativa (art. 127).
- o) Assegurou à criança e ao adolescente vários direitos (vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade,

respeito, liberdade e convivência familiar e comunitária), além de proteção de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227).

- p) A presença do advogado como indispensável à administração da justiça, sendo invioláveis por seus atos e manifestação no exercício da profissão (art. 133).
- q) A ampliação da assistência judiciária através da assistência jurídica integral e gratuita para todos os necessitados (art. 5º, LXXIV) e a elevação da defensoria pública como função essencial à justiça, com competência para assessoramento aos carentes em qualquer grau de jurisdição (art. 134).

A assistência jurídica é de grande relevância para o estudo do acesso efetivo à Justiça. Conforme será verificado adiante, a mesma não se limita apenas à presença de advogado em juízo e sim abre a possibilidade para uma ampla variedade de informações e orientações ao povo menos favorecido.

3. ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA: OBSTÁCULOS E OS ÓRGÃOS PRESTADORES DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA

3.1. A Assistência Jurídica

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 avançou, ampliando a assistência judiciária para jurídica, garantindo que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV).

A assistência jurídica é tema de permanente atualidade, em razão de garantir aos carentes o direito de informação e de defender seus direitos em igualdade de condições, principalmente diante do quadro desolador de pobreza vigente no país.

A novel assistência jurídica engloba a justiça gratuita e a assistência judiciária. Além disso, é muito mais ampla porque transcende o juízo e seus benefícios, sendo importante instrumento de informação, orientação extrajudicial das pessoas carentes com atendimento e atuação efetiva perante quaisquer órgãos públicos, tanto dos indivíduos carentes quanto dos entes coletivos.

Como salientou BARBOSA, a "assistência jurídica significa não só a assistência judiciária que consiste em atos de estar em juízo de onde vem a

¹² BRASIL. Lei Complementar 76, de 06 de julho de 1993. Dispõe sobre o procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo de desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária. Lex: coletânea de legislação e jurisprudência, São Paulo, p. 502, jul./set., 3º Trim. 1993. Legislação Federal.

justiça gratuita, mas também a pré-judiciária e a extrajudicial ou extrajudiciária”.¹³

SAULE JÚNIOR salientou que “o serviço de assistência jurídica integral tem uma dupla finalidade, a assistência transcende o juízo, não se contenta em ser judiciária, efetiva-se onde estiver o Direito; sendo integral, não se esgota na parte, no indivíduo, visa integrar os diversos grupos sociais desintegrados do conjunto da sociedade por sua marginalização”.¹⁴

Outro importante destaque da assistência jurídica é que ela passou a ser uma obrigação, um dever por parte do Estado em proporcionar o amplo acesso à justiça a todos que comprovarem insuficiência de recursos, como bem salienta MORAES:

“o cânon constitucional logrou uma vastidão nunca alcançada, porquanto, além de reconhecer o direito social à assistência jurídica e garanti-lo, mediante a certificação do dever-função estadual de oferecê-la, sujeita a União Federal e os Estados ao encargo de instituir órgãos, componentes da estrutura administrativa estatal, afetados à efetivação da tutela de direitos subjetivos de variados matizes, titularizados pelos hipossuficientes econômicos, perante o Poder Judiciário ou através de atividades técnico-jurídicas de aconselhamento, consultoria, informação, prevenção, procuratório extrajudicial e atos notariais.”¹⁵

Para garantir o direito de assistência jurídica aos carentes, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 também previu a regulamentação da Defensoria Pública, estatuindo no art. 134 “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”.

A assistência jurídica, em virtude de sua amplitude, também pode ser um forte instrumento na luta pelos interesses difusos de todos os cidadãos. Entretanto, é necessário que existam mecanismos que ultrapassem os serviços burocráticos existentes, principalmente através de uma defensoria pública forte e independente e de associações comunitárias e entidades civis corajosas.

SAULE JÚNIOR afirmou que “o serviço de assistência jurídica deve ter como incumbência, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica gratuita, a postulação

¹³ BARBOSA, Ruy Pereira. Op. cit., p. 62.

¹⁴ SAULE JÚNIOR, Nelson. Op. cit., p. 161.

¹⁵ MORAES, Guilherme Peña de. Op. cit., p. 102.

e a defesa em todos os graus e instâncias, judicial e extrajudicialmente, dos direitos e interesses individuais, coletivos, sociais, políticos e a defesa dos necessitados”.¹⁶

A assistência jurídica, transcendendo a assistência judiciária, abre, assim, um espaço para os chamados “serviços legais inovadores”¹⁷, que se preocupam com os “interesses coletivos”,¹⁸ “conscientização e organização comunitária”¹⁹ e, principalmente, “por um processo de educação jurídica popular e treinamento para a autodefesa de seus direitos”.²⁰

Segundo CAMPILONGO,

“os serviços legais inovadores são orientados por uma lógica distinta. O ‘acesso à Justiça’ é visto de forma mais ampla como o Judiciário é apenas um dos lócus de atuação dos serviços legais. Havendo disponibilidade de espaços políticos, os serviços legais alternativos podem mobilizar recursos para além da arena judicial, especialmente ao nível legislativo e administrativo. Os direitos sociais dependem, para sua eficácia, da implementação de políticas públicas.”²¹

Entretanto, para alcançar um ideal de acesso à justiça através da assistência jurídica, é necessário superar os obstáculos que se opõem à real efetivação desse direito constitucionalmente assegurado.

3.2. Obstáculos à assistência jurídica

A população carente tem pleno direito à assistência jurídica. Entretanto, como assinalou VERONESE, esses direitos são “ao nível formal”, porque, “na prática, o que se percebe é um descaso para com ela”.²²

Desde os primórdios tempos até os dias de hoje, o aumento da pobreza sempre foi o principal obstáculo ao acesso à justiça, pois dificulta que os necessitados tenham efetivamente a garantia da assistência jurídica que já é precária.

¹⁶ SAULE JÚNIOR, Nelson. Op. cit., p. 170.

¹⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. cit., p. 5.

¹⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Idem. Ibidem.

¹⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Idem. Ibidem.

²⁰ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Idem. Ibidem.

²¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. cit., p. 8.

²² VERONESE, Josiane Rose Petry. *Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente*. Op. cit., p. 45.

De acordo com a Conferência dos Bispos de Puebla, os pobres são aqueles que “carecem dos mais elementares bens materiais em contraste com a cumulação de riqueza nas mãos de uma minoria, muitas vezes às custas da pobreza de muitos. Os pobres não só carecem de bens materiais, mas também, no plano da dignidade humana, carecem de uma plena participação social e política. Nesta categoria se encontram principalmente nossos indígenas, camponeses, operários, marginalizados pela cidade e, especialmente, a mulher desses setores sociais, por sua condição duplamente oprimida e marginalizada.”²³

No Brasil, segundo levantamento do Instituto de Pesquisa Aplicada (IPEA), em 1999, 57 milhões de brasileiros, mais ou menos 35% da população, vivem na pobreza, ou seja, possuem renda familiar *per capita* equivalente a meio salário mínimo. Segundo o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, aproximadamente 15% dos brasileiros, principalmente negros e das áreas rurais do Nordeste, são extremamente pobres, pois possuem menos de um dólar ao dia.²⁴ O desemprego, no Brasil, também é alarmante. Dentro da população economicamente ativa, a desocupação é de 7,6 milhões.²⁵

De acordo com estudo da Fundação Getúlio Vargas, que mapeou a fome e a miséria no Brasil, divulgado em julho de 2001, seriam necessários R\$21,689 bilhões por ano para acabar com a miséria. Outro levantamento alarmante é que 46% do total de pobres são crianças com menos de 16 anos, ou seja, 24 milhões de crianças que não têm renda mínima para garantir uma alimentação básica. Segundo o coordenador do estudo, Marcelo Néri, “isso significa que quase a maioria dessa classe de pessoas de miseráveis está sub-representada no plano eleitoral, porque essas crianças não votam e não interessam aos políticos.”²⁶

Salienta-se, que mais importante do que destinar verbas para erradicar a miséria, é necessário que esses valores cheguem ao seu destino, ou seja, que haja fiscalização efetiva nas verbas contempladas aos carentes.

²³ ALDUNATE, José. Os pobres na América latina. In: ALDUNATE, José (Coord.). **Direitos humanos, direito dos pobres**. 2. ed. São Paulo: Vozes, 1992. p. 16.

²⁴ In: Almanaque Abril. São Paulo: Abril, 2001. p. 112.

²⁵ Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 1999 (CD-ROM). Microdados. Rio de Janeiro: IBGE, 2000.

²⁶ Há 49,6 milhões de miseráveis no Brasil. **Correio do povo**, Porto Alegre, 10 jul. 2001. Geral, p. 17.

Segundo pesquisa do IBGE, verifica-se que a desigualdade no Brasil é desastrosa e inadmissível. O país é um dos campeões, em concentração de renda, em 1992, os 10% mais ricos detinham 45,8% da renda nacional. Em 1999, os 10% mais ricos passaram a deter 47,4% dessa renda nacional. A distribuição, em relação ao total dos rendimentos dos 50% mais pobres, é de 14%, enquanto a dos 1% mais ricos é de 13,1%.²⁷ Assim, quanto maior o número de pessoas em situação de pobreza, maior a procura aos órgãos estatais de assistência jurídica, que não estão preparados – principalmente em razão da ausência de verbas públicas – para enfrentar essa demanda.

O desinteresse governamental tanto no âmbito federal quanto também é um vetor. Até hoje, poucos concursos para o provimento de cargos para a Defensoria Pública foram realizados, aumentando, assim, os obstáculos para a efetivação da assistência jurídica. Aumenta a pobreza, mas não aumenta o número de defensores públicos. Enquanto isso, quase todos os anos são feitos concursos para a Advocacia Pública.

A União e os estados estão bem defendidos, contrastando com o calvário dos carentes na busca de seus direitos e na defesa de seus interesses. Em razão disso, são de salutar importância os demais órgãos prestadores da assistência jurídica em prol das pessoas menos favorecidas.

3.3. Órgãos prestadores da assistência jurídica

Existem vários órgãos prestadores de assistência jurídica aos necessitados, tanto dentro quanto fora do sistema estatal, compostos pela Defensoria Pública e pelo Ministério Público, pelos Advogados, pelas Organizações Não-Governamentais e pelas Faculdades de Direito.

3.3.1. A defensoria pública

Ao lado da assistência jurídica, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 134, também previu a criação da Defensoria Pública, incluindo-a como função essencial à justiça:

“Art. 134 – A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.” Portanto, o Estado tem a obrigação de garantir aos socialmente desfavorecidos a plena

²⁷ Pesquisa Nacional por amostra de Domicílios 1999: microdados. Rio de Janeiro: IBGE, 2000. Vide o quadro comparativo do IBGE.

igualdade, ao assegurar-lhes a orientação e defesa em qualquer grau de jurisdição, através da Defensoria Pública.

A previsão constitucional da Defensoria Pública e a independência a ela concedida proporcionam uma igualdade perante aqueles que detêm o maior poder econômico, equilibrando as partes nos litígios jurídicos, e, quem sabe, no futuro proporcionar aos oprimidos as reivindicações como classe, fazendo prevalecer realmente para todos o Estado Democrático de Direito.

Segundo CARVALHO, a constitucional Defensoria Pública tem “o encargo de contribuir na restauração da brecha entre o Estado e a Sociedade, resgatando na ordem jurídica o valor do grupo e da comunidade marginalizada, onde germinam os direitos e onde o Oprimido pode atingir seu verdadeiro estatuto de ser inconfundível e realizar as potencialidades a que foi destinado”.²⁸

A Defensoria Pública é um dos baluartes da cidadania. Contudo, seus problemas são muitos, principalmente decorrentes da falta de vontade política em disponibilizar recursos públicos e implantar eficientemente as defensorias em todo o país.

As Defensorias Públicas estão somente conseguindo fazer, e com muita restrição, apenas a defesa dos necessitados, ou seja, a prestação da assistência judiciária. A orientação e a reivindicação dos interesses difusos dos carentes, pelo acúmulo da assistência judiciária, não são possíveis de concretizar-se ante o abandono das defensorias, pelos estados.

3.3.2. O Ministério Público

O Ministério Público, após o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, passou a ser um dos mecanismos para o acesso à justiça no Brasil, sendo uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, com a incumbência de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis (127 CF).

O Ministério Público, titular absoluto da ação penal, deixou de ser basicamente o *jus acusationes* do Estado, suas funções foram aumentadas, passando a se preocupar com os problemas relacionados com a sociedade em geral, especialmente os interesses sociais dos carentes.

Como assegurou MAZZILLI, “é justamente nas questões que digam respeito a interesses sociais ou individuais indisponíveis, a interesses

²⁸ CARVALHO, Pedro Armando Egydio de. Op. cit., p. 304.

difusos, coletivos ou individuais homogêneos de larga expressão social, que o Ministério Público comparece na defesa de relevantes valores democráticos, seja para possibilitar o acesso ao Judiciário, seja para operar como fator de equilíbrio entre as partes no processo”.²⁹

ARAÚJO CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO lecionam que “O Ministério Público é na sociedade moderna, uma instituição destinada à preservação dos valores fundamentais do Estado enquanto comunidade”.³⁰ Prosseguem esses autores dizendo que “o Estado social de direito se caracteriza fundamentalmente pela proteção ao fraco (fraqueza que vem de diversas circunstâncias, como a idade, estado intelectual, inexperiência, pobreza, impossibilidade de agir ou compreender) e aos direitos e situações de abrangência comunitária e, portanto transindividual, de difícil preservação por iniciativa dos particulares”.³¹

Uma das tarefas do Ministério Público está em prestar assistência jurídica às pessoas necessitadas, principalmente na orientação e atendimento ao povo, englobando matérias relacionadas a todo o campo do direito, como criminal, família, criança e adolescente, meio ambiente, interesses difusos e direitos trabalhistas.

O atendimento ao público apresenta dificuldades, em virtude de o promotor exercer outras funções inerentes ao seu fim institucional. O ideal para a solução desses problemas seria a criação, principalmente nos grandes centros, de promotorias especializadas no atendimento ao público.³²

3.3.3. Os advogados

Os advogados prestam o serviço de assistência judiciária de várias formas, ou seja, como *ad hoc*, por espontaneidade ou como dativos através de convênios entre a Ordem dos Advogados do Brasil e os Estados.

O advogado *ad doc* seria um substituto ocasional para prestação da assistência aos carentes, ou seja, quando a Comarca não tem defensoria e o Estado não tem convênio com a OAB para a assistência dativa, o juiz nomeia *ad doc* um advogado local para a prestação do serviço.

²⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *O acesso à justiça e o ministério público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 13.

³⁰ ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 209.

³¹ ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos, GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 209.

³² MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit., p. 76.

Segundo De Plácido e Silva, o termo *ad hoc* “indica o substituto ocasional, designado para a feitura ou prática de um ato ou solenidade, pela ausência ou impedimento do serventuário ou funcionário efetivo”.³³ Entretanto, na prática, a situação de “ocasional” é bem diferente. Os advogados desde muito tempo vêm reiteradamente prestando assistência judiciária, em caráter de múnus público, sem contraprestação por parte do Estado.

3.3.4. As Organizações Não-Governamentais - ONGs

As Organizações Não-Governamentais – ONGs nasceram com o objetivo de prestar solidariedade aos cidadãos em todas as áreas, com especial atenção para as questões sociais, ambientais e de saúde.

VILLAS BOAS define as ONGs como “organizações ou grupos de pessoas geralmente sem fins lucrativos com os objetivos de ajudar e lutar para a melhoria de algum fator negativo no lugar onde vive. Geralmente, as ONGs são divididas em grupos de Direitos Humanos, Meio Ambiente, Saúde, entre alguns outros”.³⁴

Diversas ONGs combatem a violação dos direitos humanos dos cidadãos. Organizam e promovem a assistência jurídica para vários grupos de carentes, como os indigentes, operários, índios, mulheres, acusados de crimes e vítimas de todo o tipo de espoliação.

Nos países pobres como o nosso, o papel das Organizações Não-Governamentais é fundamental na contribuição e no atendimento da população carente, principalmente diante do aumento da desigualdade de renda em consequência das políticas econômicas neoliberais.

VIEIRA salientou com muita propriedade que:

“Em face dos impasses criados pelo modelo econômico predominante no mundo, predatório ecologicamente e injusto socialmente, entendemos que essas entidades estão sendo chamadas a desempenhar um papel de crucial importância, ou seja, buscar alternativas, do ponto de vista da sociedade civil, para a crise ecológica e social que, pela degradação ambiental, ameaça o planeta e, pela globalização da pobreza, flagela a humanidade.”³⁵

³³ DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1961. p. 65.

³⁴ VILLAS BOAS, Vínícios. *Guias de ongs na net*. Disponível em: <http://br.geocities.com/ongog2000.site.htm>. Acesso em 15 set. 2001.

³⁵ VIEIRA, Liszt. Op. cit., p. 68.

Entre as Organizações Não-Governamentais que prestam assessoria jurídica gratuita aos carentes, destaca-se a VIVA FAVELA, que atende diversas comunidades carentes do Rio de Janeiro, como Rocinha, Cantagalo e Morro Santa Tereza. Essa instituição tem como objetivo proporcionar o acesso à justiça e o conhecimento jurídico às populações de baixa renda daquele estado.³⁶

Entretanto, a maioria das ONGS destina-se a atender outros fins sociais, como os relativos à criança e ao adolescente, à saúde, à alimentação, à moradia e à educação, prestando o devido acompanhamento jurídico para os carentes, objetivando a implementação desses benefícios sociais. O Banco da Providência é um exemplo disso, pois além de atuar em todas as áreas mencionadas, presta assessoria jurídica mensal para quase 200 pessoas.³⁷ Outro exemplo é a Associação de Apoio às Meninas e Meninos da Região Sé – AAMM, que tem um setor jurídico, cujos objetivos são promover e garantir a defesa dos direitos da criança e do adolescente.³⁸

3.3.5. As faculdades de direito

As Faculdades de Direito têm contribuído, significativamente, para a assistência jurídica à população necessitada, através do Estágio de Prática Jurídica.

Os escritórios jurídicos das faculdades, além de contribuírem para o acesso à cidadania das pessoas carentes, também melhoram o aprendizado dos estudantes de direito, que têm oportunidade de colocar em prática os seus conhecimentos de sala de aula através das situações concretas vivenciadas nos escritórios, bem como têm pleno conhecimento da realidade social pelo qual o país passa.

A assistência jurídica dos escritórios jurídicos das Faculdades de Direito são instrumentos importantes para contribuir para o resgate da cidadania da população carente. Entretanto, foi através da Portaria

³⁶ VIVA FAVELA. Balcão de direitos. Disponível em <<http://vivafavela.com.br>>. Acesso em 15 set. 2001.

³⁷ BANCO DA PROVIDÊNCIA. *Áreas de atuação*. Serviço Jurídico. Disponível em <http://www.providencia.org.br/areas_atuacao/emergencia.html>. Acesso em 17 de out. de 2001.

³⁸ ASSOCIAÇÃO DE APOIO ÀS MENINAS E MENINOS DA REGIÃO SÉ. Disponível em: <http://www.aacrianca.hpg.com.br>. Acesso em 19 de out de 2001.

SESu/MEC nº 1886, de 30 de dezembro de 1994³⁹, que foram fixadas as diretrizes curriculares e o conteúdo do curso jurídico, determinando às Faculdades de Direito a adoção de um currículo mínimo, prevendo outras matérias não-dogmáticas, o aumento das horas de atividade, a apresentação de monografia e, principalmente, a ampliação do estágio de prática jurídica.

Essa portaria foi o marco para o ensino jurídico do país. Exigiu maior abrangência de atividades no estágio e enfatizou sua obrigatoriedade, como integrante do currículo pleno, com um total mínimo de 300 horas de atividades práticas simuladas e reais desenvolvidas pelo aluno sob o controle e orientação do núcleo correspondente.

Outra exigência positiva é a de que o núcleo de prática jurídica deverá dispor de toda infra-estrutura adequada para o desenvolvimento dos treinamentos, significando oferecer aos alunos os recursos físicos, materiais e tecnológicos para o atendimento ao público.

Dessa forma, além do aspecto educacional no sentido de beneficiar o aprendizado dos alunos, a portaria obrigou todas as faculdades a dar sua parcela em prol das pessoas carentes.

Os alunos serão futuros advogados, juízes, promotores, professores, enfim operadores jurídicos preocupados com a realidade social e voltados para a solidariedade e o “interesse público” dos carentes. Vivenciando a realidade, os acadêmicos estarão inseridos na problemática popular e social, desenvolvendo uma preocupação maior em proporcionar um efetivo acesso à justiça – independentemente da carreira escolhida – para as parcelas desfavorecidas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acesso à justiça é de suma importância na luta pela efetivação dos direitos à cidadania, principalmente através da assistência jurídica integral e gratuita aos carentes, possibilitando-lhes a reivindicação de todos os seus direitos.

O acesso à justiça não pode ser visto apenas sob o enfoque do acesso ao judiciário. A própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 se preocupou em dimensionar a referida expressão para possibilitar a busca dos direitos individuais, coletivos e difusos dos cidadãos.

³⁹ BRASIL. Portaria nº 1886, de 30 de dezembro de 1994. Fixa as diretrizes curriculares e o conteúdo do curso jurídico. *Diário Oficial* (da República Federativa do Brasil), Brasília, 4 jan. 1995.

A assistência jurídica integral e gratuita é uma das dimensões do acesso à justiça, eis que é um instrumento que busca efetivar aos carentes, através da informação, orientação, defesa e ajuizamento de ações, proporcionando-lhe uma igualdade material.

A assistência jurídica, em nosso país, ainda é muito deficiente. Embora em nível formal esteja regulamentada, na prática ela não é, ainda, integral e efetiva, porque há muitos obstáculos a serem vencidos para que aconteça sua plena concretização.

A Defensoria Pública deveria ser o órgão propulsor dessa assistência, o que não está acontecendo, principalmente em razão dos poucos recursos públicos a esse essencial órgão de justiça.

Por essa razão, os outros mecanismos mencionados e que prestam subsidiariamente tal serviço são de suma importância nessa luta em favor da resolução dos problemas jurídicos dos necessitados.

5. RESUMO

Neste estudo, analisa-se o acesso à justiça através da assistência jurídica integral e gratuita, haja vista que a mesma ainda não está efetivamente implementada conforme a previsão constitucional. Abordam-se, também, os obstáculos e os mecanismos da prestação desse trabalho ao nosso país.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALDUNATE, José. Os pobres na América Latina. In: ALDUNATE, José (Coord.). **Direitos humanos, direito dos pobres**. 2. ed. São Paulo: Vozes, 1992.
- ARAUJO CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- ASSOCIAÇÃO DE APOIO ÀS MENINAS E MENINOS DA REGIÃO SÉ. Disponível em: <http://www.aacriança.hpg.com.br>. Acesso em 19 de out de 2001.
- BANCO DA PROVIDÊNCIA. **Áreas de atuação**. Serviço Jurídico. Disponível em: http://www.providencia.org.br/areas_atuacao/emergencia.html. Acesso em 17 de out. de 2001.
- BARBOSA, Ruy Pereira. **Assistência jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- BRASIL. Lei Complementar nº 76, de 06 de julho de 1993. Dispõe sobre o procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo de desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária. **Lex**: coletânea de legislação e jurisprudência, São Paulo, p. 502, jul./set., 3º Trim. 1993. (Legislação Federal).

BRASIL. Lei nº 8078, de 13 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor. **Lex: coletânea de legislação e jurisprudência**, São Paulo, p. 1032, jul./set., 3º Trim., 1990. (Legislação Federal).

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Acesso a justiça e formas alternativas de resolução de conflitos: serviços legais em São Bernardo do Campo. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 315, p. 3-17.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Pedro Armando Egydio de. A defensoria pública: um novo conceito de assistência judiciária. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 689, p. 302-304, março, 1993.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Participação e processo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1998.

Há 49,6 milhões de miseráveis no Brasil. **Correio do Povo**, Porto Alegre, 10 jul. 2001. Geral, p. 17.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O acesso à justiça e o ministério público**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MORAES, Guilherme Peña de. **Instituições da defensoria pública**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

Pesquisa Nacional por amostra de domicílios 1999 Microdados. Rio de Janeiro: IBGE. 2000. (CD-ROM).

RODRIGUES, **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Interesses difusos e direitos da criança e adolescente**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1988.

VILLAS BOAS, Vínícios. **Guias de ongs na net**. Disponível em: <http://br.geocities.com/ongog2000.site.htm>. Acesso em 15 set. 2001.

VIVA FAVELA. Balcão de direitos. Disponível em <<http://vivafavela.com.br>>. Acesso em 15 set. 2001.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Participação e processo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1998. p. 128.

CRIMINALIZAÇÃO DO MOVIMENTO DOS TRABALHADORES RURAIS SEM TERRA E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Luciene Rinaldi Colli

Professora do Dep. de Direito da UFV
Mestra em Extensão Rural pela UFV

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Breve histórico da luta pela terra no Brasil - 3. A compreensão do MST como um movimento social - 4. O MST: o exercício do direito de resistência na democracia constitucional - 5. A criminalização do MST - 6. Da imputação criminal à caracterização do delito - 7. O Poder Judiciário no enfrentamento penal da questão agrária; ideologia nos juízos, injustiça nos conflitos do campo - 8. Referências Bibliográficas.

PALAVRAS-CHAVE: movimentos sociais; movimento dos trabalhadores rurais sem terra; crime; resistência; justiça.

1. INTRODUÇÃO

Com o objetivo de se proceder à análise dos aspectos jurídicos que permeiam as ações do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, assim como ao sentido jurídico que tem sido dado às suas reivindicações, mister se faz a compreensão da importância que tal movimento possui no contexto social. Assim, caracterizá-lo como um movimento social, com objetivos bem específicos e uma pauta de reivindicações socialmente estruturada, permitirá a análise que ora se propôs a desenvolver. Importante também se torna situar o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra dentro de um contexto histórico definido, caracterizado pela luta pela terra e pelo acesso aos meios de produção, através da Reforma Agrária.

Sua concepção deve ser feita através do enfoque da organização de cidadãos que exercem o enfrentamento da ordem estabelecida que não consideram justa, na busca da Reforma Agrária através da ocupação de terras de forma não-violenta. Utilizam-se da desobediência civil, ocupando terras devolutas e particulares improdutivas, defendendo a cidadania e a própria Constituição Federal, que garante o cumprimento da função social da propriedade.

Os limites da atuação desse movimento não podem, destarte, ultrapassar as fronteiras constitucionais da legalidade no embate da luta pela terra e pela Reforma Agrária, que se torna exigível em razão do princípio da função social da propriedade.

Essa luta pela terra e o processo de sua apropriação remontam, é certo, desde os primórdios da colonização brasileira; do descobrimento à República, caracterizada por conflitos entre os despossuídos pela terra contra a ordem estabelecida, excludente e violenta. Não apenas a violência física, representada por prisões, assassinatos, agressões e violações das liberdades individuais, mas também a violência representada pelas ideologias falsificadoras e estigmas insertos na sociedade em relação a determinadas camadas sociais – *in casu* o MST–, o que culmina por condená-los à eterna ilegitimidade. Tais concepções inserem-se na sociedade através de agentes com interesses particulares na dominação e no poder, contrários a qualquer tipo de iniciativa que vise à promoção da Reforma Agrária.

2. BREVE HISTÓRICO DA LUTA PELA TERRA NO BRASIL

A história social da formação da propriedade privada no Brasil, desde o processo de colonização e em razão mesmo da forma pela qual foi implementada, é permeada de conflitos, em que a tônica perpassa pelos caminhos escuros da excludência e injustiça. Assim, podem-se destacar vários movimentos sociais de resistência à ordem estabelecida, de forma que, historicamente, sejam delineados e caracterizados no contexto jurídico e social.

Na esfera da posse e propriedade da terra e pela ausência de regulamentação específica, o território brasileiro sofreu um danoso processo de apropriação durante o período da Independência, pela revogação da Lei de Sesmarias, até a Lei de Terras de 1850, o que se denominou “Império das Posses”. Entretanto, pela inviabilidade dos meios, não foram atingidos os objetivos pretendidos pela Lei 601/1850, consolidando-se o latifúndio e

relegando os posseiros, os índios e os imigrantes à marginalização e exclusão do sistema.

Do Império das Posses (período histórico compreendido entre 1822 e 1850) ao Império do Latifúndio (período histórico compreendido entre 1850 e 1846) surgiram várias ações de resistência por meio desses marginalizados, por não se conformarem com o sistema excludente a que foram levados.

É assim que explodem as guerras camponesas de Canudos (1896-1897), na Bahia; de Contestado (1912-1916), no sul do país; do Caldeirão (1936-1938), no Ceará; e o Cangaço (1870-1940), em todo o Nordeste brasileiro (ALVES, 1995:92).

Nesse sentido, é que se considera que a apropriação da terra pelos latifundiários se tornou condição de sujeição dos camponeses ao trabalho livre, instrumento para arrancar do camponês mais trabalho, em que a característica violência pessoal e direta consolidada entre eles se transformou numa resistência de classe.

Antes mesmo da República e da revogação da Lei de Sesmarias em 1822, delineamentos de formas de resistência contra o domínio e a exclusão social praticados contra os indígenas e os escravos são observáveis, sendo, quanto aos primeiros, o genocídio perpetrado (através da ação dos colonos e dos denominados “bugreiros”, caçadores e exterminadores de índios, ou “bugres”); relativamente ao segundo grupo, são constatáveis as mais diversas formas de exclusão, em razão da discriminação racial e da conseqüente marginalização social a que foram submetidos, decorrentes do sistema escravista e da abolição da escravatura.

O quadro social que se configurou no campo, com a abolição da escravatura, o incentivo à imigração e a passagem das terras devolutas da União para os Estados da Federação, culminou no fortalecimento dos latifundiários, vez que dominavam a política Estatal e possuíam, assim, o monopólio das terras. Esses abastados senhores vieram a consolidar o quadro de exclusão e, via de conseqüência, de inconformismo dos marginalizados (imigrantes, posseiros, índios, ex-escravos, colonos), levando-os ao enfrentamento direto com o poder do latifúndio. O fim do trabalho escravo revelou também a contradição que separava os exploradores dos explorados. Sendo a terra a mediação desse antagonismo, em torno dela passam a girar o confronto e o conflito de fazendeiros e camponeses.

Canudos (entre 1896 e 1897), sob a liderança de Antônio Conselheiro; e Contestado (1912 a 1916), sob o governo colegiado dos “12 pares de França”, foram os dois maiores envolvimento entre camponeses e o exército

no combate entre as forças das oligarquias e a dos excluídos, em que no extermínio sucumbiram milhares de vida no campo.

A rebeldia camponesa contra a ordem excludente e privilegiadora das elites agrárias se expressou através do messianismo, do banditismo e do cangaço até a década de 40. A partir daí, inovações ocorreram na forma de resistência e contestação ao poder, figurando a Liga Camponesa e o Sindicato como as formas mais importantes de organização e luta política dos camponeses.

A criação das Ligas Camponesas relaciona-se com a crise da cana-de-açúcar no Nordeste, quando os senhores de engenho arrendaram suas terras aos denominados "foreiros" (que não tinham dependência e sujeição direta com o proprietário, pagando-lhes o "foro" ou quantia anual, além de dias de trabalho gratuito por ano, o que se denominou "cambão"), de quem aqueles recebiam a renda ou o foro pela terra. Com o aumento do preço da cana, após a Segunda Grande Guerra, os senhores retornaram às suas terras, e os foreiros que não foram expulsos se tornaram trabalhadores assalariados, com renda inferior à praticada no mercado.

Esses trabalhadores não demoraram a se organizar em ligas e passam, rapidamente, a congregar não só foreiros, mas posseiros, cortadores de cana e outros trabalhadores insatisfeitos, conseguindo encaminhar discussões importantes por todo o país, como a posse da terra, a destruição do campesinato, a violência física praticada contra os trabalhadores rurais, a expulsão do foreiro e do contrato de parceria. Portanto, a destruição de todas as garantias de acesso aos meios de produção, apontando como solução dos problemas dos camponeses a implantação da Reforma Agrária.

Com essa ideologia, passam as Ligas Camponesas não só a contestar e evitar a expulsão dos camponeses, como também a incentivar as ocupações no campo, gerando uma violência maior e o recrudescimento na reação dos fazendeiros e latifundiários, que conseguem, com a eliminação seletiva de suas lideranças, levá-las à extinção em 1964.

Os MASTERS (Movimentos dos Agricultores Sem Terra), que datam de 1960, organizavam-se com o objetivo de promover a Reforma Agrária através da desapropriação de latifúndios improdutivos no Estado do Rio Grande do Sul, com respaldo na Constituição do Estado, que assegurava a desapropriação de terras improdutivas, tendo em sua liderança o político Leonel Brizola. Suas manifestações se davam através de acampamentos às margens de latifúndios improdutivos, denotando uma nova forma de resistência: a pressão direta de trabalhadores expropriados sobre o Estado.

Os Sindicatos dos Trabalhadores Rurais também se desenvolvem ao lado das Ligas Camponesas, com incentivo da Igreja e de partidos políticos (PCB e PTB), sendo do período a partir de 1960 a criação de Federações de Trabalhadores na Agricultura e da Confederação Nacional de Trabalhadores na Agricultura (CONTAG) em 1963, redefinindo-se as relações de classe no campo e a politização do trabalhador rural.

A CONTAG comprometeu-se com a sindicalização e com a luta pela Reforma Agrária. Entretanto, logo após, em 1964, explode o Golpe Militar e, com ele, explode toda e qualquer perspectiva de Reforma Agrária viável, inobstante a Lei 6.504/64 – Estatuto da Terra –, que engessou de vez a possibilidade de sua realização, por criar novas condições de expansão do capitalismo no campo e, via de consequência, de novos instrumentos de dominação do trabalhador rural.

É no contexto da ditadura militar que o Movimento dos Trabalhadores Sem Terra é gerado. Pode-se afirmar que o mesmo é decorrente de um processo de enfrentamento e resistência contra a política de desenvolvimento agropecuário, instaurado durante o regime militar.

Se, por um lado, o Estatuto da Terra, promulgado em 1964, mostrou-se como uma proposta de viabilizar a Reforma Agrária, consoante a Mensagem nº 33 de Castelo Branco, certo é que, por outro lado, a mesma, pela deficiência dos meios, não pôde ocorrer, sendo mais acertado ainda afirmar-se que se encontrou embutido no mecanismo de realização da mesma o propósito de se fortalecerem a empresa rural e o latifúndio do que promover a distribuição de terras aos excluídos. Assim, rompem-se, a partir de 1964, diversos movimentos sociais que, buscando a efetivação da proposta a que o Estatuto da Terra se pautou, não encontravam suporte, pelos mecanismos que o mesmo engendrara, para a efetivação da busca da Reforma Agrária. Explodem também movimentos de resistência ao poder militar e ditatorial que se consolidou, representados por partidos políticos clandestinos e organizações político-culturais que se comprometiam, cada vez mais, com propostas de rompimento com a ordem estabelecida.

É nesse espaço social que o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra foi concebido, tendo início diversas lutas localizadas no campo, em diversos estados e ao mesmo tempo.

Essas lutas eram motivadas pela reação das massas de pequenos agricultores contra o processo cada vez mais acentuado de empobrecimento, do qual eram vítimas e se apoiavam, segundo a ampla legitimidade conquistada por todos aqueles que lutavam contra a ditadura militar, pela restauração da democracia e, no interior dessas lutas, pela legitimidade

pública conquistada pelos movimentos populares de base. Assim, ocorrem as ocupações das glebas Macali e Brilhante (Ronda Alta-RS) em 1979, a ocupação da fazenda Burro-Branco (em Campo-Erê-SC) em 1980 e, no Paraná, nesse mesmo ano, a mobilização de mais de 10 mil famílias, em razão da desapropriação (com indenização apenas pelo valor da terra) a que foram submetidas para fins de construção da barragem de Itaipu, além de lutas promovidas por posseiros da Fazenda Primavera em São Paulo, nas cidades de Andradina, Castilho e Nova Independência, cujas lutas representavam a resistência dos excluídos da terra por uma política de terras que os abrangesse num processo de justiça social.

Há, porém, que se considerar que, para a realização e efetivação desses objetivos, necessárias se tornam a conscientização e a mobilização dos trabalhadores num contexto político definido, em que se definam as lutas, as pautas de reivindicações, as estratégias e os mecanismos. O apoio de instituições como a Igreja Católica, o Partido dos Trabalhadores Rurais e a CUT, como matrizes político-culturais, dava-lhe, então, a característica de um novo movimento social, com fundamentos e propostas definidos, numa pauta de reivindicações amparada pelo contexto jurídico de que dispunham (*in casu* o Estatuto da Terra, posto que o acesso à terra era pelo mesmo garantido) e pelo próprio reconhecimento Estatal da condição de excluídos da terra a que foram relegados.

Essa mobilização não ocorreu apenas no campo, posto que, aliados aos trabalhadores rurais, agentes políticos, religiosos e culturais também se envolviam, solidarizando-se com os objetivos do Movimento, passando, então, a inculcar-lhe formas de organização e estratégias de luta.

Assim, através de reuniões, encontros e congressos, com a participação de trabalhadores rurais e urbanos, sindicalizados, padres, pesquisadores, economistas e advogados, dentre outros, o MST se articulava e definia a pauta de suas reivindicações e estratégias de alcance das mesmas, inicialmente em nível regional (a partir de 1982, em Medianeira-PR) e, posteriormente, em nível nacional (em 1985, em Curitiba-PR), onde o MST se formou e consolidou, transformando-se de um movimento de resistência para um movimento social organizado e autônomo, com objetivos definidos para lutar pela terra e pela Reforma Agrária.

3. A COMPREENSÃO DO MST COMO UM MOVIMENTO SOCIAL

De todos os inquéritos policiais e ações judiciais que se têm notícia, em que a luta pela terra seja o tema central para o qual as preocupações

jurídicas se voltam, não há um procedimento judicial sequer em que o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra não esteja incluído na polaridade ativa (autor) ou passiva (réu), mesmo quando "representado" por seus militantes ou dirigentes. Entretanto, sua concepção foge dos limites da subjetividade ensejadora da imputação civil ou penal, pelo fato de mesmo representar uma *expressão coletiva* voltada para uma ação social, faltando-lhe a subjetividade necessária para efeitos judiciais, posto que compreendidos como sujeitos políticos coletivos.

A ausência dessa compreensão no enfrentamento de demandas judiciais tem, contudo, levado os militantes e líderes do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, em nome da luta pela Reforma Agrária, a figurar na polaridade passiva (réus) em ações judiciais contra eles propostas. A partir daí, passam seus integrantes a ser tratados com parcialidade, por pertencerem a uma coletividade, *in casu* o movimento social, que sofre as peias da discriminação e exclusão social, consubstanciadas no que se denomina "violência simbólica".

Nesse sentido, a Anistia Internacional (BRASIL, 1997) já teve a oportunidade de se manifestar quando do julgamento do líder do MST (José Rainha) pela prática de homicídio doloso. No documento elaborado, considerou-o como *prisioneiro de consciência*, em razão da parcialidade do julgamento que resultou em sua condenação, dentre outras considerações relacionadas às atividades por ele exercidas dentro do MST e não em razão de provas objetivas e convincentes contra o mesmo no julgamento do crime que lhe era imputada a autoria. Assim, pretende-se demonstrar a procedência da afirmação de que os movimentos sociais, na luta pela terra, sempre foram tratados com parcialidade e violência, através da repressão às manifestações, de extermínio ou punições aos seus integrantes.

Definir o que seja um *movimento social* torna-se tarefa árdua ao pesquisador. Para alguns, significa toda a ação coletiva com caráter reivindicativo ou de protesto, caindo, então, a definição no âmbito da generalização. Entretanto, outros autores indicam que se torna necessário considerar, para melhor caracterizar tal ação coletiva de caráter reivindicativo, suas ideologias, os condicionamentos de sua ação, a centralidade do ator, o alcance de suas lutas e o projeto social e político que envolve sua ação, com a ressalva de que tal condicionamento tende a dificultar a elaboração de conceitos genéricos e de categorias teóricas.

No Brasil, a noção de movimento social passou a considerar ações coletivas desenvolvidas por organizações populares localizadas e específicas, com alcance limitado de sua ação política, isso em razão da

própria dificuldade de formação de alianças para atuar de acordo com as regras do jogo democrático (após a abertura política da década de 1980), ou mesmo em virtude das dificuldades encontradas pela sociedade civil, em face dos mecanismos estatais rigidamente estruturados, num cenário em que a ordem institucional passa a ter mais legitimidade.

Tal conceito passa a abranger as associações de bairros, organizações de defesa ambiental, associações de mulheres, de domésticas e de taxistas, dentre outras de alcance limitado numa coletividade. Esses movimentos evoluíram na década de 90, passando a assumir um caráter mais abrangente e contestador, assumindo feições de resistência à ordem instituída, intervindo nas decisões de caráter político e organizacional e de transformação da vida social, passando a ser denominados "novos movimentos sociais", vindo a instituir novos paradigmas e, ao romper com as estruturas institucionalizadas, pretendendo alcançar seus objetivos.

No Brasil, os movimentos sociais rurais, em sua quase toda totalidade, surgiram como forma de *resistência* a um processo econômico-político que levou à rápida modernização da agricultura, culminando na exploração, marginalização e expropriação dos trabalhadores rurais, resultando na desigualdade decorrente do sucesso de um modelo modernizador da agricultura, pretendendo, assim, resistir a este modelo através de propostas de soluções sociais.

O Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, ao objetivar a Reforma Agrária, através da modificação da estrutura fundiária brasileira considerada por eles injusta e excludente pela desigualdade da distribuição da terra, decorrente de um processo histórico expropriativo por eles bem identificado, integra seus anseios a outras camadas, constituídas por posseiros, bóias-frias e índios, que com eles compartilham o ideal de justiça social.

Sua origem está associada às ações de resistência e às ocupações de terras por grupos de trabalhadores rurais excluídos, de algum modo, das transformações sociais, em razão da concentração das terras, da pobreza e da miséria no campo, recusando a proletarianização, tanto no meio urbano quanto no meio rural.

Nesse sentido é que se pode considerar que os movimentos populares rurais, ao conceberem os trabalhadores rurais como reais sujeitos políticos coletivos, com poder de contestação da autoridade e domínio exercido pelas velhas forças agrárias, minam um dos pilares do autoritarismo no Brasil, não podendo, assim, apenas ser encarados pela face da questão social, mas também devendo sê-lo pela face da questão política primordial, que pode alterar as relações de forças.

Nesse momento da análise, pode-se considerar o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra como um movimento social imbuído de princípios valorativos comuns, na realização das necessidades humanas fundamentais, com os seguintes objetivos gerais: lutar pela reforma agrária para que a terra esteja nas mãos de quem nela trabalha, buscando a transformação da sociedade sem explorados e exploradores, através da organização e do estímulo aos trabalhadores rurais na participação em sindicatos e em partidos políticos, no intuito de formar lideranças para construir uma direção política de trabalhadores.

4. O MST: O EXERCÍCIO DO DIREITO DE RESISTÊNCIA NA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Ao se constituírem em sociedades organizadas, os seres humanos recorrem à autoridade para que esta coordene suas atividades. Outras formas, contudo, podem ser identificadas no sentido da coordenação de atividades de uma sociedade sem que seja necessária a intervenção da autoridade, se se considerar não consistir a mesma no único meio através do qual os homens consigam conjugar suas atividades cotidianas. Assim, identifica-se a *coerção*, representada pela falta de qualquer dever moral de obediência e, portanto, distinta da autoridade, além do *costume*, em que as pessoas formulam normas para si próprias e vivem de acordo com elas, num sistema de sanção e vigilância mútuas, como formas distintas da autoridade e que conseguem coordenar as atividades da sociedade.

A autoridade passa, então, a ser considerada algo mais que a coerção ou o costume ao admitir existirem, entre governantes e governados, obrigações mútuas inseridas no que se denomina *contrato social implícito*, cujos termos se consubstanciam em *limites renegociáveis de atuação e interferência*, representados por obrigações mútuas, além daquelas decorrentes do contrato social explícito e normas verbalizadas ou positivadas.

Naquelas sociedades em que a autoridade fracassa, pelo não-cumprimento das regras pactuadas neste contrato social, o insucesso pode levar ao que se denomina *ira moral*. Assim, cada parte encontra, na alegada incapacidade da outra para desempenhar adequadamente sua função, a justificação e o suporte morais para seu próprio senso de indignação e ira.

É nesse sentido e através dos movimentos populares que os trabalhadores rurais devem ser concebidos, como sujeitos políticos coletivos com poder de contestação na busca da mudança das relações de força.

Remetendo especificamente à resistência oposta pelo Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra relativamente ao modelo adotado para o tratamento da questão agrária, pode-se afirmar que, na condição de povo – ou governados –, os trabalhadores rurais sem terra estão a exercer o direito de resistência diante de uma situação injusta, decorrente do não-cumprimento das regras (implícitas e explícitas) do contrato social pelos governantes. Fala-se em direito com justificação e suporte morais (decorrentes de pactos contratuais implícitos). O Ministério Público do Estado de São Paulo, através da Carta de Ribeirão Preto, corrobora essa afirmação.

O fundamento legal dessa resistência paira na premissa jurídico-fundamental de que lhes compete, por direito, exigir que o Estado, através de seus órgãos e poderes, cumpra o contrato social consubstanciado na Constituição Federal (art. 1º, parágrafo único da CF/88).

A legitimidade do direito de resistir se consubstancia no direito insofismável que lhe foi conferido pela Carta Magna de 1988 ao indivíduo de livremente se organizar e exigir a realização de uma sociedade livre, justa e solidária, pela erradicação da pobreza, da marginalização e das desigualdades sociais. Ora, se o quadro social que se configura é de pobreza e fome, decorrente da exclusão social a que foram relegados os despossuídos da terra, o direito político-constitucional de resistir – de forma não-violenta – se legitima.

O conceito genérico de desobediência civil pode ser tomado como “ato a princípio ilegal, público e não-violento, praticado por uma pessoa ou um grupo de pessoas, com o objetivo de provocar a alteração de lei, política governamental ou prática social e, ou, de obter o apoio ativo de opinião pública para a sua causa”.

A resistência não-violenta deve ser considerada como aquela *necessária*, em razão de restarem esgotados todos os mecanismos institucionais para a solução do problema social; *útil*, por reivindicar um direito legítimo provocado por um problema social relevante de maneira *proporcional* à lesão que pode resultar da violação do contrato social, podendo, assim, ser classificada:

- a) Resistência individual.
- b) Resistência constitucional, desenvolvendo-se, *secundum e intra legem*, transformando-se em esteio da garantia política.
- c) Resistência revolucionária, desenvolvendo-se *ultra legem*, com vistas à legitimação de novo direito.

O ação do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, *in casu*, é analisada sob a ótica da Resistência Constitucional, sob o fundamento de a mesma estar a reivindicar o acesso à propriedade da terra através da Reforma Agrária, a preservação da vida e a dignidade, segundo os ditames, princípios e garantias constitucionais.

Nesse sentido, a reação estatal a essa garantia política, através do Poder Judiciário, não pode ser violenta, tal como o foi na repressão aos movimentos camponeses antes da democracia constitucional. Portanto, a revogação da norma infraconstitucional contrária à Lei Suprema levará os magistrados a se absterem da interpretação morta da lei que não mais se ajusta aos princípios democráticos constitucionais.

Na consideração e adequação das normas jurídicas à realidade social, pode-se afirmar que toda regra do direito só tem validade na unidade do ordenamento, não podendo uma norma jurídica ser tomada isoladamente. Então, seu significado e eficácia dependem de sua correlação e funcionalidade com as demais normas vigentes e os princípios que a informam. Assim, a existência e validade de uma norma que não tenha aplicabilidade na solução dos conflitos de interesse não garantem o cumprimento dos princípios constitucionais. Então, o grupo social, pela resistência civil em não se submeter a ela, está a exercer o direito constitucional de resistência.

Do mesmo modo, se a norma capaz de tutelar os conflitos de interesse não é aplicada quando invocada, compete à sociedade ou ao grupo social, pelo direito constitucional de resistência, manifestar-se e exigir sua aplicação.

Sob os dois enfoques, o da resistência civil em não se submeter à aplicação da norma injusta e o da resistência civil expressa em manifestações coletivas para exigir seu cumprimento, encontra o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra o crivo da legalidade constitucional em suas ações.

Ao reivindicarem a Reforma Agrária mediante a execução de um programa de desapropriações e retomada de terras que não cumprem sua função social, esses indivíduos estão a exercer o direito de manifestação e organização, com o objetivo de cunho eminentemente coletivo-social, a fim de exigir que o Estado assuma a tarefa que lhe compete como gestor dos interesses públicos.

Os protagonistas da desobediência civil têm a consciência da ilegalidade ou da legalidade controversa de suas ações, mas, com um fim público preciso, assumem o desafio de desobedecer, por meio de ações

cuidadosamente escolhidas e limitadas. Tal fim deve ser eminentemente público, no que concerne à idéia de justiça que atenda ao bem comum.

Essa a razão por que as normas criminais não podem ser aplicadas indistintamente, relegando as ações de resistência à persecução do Estado. Visto o direito penal como valorador e regulador de condutas, as ações reivindicativas e de resistência do MST se direcionam a exigir a aplicabilidade dos preceitos de igualdade e dignidade humanas e da função social da propriedade. O direito penal não pode, entretanto, proibir que o indivíduo aja em garantia do exercício de seus direitos.

A ordem constitucional penal, ao mesmo tempo que deve se voltar a regular condutas, deve se prestar a oferecer ao indivíduo o direito de exercer suas garantias constitucionais. Ora, se a ação tem por escopo a garantia dos direitos fundamentais assegurados pela ordem constitucional, o pressuposto então é que a mesma é legítima.

É nesse sentido que o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, ao ocupar as terras destinadas à reforma agrária ou ao resistir em desocupá-las, está a exercer uma ação constitucionalmente justificada, não sendo, pois, contrária à lei, significando, no contexto da Resistência Constitucional, esteio das garantias político-democráticas pela lei maior asseguradas que o Estado relegou, por omissão, ao não-cumprimento.

5. A CRIMINALIZAÇÃO DO MST

De todo o exposto até o presente momento, pode-se afirmar que as ações do Movimento dos Sem Terra caracterizam-se como ações de Resistência Constitucional, por visarem à garantia do acesso à propriedade da terra que a Constituição da República assegurou no capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Essa resistência se estampa através de reivindicações e ações não-violentas pela Reforma Agrária e por justiça social sem exclusão, na exigência do cumprimento da função social da propriedade, tudo com o fulcro que se possibilitar o exercício efetivo da cidadania. Assim, urge se façam algumas considerações acerca do tratamento jurídico que tem sido dispensado às ações de resistência praticadas pelos sem-terra, do que muitos autores, com fundamento em decisões judiciais emanadas de Tribunais Superiores do Poder Judiciário – principalmente –, têm podido sustentar a afirmativa de que essas ações são legítimas.

O sujeito coletivo movimento social, *in casu* o MST, passa então a fazer parte do processo de realização da Constituição Federal ao compelir e

exigir do Poder Público a materialização de seus compromissos e ao erigir, como tônica da pauta de suas reivindicações e fundamento de resistência e desobediência civil, o cumprimento das garantias e direitos fundamentais, contra uma ordem excludente e inconstitucional, por não realizar os meios para a implantação da reforma agrária.

A ilegalidade se torna, portanto, apenas aparente no que se relaciona às ocupações de terras para fins de pressionar o governo a realizar a reforma agrária, do que existem inúmeras decisões judiciais reconhecendo a inexistência de crime em ações desta natureza.

Não se procurará aqui justificar as ações praticadas pelos sem-terra, porque não se trata de postular a defesa do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, o que envidaria partir-se da premissa de que o mesmo seja conceitualmente um ator social bom, cujos atos pudessem ser justificados em virtude da correção de seus objetivos e da defensabilidade moral de seus princípios. O que aqui se procurará é verificar a legitimidade de suas ações sob a ótica constitucional do Estado Democrático de Direito e sob a luz dos preceitos jurídico-penais, a fim de, caracterizando suas ações, poder-se afirmar sobre a legalidade ou não das mesmas.

Portanto, sob essa ótica, algumas considerações serão feitas acerca das ações do movimento social e coletivo MST na luta pela Reforma Agrária.

6. DA IMPUTAÇÃO CRIMINAL À DESCARACTERIZAÇÃO DO DELITO

Ao realizar ocupações de terra por todos os cantos do Brasil, o Movimento dos Trabalhadores Sem Terra, durante todo o período de consolidação do movimento, tem sido capaz de promover, no desenvolver das ações penais movidas contra seus integrantes, as mais diversas interpretações judiciais acerca de suas condutas.

Numa análise dos tipos penais que, useira e vezeiramente, têm sido imputados aos integrantes e dirigentes do referido movimento, pode-se identificar o crime de esbulho possessório, inserto no capítulo III do Título II – Dos Crimes Contra o Patrimônio –, art. 161, II, e o crime de quadrilha ou bando, com previsão no art. 288, previsto no Título IX – Dos Crimes Contra a Paz Pública, ambos do Código Penal Brasileiro.

Na definição do tipo esbulho possessório, tem-se que aquele que o comete:

invade, com violência a pessoa ou grave ameaça, ou mediante o concurso de mais pessoas, terreno ou edifício alheio, para o fim de esbulho possessório. Pena: detenção, de um (01) a seis (06) meses, e multa.

Para a compreensão da norma legal, urge que seja feita a distinção etimológica entre as palavras esbulhos e turbação, cujos termos jurídicos são extraídos do Código Civil brasileiro, assim como a distinção entre os vocábulos ocupação e invasão, a fim de que se compreendam as diferenciações que vinculam tais ações.

No Código Civil, inobstante não se encontrem as definições dos termos, o legislador ofereceu ao possuidor e ao proprietário atos de legítima defesa na proteção possessória, capazes de proporcionar as distinções legais que permeiam os aludidos termos. Assim é que prevê, no art. 502, o direito do possuidor turbado poder manter-se e, ao esbulhado, poder restituir-se na posse por sua própria força (...), bem como, no art. 499, o direito do possuidor que tiver sido esbulhado de ser reintegrado na posse e o direito do possuidor turbado de ser mantido na mesma.

Dessa forma, possível se torna concluir que o esbulho na posse de alguém pressupõe a subtração, violenta e ilegal, pelo esbulhador, de toda a sua posse, a ponto de a proteção possessória se pautar na restituição do bem àquele que, injustamente, dele tenha sido privado. Já na turbação, ou perturbação da posse, tal pressupõe apenas violação de alguns dos direitos do possuidor sem, contudo, impor-lhe a privação violenta de sua posse, cuja proteção, então, será a manutenção desta, em sua plenitude.

O Código Penal, ao prever o crime de esbulho possessório, exige para sua configuração a ocorrência da perda da propriedade (por tutelar o prédio ou edifício alheio), a ponto de seu proprietário ter que ser restituído. Outrossim, exige a caracterização da invasão, ato violento e clandestino (art. 489 do Código Civil), em que o proprietário se veja impossibilitado, pelos meios utilizados pelo invasor, de manter-se na posse, perdendo-a em favor deste.

Dessa forma, somente a invasão para o fim de ocupação, e quando o imóvel não seja objeto de propriedade do agente, é que constitui elemento do crime que o Código Penal considera *esbulho possessório*, cujo objetivo jurídico é a tutela da inviolabilidade da propriedade, no aspecto da segurança da posse.

Partindo dessas premissas, o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, ao exigir o cumprimento do direito constitucional à reforma

agrária e o acesso à terra, objetiva, através de suas ações de resistência, tão-somente o cumprimento da norma constitucional, posto que sabedores dos meios constitucionais – via desapropriação – para obtê-la. Entretanto, ao não obterem a resposta estatal aos seus anseios democráticos, passam a praticar ações de resistência – denominada constitucional, conforme exposto –, a fim de pressionar o Estado a promover o cumprimento dos dispositivos constitucionais garantidores da cidadania.

Não há, pois, que se falar em invasão – ato violento, clandestino e precário – de terras pelo MST, sendo o termo ocupação mais acertado. É que este possui fins político-sociais, cujos motivo e destinação merecem ser analisados, como um instrumento de ação coletiva na luta por melhores condições de vida e mesmo pelo direito de sobrevivência das pessoas engajadas no objetivo comum.

Ora, o motivo que leva centenas de trabalhadores rurais a ocupar terras é a própria situação de miséria e de exclusão social – caracterizada pela inviabilidade de meios para progredirem –, em que se encontram relegados. Buscam ocupar terras improdutivas e sem destinação social que, descumprindo os objetivos da função social da propriedade exigidos pela Constituição Federal, mais constituem uma afronta à cidadania e aos direitos fundamentais insertos na Carta Constitucional.

Com a ocupação, objetivam chamar a atenção das autoridades estatais, tanto para a situação de miserabilidade em que se encontram quanto para o fato de que são cientes de seus direitos em participar do corpo social como sujeitos detentores de direito – do direito ao acesso à terra, como também cientes da fragilidade de muitos títulos de propriedade rural, os quais sucumbirão a uma análise mais acurada de suas origens registrais.

Em nome de um princípio moral (de que a terra deve ser utilizada para o trabalho e sobrevivência humanos), os trabalhadores rurais encontram a ocupação de terra ociosa razão de vida e legitimação para validar suas ações. Portanto, na imputação criminal dos crimes de esbulho possessório, mister se torna ao aplicador do direito o conhecimento do contexto social em que são praticados, cuja visão possibilitará a efetiva aplicação da tão desejada justiça social.

O problema da ilicitude e da justiça deve se compreendido numa adequação (social) do que seja lícito com aquilo que seja justo. Dessa forma, a norma e sua aplicação devem se integrar socialmente, tanto no que toca ao momento histórico vivido pela sociedade quanto aos valores que erige. Afirma-se, assim, que o valor social está embutido na tipicidade ou não da

conduta, podendo-se concluir que condutas não desvaliosas não podem ser típicas.

Certo é que as ocupações promovidas pelos integrantes do MST têm sua origem social de raízes profundas, decorrentes do não-cumprimento de normas constitucionais, aliado a um histórico processo de exclusão, em que a dominação econômica e social imperara.

No ajuste das atividades sociais às normas constitucionais, pode-se, então, afirmar que as ações de resistência constitucional do MST são legais, do ponto de vista jurídico, não se configurando o ato de ocupar terras improdutivas lesão penal ao bem juridicamente protegido, por faltar-lhes do dolo típico na caracterização do delito – o fim de invadir, para apropriar-se.

Nesse sentido, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 18/04/1997, no julgamento do *habeas corpus* HC 5.574/SP, relatou em sua ementa:

Movimento popular visando a implantar a reforma agrária não caracteriza crime contra o patrimônio. Configura direito coletivo, expressão da cidadania, visando a implantar programa constante da Constituição da República.

De todo o exposto, afirmando-se que os integrantes do Movimento dos Sem Terra, ao realizarem ocupações, estão a praticar ações de resistência civil, pode-se também afirmar que não cometem crime quando tais ações são praticadas por vários de seus integrantes.

É que, além da liberdade de associação para fins lícitos prevista na Constituição Federal (art. 5º, XVII), não objetivam, em se associando, praticar crimes, mas apenas o cumprimento das garantias constitucionais que lhe são negadas. Portanto, não há também que se falar em crime de quadrilha ou bando, previsto no art. 288 do Código Penal.

Este, assim o descreve:

Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena - reclusão, de um (01) a três (03) anos.

O entendimento de ser o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, um sujeito coletivo com fins específicos – *in casu* a Reforma Agrária – afasta qualquer possibilidade de imputação criminal pela prática do crime de

quadrilha ou bando aos seus integrantes, em razão do caráter jurídico-político-social que permeiam suas ações, que não perspassa pela intenção de cometer crimes, mas de exigir, conforme dito, o cumprimento de garantias e direitos constitucionais. Por fim, importa considerar que o ordenamento penal é instituído para prevenir e reprimir a criminalidade, e a pena tem o objetivo de punir o indivíduo que lesa o bem, individual ou social, evitando que volte a cometer crimes. Assim também, a execução desta tem o fim precípua de não só reintegrar o indivíduo à comunidade, mas de ressocializá-lo, através de medidas capazes de reintegrá-lo ao convívio harmônico da sociedade (consoante os dispositivos insertos na Lei de Execução Penal, nº 7.210/1984).

Conclui-se, então, que a utilização do ordenamento penal a reprimir as manifestações sociais que objetivam o cumprimento de normas constitucionais está a promover a tirania, pela repressão, e não proteção e garantia sociais, pela promoção da lei. E essa repressão é incapaz de reconduzir o indivíduo excluído e marginalizado ao acesso aos direitos fundamentais de cidadania e dignidade da vida.

7. O PODER JUDICIÁRIO NO ENFRENTAMENTO PENAL DA QUESTÃO AGRÁRIA: IDEOLOGIA NOS JUÍZOS E INJUSTIÇA NOS CONFLITOS DO CAMPO

Na organização do Estado brasileiro e a fim de gerir seu funcionamento, adotou-se a teoria tripartida de Montesquieu, em que o Estado, em três, dividindo-se em três poderes, harmônicos e independentes, torna-se capaz de se organizar administrativamente, através do Poder Executivo; legislativamente, pela criação da lei, através do Poder Legislativo; e judicialmente, pela aplicação da lei, através do Poder Judiciário.

Na esfera judicial, o Poder Judiciário tomou para si a função de coordenar, pela via jurídica, a vida social, dirimindo conflitos através de órgãos imparciais, com competência suficiente para solucioná-los à luz do Direito. Não se pode, contudo, olvidar que o Judiciário, através de seus juízes e tribunais, repalda-se não só na lei, mas também na falta, lacuna ou omissão desta, nas demais fontes do direito, quais sejam a jurisprudência, a equidade, a analogia e os princípios gerais do direito.

O juiz, investido do poder jurisdicional de julgar a lide que lhe é apresentada pela via processual, deverá, pois, pautar-se pela aplicação do direito através da lei – sua fonte primeira –, utilizando-se ainda dos demais

instrumentos de que dispõe, além da esfera normativa, para a promoção da paz social.

Tal é que o art. 5º da Lei de Introdução do Código Civil estabelece que:

Art. 5º - Na aplicação da lei, o juiz atenderá os fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Ora, sendo a lei a fonte primeira do direito, a ela deverá recorrer o magistrado para a solução dos conflitos judiciais. Entretanto, não mais se pode admitir a aplicação da letra fria da lei em face das exigências sociais, decorrentes da própria evolução da sociedade e, via de consequência, de sua transformação.

Situando-se o Direito no campo das manifestações humanas, sua realização – pela via do Poder Judiciário – faz-se necessária para regular a vida social, segundo os critérios de justiça. Assim, a norma jurídica possuirá vigência à medida que corresponda aos anseios e às mazelas das estruturas sociais. Tal é que estes se tornam condição *sine qua non* de eficácia da própria lei.

Havendo o Estado chamado para si a competência para a solução dos conflitos, abstraindo da alçada individual a realização da justiça, necessário que esta se concretize no intuito da realização do bem comum. A aplicação da lei, portanto, deve se pautar pelos critérios exigidos pela sociedade para o atendimento dos fins comuns entre os indivíduos. Compete ao juiz, no exercício de sua atividade jurisdicional, aplicar, portanto, a lei, direcionando-a, sempre, aos seus fins sociais e à promoção do bem comum.

O magistrado, imbuído da função julgadora na solução de conflitos, está a exercê-la ao proferir decisões ou sentenças. Estas, por força legal (art. 131 do Código de Processo Civil), deverão ser *motivadas*, competindo ao magistrado indicar, na sentença, os motivos que formaram o seu convencimento.

Muitas são, ao certo, as motivações judiciais, o que torna inclusive impossível ao magistrado indicar *todos* os motivos de seu convencimento, podendo-se distinguir três planos de motivações que permeiam as decisões judiciais, quais sejam: o *probatório*, decorrente da interpretação dos fatos e das provas produzidas no decorrer da demanda; o *peçoal*, representado por interferências psicológicas, sociais e culturais, além da preparação jurídica, do sentimento de justiça e da intelectualização do julgador; e o *ideológico*, decorrente da própria sucumbência do magistrado aos valores e concepção

do mundo, da formação familiar, da sua educação autoritária ou liberal e da classe social a que pertença. Trata-se, pois, de identificar o conjunto de representações, de valores, fins humanos e significados que permeiam o sentimento de justiça do magistrado e que, sem sombra de dúvidas, irão influenciar suas decisões.

Ao se referir ao bem comum, principalmente àquele garantido pela ordem constitucional, através da realização dos princípios referentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade (art. 5º, *caput* da CF/88) a todos os indivíduos, sem distinção, certo é que o magistrado deverá, ao proferir suas decisões – necessariamente motivadas –, fazê-las nos estritos termos da ordem constitucional.

A motivação ideológica das decisões judiciais é decorrente da substituição da realidade concreta pela realidade representada, vez que a ideologia está a serviço da classe social no poder em determinado momento histórico, pois, ao mesmo tempo em que mantém, legítima dada orientação política, econômica e social.

Considerando ser a sentença o ponto culminante do processo, importa considerar, atendo-se à questão dos conflitos no campo e das ações de resistência praticadas pelos integrantes do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, a carga ideológica que permeia tais decisões.

Na sentença, o magistrado deve ter conhecimento de todos os fatos, de todas as provas que possam formar-lhe o convencimento, a fim de bem julgar (Princípio do Livre Convencimento Judicial). Destarte, o processo, ao longo da história, tem servido muito aos interesses ideológicos da classe no poder, o que leva à prolação de decisões injustas, não se realizando a justiça social no caso concreto, por restarem relegados aos princípios garantidores da igualdade de todos perante a lei.

Essa paridade de todos perante a lei, contudo, deve estar presente não apenas na relação jurídica, respeitados os princípios do contraditório e do devido processo legal, mas também no aspecto prático, em igualdade social e econômica, a fim de que a igualdade seja aplicada através de critérios de justiça social. Caso contrário, culminaria tal princípio na realização da injustiça de dar ao miserável a miséria e ao opulento a opulência. Destarte, a situação de exclusão e de miserabilidade que se encontra a maioria dos indivíduos que litigam em processos judiciais em que a tônica é a luta pela terra, pelo acesso à propriedade desta e aos meios de produção através dela, é relegada e absolutamente desconsiderada, não impedindo que a visão julgadora do magistrado sucumba à carga ideológica das elites no poder. É que, inobstante estarem relegados à situação de exclusão e, portanto, de

desigualdade social em face dos grandes latifundiários, dos proprietários e dos grileiros de terra, tal fato – decorrente de um processo histórico aqui delineado – é desconsiderado em prol da prevalência da letra da lei, no que se refere aos artigos insertos na legislação penal tipificadores de condutas criminosas, traduzindo-se o juiz num porta-voz do sistema.

Tornam-se então, esses indivíduos, relegados ao campo mórbido de ilegalidade, em razão da idéia de justiça restar carregada de ideologia tradutora dos interesses dos grupos no poder, sendo utilizada para a manutenção dessa relação de poder. Portanto, há que se rejeitar a postura tradicional do Judiciário que, em nome da imparcialidade, vem aplicando mecanicamente a letra da lei, sem vislumbrar as nuances sociais relativas às desigualdades nos conflitos agrários. É que o Judiciário tem sido, cada vez mais, chamado a desempenhar papel mais abrangente no que se relaciona aos conflitos sociais permeados por desigualdades entre as partes em litígio. Há ainda que se considerar que, no que se relaciona aos conflitos pela terra, o Estado tornou-se o maior responsável pela situação de exclusão social.

Conforme visto, as legislações lacunosas ou mesmo a falta de regulamentação legal que disciplinasse o acesso à terra e a sua apropriação e as condições de manutenção do *status* de proprietário levaram à formação do quadro de resistência constitucional através de movimentos populares, em que o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra vem denunciar e rejeitar a miséria a que foram relegados os trabalhadores no campo, despossuídos da terra.

Faz-se, portanto, necessário um posicionamento do Judiciário mais comprometido com a justiça social, com os fins sociais da lei e com a justiça. Então, no chamamento do Judiciário para intervir em causas que versem sobre os conflitos sobre a propriedade da terra e as manifestações de resistência política dos integrantes dos movimentos sociais, principalmente o MST, mister se torna considerar as origens do conflito, suas causas e o que objetivam. Tais perquirições representarão extraordinária desenvoltura do Judiciário no comprometimento com a busca da justiça na melhor decisão a ser adotada para tratar dos conflitos agrários emergentes de ocupações rurais.

Considerável parte da magistratura brasileira, inobstante a carga ideológica que, conforme explanado, tem levado a julgamentos injustos na solução dos conflitos civis e penais que versem sobre a posse da terra, tem se posicionado de forma a compreender as ações do MST como meio de luta para a realização da Reforma Agrária, subtraindo-lhes o potencial típico das condutas incriminadas pela legislação penal brasileira.

No intuito de descaracterizar as ações de resistência promovidas pelos integrantes do MST e defendidas pelos operadores jurídicos têm sido, muitas vezes, aceitos pelos magistrados na prolação de suas decisões os seguintes argumentos:

1. Ausência de dolo, ou seja, ausência da consciência e da intenção de praticar crime. Esta tese foi adotada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça (6ª turma), em que se sustenta, na fundamentação de decisão na ordem concessiva de *habeas corpus* em favor de José Rainha e outros, que não se pode confundir com o delito de esbulho possessório a ação praticada pelos integrantes do MST, por postularem a Reforma Agrária, garantida constitucionalmente. Assim, a intenção não é usurpar a propriedade alheia, mas pressionar o governo a agilizar as desapropriações e assentamentos.
2. Estado de necessidade, sob o fundamento de que a ocupação de terras improdutivas constitui legítimo instrumento de reivindicação política contra a omissão do governo em não promover a justiça social, tratando-se de conduta amparada pela excluyente da ilicitude *estado de necessidade*.
3. Objeção de consciência, considerada como causa supralegal de exclusão da culpa, em razão de a ação do agente ser motivada por razões superiores que afastam o juízo de censurabilidade do Estado. Ocorre quando determinadas leis deixam de ser exigíveis em face da Constituição Federal, pelos princípios que norteiam e que se sobrepõem ao ordenamento.
4. Legitimidade da ação dos movimentos populares, em razão de se caracterizarem como um movimento social de resistência, e suas ações devem ser consideradas, a princípio, legais, públicas e não-violentas, com o objetivo de provocar a alteração de lei, política governamental ou prática social, além de obter o apoio ativo de opinião pública para a sua causa.

Portanto, na reivindicação da Reforma Agrária, mediante a execução de um programa de desapropriações e retomada de terras que não cumprem sua função social é que hoje o Judiciário, principalmente quando invocado a proferir decisões em instâncias superiores, tem interpretado o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, cuja postura contrária não mais pode ser aceita em razão dos princípios constitucionais vigentes, inclusive em razão da necessidade, cada vez mais premente, da realização da Justiça Social.

7. RESUMO

Criminalização do Movimento dos Trabalhadores sem Terra e Garantias Constitucionais

A questão da imputação criminal às ações praticadas por integrantes do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, envolve a aceitação de razões muito além da necessidade da aplicação do direito de punir do Estado.

O MST é analisado como um movimento social cujos objetivos não se relacionam com a violação da ordem jurídica. Suas ações são consideradas como ações de resistência constitucional.

A conjugação dos fatores sociais, a abolição de ideologias, o desmascaramento das versões do fato para compreendê-lo no contexto social em que o mesmo se formou e se desenvolve possibilitam um novo tratamento jurídico às ações praticadas pelos integrantes do MST. Esta é a proposta, onde se formará o convencimento de que a questão agrária deve ser tratada com justiça social, e que as ações dos integrantes do MST não mais podem se relegadas à esfera da banalização criminal.

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, F. *Direito agrário: política fundiária no Brasil*. Belo Horizonte: Del'Rey, 1995. 271 p.
- ARAÚJO, L.E.B. *O acesso à terra no estado democrático de direito*. Frederico Westphalen: URI, 1998. 254 p.
- BATISTA, N. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996. 136 p.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: [s.n.], 1988. 292 p.
- BRASIL. *Denúncias criminais com motivação política contra ativistas da reforma agrária*. Brasília: [s.n.], 1997.
- BRASIL. *Código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1999a. 895 p.
- BRASIL. *Código penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1999c. 486 p.
- BUSATO, A. *Manipulação dos tipos penais e criminalização dos movimentos sociais*. Curitiba: [s.n.], 1998. (Texto elaborado para o Ciclo de Discussões Orientadas, desenvolvido pelo Ministério Público do Paraná e Universidade Federal do Paraná).
- CARVALHO, H.M. Tática reformista, estratégia revolucionária. In: STÉDILE, J.P. *A questão agrária hoje*. 2. ed. Porto Alegre: UFRGS, 1994. 370 p.
- CHAUÍ, M. *O que é ideologia*. São Paulo: Brasiliense, 1984.
- FACHIN, L.E. *A justiça nos conflitos no Brasil*. Goiânia: INCRA/UMAU, 1991. (Palestra para o Encontro Mundial de Direito Agrário).

- FAJARDO, E. *Em julgamento a violência no campo*. Relato das mortes analisadas pelo Tribunal Nacional dos Crimes contra o latifúndio. 6. ed. Petrópolis, RJ: Vozes/Instituto de Apoio Jurídico Popular/FASE, 1988.
- FIGUEREDO, S.A.P. *As ocupações de imóveis destinados a reforma agrária: da desobediência civil e do estado de necessidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- FOWLER, M.B. *Criminalização dos movimentos sociais*. Curitiba: [s.n.], 1988. (Texto elaborado para o Ciclo de Discussões Orientadas, desenvolvido pelo Ministério Público do Estado do Paraná).
- GRZYBOWSKI, C. Movimentos populares rurais no Brasil: desafios e perspectivas. In: STÉDILE, J.P. *A questão agrária hoje*. 2. ed. Porto Alegre: UFRGS, 1994. 370 p.
- GRZYBOWSKI, C. *Caminhos e descaminhos dos movimentos sociais no campo*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1990. 90 p.
- IHERING, R.V. *A luta pelo direito*. 12. ed. Rio de Janeiro, RJ: 1992. 88 p.
- INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA. *Livro branco da grilagem das terras*. Disponível em: <www.incra.gov.br>. Acesso em: 04.05.2000.
- JESUS, D.E. *Princípios gerais de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1985.
- JONES, A.S. *A política fundiária no regime militar: grilagem especializada e legitimação privilegiada*. São Paulo: USP, 1997. 414 f. Tese (Doutorado em Sociologia) - Universidade de São Paulo, São Paulo.
- MARTINS, J.S. *Os camponeses e a política no Brasil*. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1990. 185 p.
- MARTINS, J.S. *Expropriação e violência - A questão política no campo*. 3. ed. São Paulo: Hucitec, 1991. 271 p.
- MEDEIROS, L.S. *História dos movimentos sociais no campo*. Rio de Janeiro: FASE, 1989. 215 p.
- MOORE JUNIOR, B. *Injustiça - As bases sociais da obediência e da revolta*. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- PINTO, A.N. A desobediência civil e o movimento dos sem terra. In: VARELLA, M.D. *Revoluções no campo jurídico*. Joinville, SC: Oficina Comunicações, 1998. p. 79.
- PORTANOVA, R. *Motivações ideológicas da sentença*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. 168 p.
- ROCHA, F.A.N.G. *Ocupação coletiva em imóvel rural que não cumpre sua função social*. [S.l.]: CAD (Centro de Atualização em Direito), 1999.
- ROCHA, F.A.N.G. *Reintegração de posse, ocupações coletivas e Ministério Público*. (Tese aprovada no 11º Congresso Nacional do Ministério Público, 23 a 26 de setembro de 1996, Goiânia, GO).
- SCHERER-WARREN. *Movimentos sociais no campo*. Porto Alegre: UFSC, 1987. 140 p.
- SCHERER-WARREN. *Redes de movimentos sociais*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1996. 143 p.
- SILVA, J.G. *A reforma agrária brasileira na virada do milênio*. Campinas: Abra, 1996. 246 p.
- STÉDILE, J.P. A questão agrária e o socialismo. In: STÉDILE, J.P. (Coord.). *A questão agrária hoje*. Porto Alegre: UFRGS, 1984. p. 306-322.

TAVARES, G.O. O direito fundamental de resistência do Movimentos dos Sem-Terra. In: GUERRA FILHO, W.S. (Org.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 45-61.

TOLEDO, F.A. *Princípios básicos de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. 280 p.

VAZ, I. *Direito econômico das propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. 698 p.

DO PODER CONSTITUINTE

Carlos Roberto Ramos,

Professor do Dep. de Direito da UFV (aposentando)

Mestre em Direito pela UFMG

SUMÁRIO: 1. Notícia Histórica - 2. Constituição - 2.1. Conceito - 2.2. Tipos de Constituição - 3. Conceito de Poder Constituinte Originário - 4. Natureza do Poder Constituinte Originário - 4.1. Poder de Fato - 4.2. Poder de Direito - 5. Titularidade - 6. Poder Constituinte Originário - 6.1. Características - 7. Poder Constituinte Derivado (Instituído, de 2º Grau, de Revisão e Constituído) - 7.1. Características - 7.2. Limites - 7.2.1. Circunstâncias - 7.2.2. Materiais - 7.2.3. Temporais - 8. Conclusão - 9. Literatura Consultada.

PALAVRAS-CHAVE: constituição; constituinte; estado; e nação.

1. NOTÍCIA HISTÓRICA

A idéia de Constituição não é nova, e, sem exagero, pode-se dizer que ela surgiu no mundo antigo, na Grécia. Aristóteles, em "A Política", descreve o regime de uma cidade, quando tece considerações a respeito da teoria geral do governo-modelo; da diversidade de partes de que se compõe a cidade; da democracia; da qual a melhor forma de governo; dos corpos deliberativos; dos magistrados e das magistraturas; dos juízes e dos julgamentos; da atribuição da soberania; etc. Não seria, pois, um protótipo da Constituição?

A palavra Constituição, com o sentido mais atual, é assim referida por CÍCERO (1), em sua obra "Da República": "...Em suma, não há felicidade sem uma boa constituição política; não há paz, não há felicidade possível, sem uma sábia e bem organizada República".

Foi na Inglaterra, entretanto, na Idade Média, que a liberdade política e a igualdade civil se manifestaram timidamente como condições indispensáveis à vida social. João Sem Terra, na luta que travou com os barões e prelados (título honorífico privativo de dignidades eclesiásticas), foi

vencido em 1215, quando foi obrigado a assinar a Magna Carta, em cujos 63 artigos se vêem as garantias e as limitações à autoridade real, reclamadas pelos nobres e pelos religiosos. O povo não participou daquele movimento. Trata-se de um marco histórico, muito embora não passasse aquele documento de um acordo entre a nobreza e os prelados com a monarquia.

Apesar da discussão dos autores acerca da época exata do aparecimento da “Lex Fundamental”, o sentido de lei fundamental veio da Europa, aproximadamente no século XIV, lei que tem força superior à das demais, ficando o rei obrigado ao seu cumprimento.

As Leis Fundamentais do Reino eram aquelas superiores aos próprios reis, sob as quais ele era impotente, nos momentos de crises, eram invocadas. Distinguiam-se entre Leis Fundamentais do Reino e Leis do Rei, assemelhando-se estas últimas às leis ordinárias.

Luís XIV, símbolo do absolutismo em França, que dizia poder tudo, não pôde se fazer suceder por sua filha, uma vez que a Lei Sálica (Lei Fundamental do Reino) não permitia o acesso de mulheres ao trono.

HORTA (2) afirma que se deve ao filósofo suíço Vattel “a tarefa de esclarecimento do conceito de ‘Lex Fundamental’ e de sua projeção no plano jurídico-político da Lei Constitucional, a que ele confere conteúdo de permanência e superioridade em relação às outras leis do Estado”.

Em 1628, o Parlamento impõe ao monarca (Carlos I) a “petition of Right”, que continha, basicamente, a proibição de se instituírem impostos sem a audiência do Parlamento, bem como a vedação de prisões arbitrárias e o uso de lei marcial em tempo de paz.

A seguir, com a revolução liberal e burguesa ocorrida na Inglaterra, ressurgiu indispensável a idéia de um constitucionalismo em linhas definidas, originando-se o “Agreement of the People” (1647) e o “Instrument of Government” (1653).

Derrubada a Monarquia dos Stuarts, ascende ao poder o famoso Cromwell, que entendeu necessária a elaboração de uma nova ordem jurídica, que se consubstanciou no “Instrument of Government”.

Mais recentemente, em 1689, o Parlamento aprovou o “Bill of Rights” – Declaração de Direitos –, contendo em seus 13 preceitos limitações ao poder do rei, proibindo-o de suspender leis; consagra o direito de petição, assegura a liberdade e a inviolabilidade dos membros do Parlamento quando no exercício de suas funções e proíbe o favor régio, ou seja, a dispensa do cumprimento de lei por parte de alguém.

Como se pode depreender, o Parlamento vai limitando a autoridade do rei, estabelecendo a liberdade dos cidadãos, condicionando o monarca às leis

aprovadas pelo órgão competente, proibindo penas excessivas e cruéis aos criminosos, franqueando aos cidadãos o direito à petição etc. Faltava-lhes o direito à liberdade religiosa, fato que fez com que os ingleses contrários à religião oficial de seu país fossem perseguidos, resultando na fuga deles, no navio May Flower, para a América do Norte, onde fixaram residência. A América do Norte muito ganhou com esses novos habitantes, consagrando-se lá, unanimemente, os direitos individuais, à mercê do espírito liberal e da experiência dos ingleses lá refugiados.

Em 1776, emancipam-se as colônias inglesas da América do Norte, tendo cada uma delas um esboço da Constituição, onde se consagravam os pressupostos liberais, conquistados ao longo da história. Aqui, começa a surgir a fase áurea do constitucionalismo, que vai influenciar todo o mundo. Desta forma, ao que tudo indica, nasce a primeira Constituição escrita, a Constituição dos Estados Unidos da América, promulgada na Convenção de Filadélfia, em 1787.

Segue-se-lhe a Constituição Francesa, de 3 de setembro de 1791, elaborada pela Assembléia Constituinte da França, de 18 a 27 de agosto, logo após a Revolução de 1789. Nela ficou famosa a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, como se intitulou à época. Esse documento, sendo a mais ampla declaração de direitos individuais, o mais complexo, o de mais solene redação, ofuscou os demais que o antecederam.

Os efeitos desse movimento alastraram-se pelo mundo, sofrendo, pois, a Constituição Norte-Americana de 1787 a sua primeira emenda, em 1799, justamente para incorporar aqueles princípios elencados na Constituição Francesa.

Basicamente, hoje se repete, em todas as Constituições do mundo, o capítulo das declarações do direito do homem. É verdade, todavia, que a evolução e o dinamismo do direito têm burilado aqueles princípios, mas, para nós, como bem o disse Rui Barbosa, “eles são imortais, mas não imutáveis”.

Imortais porque encerraram uma página de lutas, de desrespeito ao ser humano, fazendo renascer a esperança no Estado fraterno, livre e democrático.

2. CONSTITUIÇÃO

2.1. Conceito

Constituição – do latim *constitutio*, de *cum* + *statuere*, significando estatuir conjuntamente, indicando ordem, organização, composição e ato de firmar, de estabelecer, de constituir.

Antes de se adentrar no conceito de constituição, é bom deixar claro, de antemão, que esta comporta uma visualização sociológica ou material, jurídica ou formal. Cada Estado, cada associação política, cada unidade política, cada grupo social pressupõe uma individualidade, relevando características próprias, tradições suas, aspirações e emoções peculiares. Isso faz com que surjam, também, vontades, estruturas organizacionais, “modus vivendi” privativos, particulares de cada ente político. Essa realidade social, incontestável, influencia, ou pelo menos deveria influenciar, as normas escritas fundamentais, que nascem, assim, de uma vontade geradora legítima. Ao contrário, constatar-se-ia uma norma divorciada da realidade, razão permanente de descrédito e de desobediência civil conscientes.

Nesse aspecto, é sempre presente o ponto de vista de LASSALE (3): “Os problemas constitucionais não são, primariamente, problemas de direito, senão de poder; a verdadeira Constituição de um país só reside nos fatores reais e efetivos do poder que regem esse país; e as Constituições escritas não têm valor nem são duradouras a não ser quando dão expressão fiel aos fatores de poder imperantes na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que vocês devem guardar”.

Nesse ponto, aliás, contestam-se os Positivistas ou Normativistas, os quais defendem a Constituição apenas sob o enfoque jurídico, como se esta, a Constituição, fosse apenas produto da elaboração humana, distante dos anseios da nação.

É bem verdade, outrossim, que numa sociedade pouco evoluída se deve mesclar realidade social com alguns preceitos modernos, pinçados até mesmo do Direito Comparado, como forma de forjar uma nova tendência ou mentalidade salutar à nação.

A despeito disso, BRYCE (4) sentencia: “As constituições são expressão do caráter nacional; mas, por sua vez, as constituições modelam o caráter daqueles que se habitam a elas”.

As constituições não podem nascer da vontade de poucos, da vontade de governantes, tão comprometidos, mas da vontade do contingente humano que compõe o Estado, que é, em suma, a razão deste.

O reitor Sebastião Guimarães Vieira, da Universidade Regional do Nordeste, no Boletim do Conselho de Reitores, muito bem se expressou, ao atestar que “A Constituição é um apelo, é um horizonte, é uma possibilidade de institucionalizar as necessidades e os anseios da pátria, consubstanciando um tipo de ordenamento jurídico para reger os direitos da cidadania, em razão do bem-estar social da população, dentro da ordem pública. A Constituição é, por conseguinte, a legitimação do bem comum”.

Infere-se, pois, que a Constituição Sociológica ou Material é aquela que antecede a Constituição Escrita, é a organização estatal, são os costumes, as instituições políticas não codificadas.

Finalizando, FERREIRA (5) aduz: “O meio social e histórico exerce uma profunda e visível influência sobre a ordem jurídica, que não se desenvolve, alheia às circunstâncias da realidade econômica e social. A Constituição se modela por influência de fatores circunstanciais de sociedade determinada, refletindo os usos e costumes dominantes, as tradições religiosas e culturais, os sistemas de forças produtivas, uma série de fatores econômicos e culturais que lhe imprimem a sua marca indelével”.

Sobre o prisma jurídico ou formal, a Constituição seria a transposição daqueles anseios, tradições e realidade social para um código, ou melhor, para uma lei escrita, no caso a Lei Fundamental, mas não é só isso; há de acrescentar àqueles fatos o produto da inteligência do Poder Constituinte, da força revolucionária de que, muitas vezes, ele se investe. Se se admitirem a coincidência e a superposição da carta social e política, a inteligência e a evolução do homem sejam desprezadas, não necessitando, dessa forma, elaborar a constituição; seria simplesmente a transcrição. O Direito está sempre à procura do aprimoramento, de tal forma a se aproximar da verdadeira Justiça e, como tal, é um eterno *dever ser* – uma busca contínua do bem comum.

A Constituição Jurídica ou Formal seria o “produto acabado”, o conjunto ordenado de regras jurídicas maiores, porque superiores a todas as outras, cuja matéria-prima é a vontade soberana da nação.

BURDEAU (6) propõe o seguinte conceito de Constituição: “A constituição é a regra pela qual o soberano legitima o Poder aderindo à idéia de direito que ele representa determinando em consequência as condições de seu exercício”.

Para o festejado autor, a constituição é condição do Estado de Direito. Alinhavando seu pensamento, depreende-se, claramente, encontrar-se o porquê de uma constituição exatamente na força obrigatória, coativa, resultante da idéia de Direito que a carta encerra. Distinguindo a constituição em social e política, ele afirma que a Constituição social se aplica a certa maneira de ser da sociedade, ao passo que a política diz respeito ao Estado. Uma compreende as tendências, as tradições, os usos morais, sociais, econômicos, ao passo que a outra não comporta senão regras jurídicas. Uma, a social, engloba a totalidade da vida em grupo; a outra, a política, visa o fundamento, a disposição e o exercício do Poder Político.

Na verdade, o conceito de constituição preocupa os autores, uma vez ser difícil precisá-lo, ademais que cada época o enfocou sobre prismas diversos. No período após a Revolução Francesa, não havia falar-se em constituição sem que nela preponderassem os Direitos Individuais e a Separação de Poderes. Antes desse período, preocupou-se mais com a limitação da monarquia e a restrição de se instituírem tributos. Modernamente, a Constituição absorveu conceitos sociais, englobando muito mais que a tradicional regulamentação da forma de governo e a garantia das liberdades do povo. Hoje, sua conceituação passaria por uma amplitude, pois, mais e mais, aviva-se a crença numa carta legítima, que estende seus braços sobre todas as conquistas do homem através dos tempos, tratando dos mais diversos assuntos integralizadores do acervo da Nação. Ampliaram-se não só os direitos, mas, sobretudo, as garantias, ou a maneira concreta e efetiva de fazê-los valer.

Na vasta conceituação existente, ora se deparam com noções de hierarquia – “É a lei fundamental do Estado, anterior e superior a todas as outras Orban”; ora o sentido de gestão administrativa – “Um processo de racionalização e planificação da vida estatal” (Garcia Pelayo); ora o sentido exaustivo – “Constituição é o conjunto de preceitos jurídicos, geralmente reunidos em um código, que discrimina os órgãos do poder público, fixa-lhes a competência, declara a forma de governo, proclama e assegura os direitos individuais” (Darcy Azambuja).

Em se tratando de constituição escrita, sintética e elucidativa, tem-se a lição de FERREIRA (7): “É a totalidade de preceitos jurídicos fundamentais delimitados por escrito pelo poder constituinte”. Aqui, o sentido mais atual de constituição, pois pressupõe um poder constituinte soberano, legítimo, que ditará as normas em consonância com os anseios duradouros da Nação.

2.2. Tipos de Constituição

Se cada Estado tem as suas peculiaridades e singularidades, não seria possível exigir-se um modelo constitucional único ou uniforme, pois, sendo soberanos, os Estados escolhem a forma que melhor os atenda. Vários doutrinadores estabeleceram critérios para classificar as constituições. BRYCE (8) classificou-as, quanto à alterabilidade ou consistência, em Rígidas e Flexíveis ou Plásticas.

Rígidas são as constituições que oferecem resistência a reformas, permitindo-as, porém estabelecendo solenidades e imposições pesadas para tal desiderato. Entende-se que a lei fundamental não se revoga como as leis

ordinárias, mas por intermédio de procedimentos outros contidos nas cartas, o que serve, também, para diferenciar as leis constitucionais das demais. Imutáveis não são, porque seria admitir-se o Estado estático. Existe a evolução natural, própria mesma da sociedade humana, que exige novas regras e recursos novos para situações novas. Por isso dizer-se que o Direito é dinâmico, ele acompanha a época.

A reforma, revisão ou emenda da Constituição, no sistema rígido, faz-se por uma maioria qualificada dos representantes do povo, ou por intermédio de consulta ao próprio povo, via “referendum”. A esse respeito dispõe cada constituição. Montesquieu, por certo, adotaria esse tipo, pois previu que a menor mudança numa constituição destrói-lhe os princípios e causa-lhe a ruína.

A Constituição dos Estados Unidos da América do Norte é a que melhor se enquadra nesse sistema, pois exige que a maioria de 2/3 do Congresso ou 2/3 das Assembléias dos Estados apresentem proposta de alteração, que, apesar de aprovada pelo Congresso, só vigorará se for ratificada por 3/4 das Assembléias estaduais.

Flexíveis, quando a constituição permite alterações sem maiores delongas, mudanças essas que podem ser feitas pelo parlamento comum. Tendo por critério de classificação sua forma, podem, as constituições, ser Escritas e Costumeiras. Escritas porque o seu conteúdo vem catalogado em documentos escritos, produto de uma elaboração consciente. É palpável por quantos lhe queiram conhecer os ensinamentos. O movimento liberal do século XVIII realçou-as, apontando algumas vantagens de sua adoção, como:

- 1) A constituição escrita é mais solene, não podendo ser alterada ao bel prazer; obedece às formalidades nela expressas, sendo passível de consulta por todos, sendo até meio educativo.
- 2) A constituição escrita fixa, de forma inconfundível, a organização política estatal. A primeira constituição desse tipo, já foi dito, é a dos Estados Unidos da América do Norte.

Costumeiras, também denominadas Consuetudinárias, porque se arrimam nos usos e costumes fixados pela tradição. Aqui, não se elaboram normas, transcrevem-se os costumes existentes e consagrados.

Até o século XVIII, não havia constituições escritas. Quando muito, eram escritos esparsos, deficitários e incompletos que continham, às vezes, só a forma de governo, a sucessão da coroa, os privilégios da nobreza e do clero etc.

Os contrários a esse tipo de constituição alegam seus inconvenientes:

- 1) É conhecida apenas por uma minoria, os especialistas, não sendo, dessa forma, educativa, uma vez que não permite a todos conhecê-la.
- 2) Está sujeita a deformações e interpretações casuísticas.

A Inglaterra, atualmente, é, ainda, um Estado de Constituição Costumeira. Os problemas fundamentais de sua organização política figuram em instituições seculares, como a Magna Carta, do rei João Sem Terra, de 1215, e outros dos séculos posteriores. O Parlamento inglês tem o poder de adaptar ou reajustar as disposições antigas às circunstâncias da época.

Quanto à origem, as constituições podem ser votadas ou outorgadas.

Votadas quando elaboradas ou formuladas pelo povo, por intermédio de seus legítimos representantes, os quais se reúnem, em convenção ou em assembléia, com o fim único de elaborar e promulgar a constituição. A Carta norte-americana de 1787 e a francesa de 1791 se enquadram aí. Outorgadas quando impostas de cima para baixo, pela vontade unilateral de um ditador, sem a participação do povo ou de seus representantes: as Constituições do Brasil de 1824 e 1937, outorgadas, respectivamente, por D. Pedro I e Getúlio Vargas.

JACQUES (9) acresceu às classificações existentes a que diz respeito ao dogma, podendo ser “Ecléticas e Ortodoxas”. Ecléticas, quando absorvem mais de uma ideologia, permitindo a influência plúrima de ideologias. A Constituição de 1946 (Brasil) trouxe influência socialista e liberal – Constituição de Weimar e Constituições Norte-Americana e Francesa, respectivamente. Ortodoxas são as constituições que se fecham em uma única ideologia, fazendo mesmo desta uma apologia. A Constituição da União Soviética de 1936 e a da China de 1954 servem de exemplo.

3. CONCEITO DE PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

A Revolução Francesa veio, efetivamente, consagrar a teoria do Poder Constituinte.

Deve-se ao Abade Sieyès toda a formulação da doutrina do Poder Constituinte, que expôs em sua obra “Qu’ est ce que le Tiers État”?

Poder Constituinte é, pois, aquele que cria a Constituição. Sieyès diferenciava Poder Constituinte do Poder Constituído. Para ele, o Poder Constituinte elaborava a Lei Fundamental e o Poder Constituído a Lei Ordinária. “A Constituição não é obra do Poder Constituído, mas do Poder Constituinte.”

Para o festejado autor, todo Estado tem uma Constituição, produto de um Poder – O Constituinte –, que é anterior à Constituição. É esse Poder Constituinte que cria os Poderes do Estado, ou os Poderes Constituídos, portanto é-lhes superior. Seria como uma relação de criador e criatura.

O que é, pois, a Constituição senão a regulamentação das ações do Estado, da liberdade dos cidadãos, de seus direitos para com a coletividade e da coletividade para com ele? Enfim, é a própria vontade do povo que estabelece o “modus vivendi” de seu país, visto que a constituição é a expressão de soberania. É o retrato da vontade popular, ao menos no Estado democrático.

“Poder Constituinte é poder do povo de decidir sobre a constituição fundamental do Estado. É o poder de elaborar e promulgar a Constituição. É o poder que define o regime político do Estado e o seu sistema de Governo. É o poder de criar os órgãos principais do poder público, fixando-lhes as atribuições, as competências e as limitações. É o poder fonte dos Poderes do Governo. Dele é que derivam e dependem os demais poderes. Todos os demais Poderes são constituídos por determinação dele. São, pois, Poderes constituídos. Somente ele, e mais nenhum, é originariamente constituinte” JÚNIOR (10).

Para FRANCO (11), “O Poder Constituinte Originário apresenta-se, ou no momento da organização do Estado, por exemplo, no caso de uma antiga Colônia que conquista a independência e elabora a sua lei constitucional, ou, também, dentro dos Estados já existentes, nas ocasiões em que revoluções, guerras externas, ou outros acontecimentos, tornam necessária a reordenação jurídica fundamental do Estado”.

HORTA (12), estudando a natureza do Poder Constituinte, ensina: “Historicamente, o Poder Constituinte Originário representa a irrupção de fato anormal no funcionamento das instituições estatais. Esse aparecimento está associado a um processo mais violento, de natureza revolucionária, ou a uma decisão do alto, geralmente materializada no *golpe de Estado*. A revolução como fenômeno que subverte a estrutura estatal e social. O *golpe de Estado* como transformação do ordenamento estatal por atividade institucional de órgão do próprio Estado”.

AGESTA (13), em sua talentosa explicação de Donoso, afirmava que “O poder constituinte não pode ser localizado pelo legislador, nem formulado pelo filósofo; porque não cabe nos livros e rompe o quadro das constituições; se aparece alguma vez, aparece como o raio que rasga o centro da nuvem, inflama a atmosfera, fere a vítima e some”.

Nas expressões anteriores se percebe, claramente, o caráter originário e extraordinário com que se produz a ordem constitucional, quando tem sua fonte numa decisão criadora. Esta não se apóia em nenhuma ordem anterior. Está acima de todos os poderes constituídos e de todas as razões, que podem fundamentar um direito ao exercício desse poder. É simplesmente um fato histórico que acusa sua presença com sua atuação, fundando suas decisões no impulso e na eficácia de sua vontade.

Poder Constituinte Instituído é aquele que vem disposto na Constituição, pressupõe uma Lei Fundamental anterior, que delimita poderes e a forma de exercê-los.

BURDEAU (14) ressalta que para “se saber a quem ele (Poder Instituído) pertence, basta se reportar à Constituição. É ela que prevê a autoridade a quem incumbirá eventualmente o direito de a modificar: qualificada pela Constituição, esta autoridade é, pois, um órgão do Estado”.

Poder Constituinte Instituído é, assim, aquele conferido, geralmente, ao Poder Legislativo previsto na Constituição, a quem se defere poder de revisão ou de emenda, mediante certas exigências.

Conclui-se, assim, que o Poder Constituinte Originário nasce da revolução, processo radical legitimado pela Nação, cujo fim é a transformação social, política e, até mesmo, econômica do Estado. Há, aqui, um basta na estrutura antiga, nascendo no Estado uma nova ordem, sem compromisso com o regime antigo, apenas compromissado com o Direito Natural, aquele que faz os indivíduos crerem num ideal dominante, num ideal de justiça social, acima das leis.

Nesse sentido, há clareza nos dizeres de AGESTA (15): “O poder constituinte não encontra sua justificação em uma legitimidade jurídica anterior; seu fundamento é de caráter transcendente à ordem jurídica positiva. Pode apresentar-nos como um puro fato de força, pois normalmente deve buscar seu fundamento em um Direito superior ao positivo. A doutrina de um *direito à revolução* tem aqui seu lugar”.

A revolução é, destarte, a quebra de continuação da ordem vigente. Nasce, também, o Poder Constituinte Originário de um *golpe de Estado*, do alto para baixo, fazendo com que o representante do Estado, por intermédio de atividades contrárias à Constituição, imponha uma nova ordem, muitas vezes frontalmente contrária ao direito vigente. Nesse mister, conta, o mais das vezes, com o apoio de membros do Governo e de grupos fiéis a este.

BONAVIDES (16) afirmou que “O Poder Constituinte sempre existiu, porque jamais deixou de haver ato ou o procedimento de uma sociedade para estabelecer os fundamentos de sua própria organização”.

Em que pese a palavra anterior, não se pode negligenciar que foi com Sieyès, no final do século XVIII, que o Poder Constituinte se reveste das características de *soberania nacional*, tal qual é entendido hoje. A elaboração de uma teoria do Poder Constituinte se deve, inegavelmente, ao referido Abade.

4. NATUREZA DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

4.1. Poder de Fato

Os positivistas só entendem por Direito o conjunto de normas jurídicas, elaboradas, positivas, no sentido de que se encontram elencadas. Para essa corrente, o Direito é ordenadamente jurídico, produto de uma das funções do Estado: a função legislativa.

A maior relevância da teoria positivista se encontra em Hans Kelsen, que tratou de eliminar os fenômenos não-jurídicos do Direito, consagrando que o Direito é norma, nada mais. O conhecimento jurídico era, para ele, o conhecimento do direito positivo.

Depreende-se do raciocínio de MALBERG (17) que o órgão estatal nasce da Constituição, portanto a Constituição é anterior ao órgão que poderia tê-la elaborado. No momento de se apreciar a Constituição que deu origem ao Estado, a primeira infere-se que não existia órgão algum, nem sequer existia este como pessoa jurídica, pois a pessoa do Estado só nasce pela organização efetiva da coletividade nacional. Chega-se, dessa forma, à conclusão insofismável de que a Constituição inicial, primitiva do Estado, aquela que lhe deu origem, não proveio de seus órgãos, mas de uma fonte situada fora do Estado. Vale dizer que, na origem do Estado, existem uma vontade e um poder distintos do próprio Estado, vontade e poder que só podem ser de indivíduos; vontade geradora do Estado, anterior e superior a ele. A soberania absoluta ou propriamente dita, portanto, está situada primitivamente fora do Estado, donde se dizer que é necessário buscá-la nos indivíduos, na Nação.

Para o preclaro autor, o Direito nasce com o Estado, não preexistindo a este. Isso posto, fácil é consentir que os positivistas não encaram a Constituição ou o Poder Constituinte, aquele que deu vida à Constituição, como um poder de direito. Se o direito não foi estabelecido pelo Estado não é Direito, é sim um *fato*. O poder de elaborar a carta constitui, no dizer daqueles, *mera força social*.

CUNHA (18) sintetizou: “O poder constituinte originário, para o positivismo é metajurídico. É um fato anterior ao direito posto, que lhe tira, portanto, o caráter de poder jurídico”.

O Poder Constituinte é, para essa corrente, um *Poder de Fato*, pois nasce por si próprio, não se baseando em regra jurídica anterior.

4.2. Poder de Direito

Admitindo a existência de um direito anterior ao direito positivo, tem-se que o Poder Constituinte é um poder de direito, oriundo de um poder natural do homem de organizar a sua vida social.

Os jusnaturalistas São Tomás de Aquino – O filósofo da Igreja –, Grócio e Kant, dentre outros, sempre entenderam que o Direito Natural preexiste, antecede e embasa o Direito Positivo.

SANTOS (19) ressalta que “A idéia da liberdade, a inclinação social do homem e o direito dos homens organizarem a sociedade política, sem dúvida, constituem os primados, os elementos comuns e fundadores do Direito Natural”.

BURDEAU (20) afirmou que o Poder Constituinte Originário é um *poder inicial, autônomo e incondicionado*, portanto bem diferente dos poderes catalogados numa constituição. De pronto, evidencia-se a superioridade daquele sobre estes, pelas condições mesmo apontadas pelo grande tratadista. Está claro, pois, que o Poder Constituinte originário é anterior à Constituição, pois se impõe ao próprio Estado. Continuando, reforça que esse Poder é uma força política dominante, trazendo consigo nova idéia de Direito, que se sobrepõe às idéias antagônicas, ou contrárias, mudando, transformando o Direito. Há, pois, nesse instante, quebra de continuidade de uma ordem jurídica, impondo-se nova ordem.

Acha o referido mestre que é paradoxal não se reconhecer juridicidade a um Poder que pode mudar o Direito Positivo ou impor-se a ele. Evidentemente, que esse poder não é um *Poder de Direito Positivo*, mas um poder que traduz a idéia de direito dominante, autônomo, não pertencente ao Positivismo ou ao Jusnaturalismo.

Para os jusnaturalistas, portanto, o Poder Constituinte Originário é poder de direito, porque se funda em direito natural, anterior ao direito posto pelo Estado, ou direito positivo.

5. TITULARIDADE

Para o abade Sieyès, a titularidade do Poder Constituinte se encontra na Nação. Entende que a única força a que a Nação deve obediência é ao Direito Natural, justamente por ser este anterior e superior àquela. Não é sem razão que esclarece: “A Nação existe antes de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a lei mesma. Antes e acima dela, só existe o direito natural...”.

É bem verdade, outrossim, que para o referido autor a Nação se constituía no “terceiro estado”, na burguesia, excluindo as classes privilegiadas, como a nobreza e o clero. Talvez, movido pelo espírito revolucionário, o certo é que a sua Nação era a burguesia. Às vezes, levado até pela força da maioria, uma maioria com unidade de pensamento, aspirante de mesmos ideais e anseios – era o “terceiro estado”, pois o clero e a nobreza tinham vontades diferentes, divergentes das daquela maioria.

AZAMBUJA (21) explica: “Nação é um grupo de indivíduos que se sentem unidos pela origem comum, pelos interesses comuns e, principalmente, por ideais e aspirações comuns. Povo é uma entidade jurídica; nação é uma entidade moral no sentido rigoroso da palavra. Nação é muita coisa mais do que povo, é uma comunidade de consciências, unidas por um sentimento complexo, indefinível e poderosíssimo: o patriotismo... A nação, pois, não é apenas o presente, mas também as gerações passadas e as vindouras, a herança de umas e o porvir de outras, uma corrente ininterrupta de sentimentos que une os destinos cumpridos aos destinos a cumprir”.

Para maior clareza, deve-se esmiuçar bem o conceito de Nação, pois é controverso, encontrando-se vários autores ora a caracterizar-lhe a língua, ora a raça, ora a religião, o que, por si, não é suficiente. Trazem-se à colação os dizeres de BONAVIDES (22): “A nação não se compõe apenas da população viva e militante, dos quadros humanos que fazem a história em curso. Deita a nação suas raízes espirituais na tradição, vive as glórias que ilustraram o passado, professa o culto e chamamento dos mortos, reverencia a memória dos heróis e descobre com a visão do passado as forças morais de permanência histórica, que hão de guiá-la nos dias de glória e luz como nas noites de infortúnio e amargas vicissitudes...”. Citando Ernesto Renan, Bonavides diz que a Nação representa “Uma alma, um espírito, uma família espiritual. Uma nação é u’ alma, um princípio espiritual. Duas coisas que, em verdade, constituem uma só fazem esta alma, este princípio espiritual. Uma está no passado, outra no presente. Uma é a posse em comum de um rico legado de recordações, a outra é o consentimento atual, o desejo de viver juntos, a vontade de continuar fazendo valer a herança que se recebeu

indivisa. O homem, senhores, não se improvisa. A nação, como o indivíduo, é o estuário de um largo passado de esforços, de sacrifícios e de abnegações. O culto dos antepassados é o mais legítimo de todos; os antepassados nos fizeram o que somos. Um passado heróico, grandes homens, glória – entenda-se a verdadeira glória – eis aqui o capital social sobre que assenta uma idéia nacional. Ter glórias comuns no passado, uma vontade comum no presente; eis as condições essenciais para ser um povo. Ama-se a casa que se construiu e se transmite. O canto espartano – Somos o que fostes; seremos o que sois; é, em sua simplicidade, o hino abreviado de toda pátria”.

Para o Jusnaturalismo, o titular de Poder Constituinte é o povo. São Tomás de Aquino, apesar de defender a titularidade do Poder no povo, entendia que, abstratamente, esse poder provinha de Deus. De seu magistério, afirmava que existe uma Lei Eterna, emanada do próprio Deus, a qual o homem conhecia parte, quer pelas revelações, quer pela Igreja. A outra parte, a desconhecida, o homem descobre pelo uso da razão, denominando-a Lei Natural.

Para os positivistas e normativistas, não sendo o Poder Constituinte um poder de direito, portanto não é aquele posto pelo Estado, não se há cogitar acerca de titularidade do poder, posto que sendo matéria estranha à ciência jurídica, sendo um fato ou fenômeno social, não cabe, pois, àquela, ciência jurídica, estudá-lo, defini-lo.

6. PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

6.1. Características

BURDEAU (23), estudando a natureza jurídica do Poder Constituinte Originário, afirma ser este poder “Inicial, autônomo e incondicionado”. Aliás, vem dessa forma reafirmar o que dissera, antes, Sieyès. Este sustentava a inicialidade do Poder Constituinte Originário, entretanto limitava-o ao direito natural, senão vejamos: “A nação existe antes de tudo, é a origem de tudo. Sua vontade sempre legal, é a lei mesma. Antes dela e acima dela só existe o direito natural”.

O Comitê da Assembléia Constituinte, de 20 de julho de 1789, desenvolveu o mesmo pensamento: “O poder constituinte pode tudo... Ele não está submetido a uma determinada constituição. A nação que exerce o maior e o mais importante dos poderes deve ficar, no exercício dessa função, livre de qualquer constrangimento e de outra qualquer forma, salvo a que lhe aprouver adotar” (24).

Jorge Xifra Heras, citado por José Alfredo Baracho, em Teoria Geral do Poder Constituinte, Revista Brasileira de Estudos Políticos, p. 23, lecionou que o poder constituinte originário, inicial, “é alheio a toda competência prévia, a toda regulamentação predeterminada, diferentes dos poderes constituídos, não existe dentro, mas fora do Estado, é um poder extraestatal que transcende à ordem jurídica positiva; por cima dele não existe nenhum outro poder político, desde que é a autoridade suprema, incondicionada, livre de toda formalidade ou coação...”

Inicial, portanto, quer dizer que se funda em si próprio, não tendo nenhum poder à sua frente.

Nesse sentido, é bom, mais uma vez, lembrar as palavras de BURDEAU (25): “O poder que uma revolução triunfante inscreve repentinamente na história, aquele que se destaca da dispersão das autoridades parciais que assumem ainda no Estado em decadência algumas funções públicas e reúne em sua mão os meios de comando, este poder é um poder de fato no sentido de que nenhuma investidura legal precedeu sua ação. Mas, não é, por outro lado, uma simples força material. Sabemos como ele advém de uma idéia de direito, de que sua vitória assinala a chegada. Ora, seu caráter essencial é de ser o instrumento de uma vontade constituinte. Constituir o Estado, isto é, estabelecer os fundamentos da ordem jurídica nova é sua razão de ser primeira. E é nesta tarefa que se traduz, preponderantemente, sua subordinação à idéia de direito”.

É o poder autônomo, no sentido de que não se atém a nada, não se submete a nada. Toda nova constituição nasce de uma revolução ou de um “golpe de estado”. Seja lá, pois, qual for sua origem, traz em seu bojo os princípios, os fundamentos que a nortearam. Traz, enfim, as mudanças, as reformas que serviram de pretexto para a nova etapa social, jurídica e econômica. Se o Poder Constituinte é uma delegação da Nação ou do Povo, é de se presumir que qualquer medida que não lhe venha ao encontro, ou que não encerre aquela vontade, aquela “força política dominante”, será espúria. Por isso dizer-se que a única limitação é a que a Nação estabelecer para si própria. Ela é a própria limitadora de si mesma. É o poder incondicionado, pois não se subordina a qualquer regra, norma preexistente. Se sua ação é renovadora, é preciso dar um corte no sistema vigente, para nascer nova ordem. Como vinculá-la a uma ordem anterior? Sieyès relata, mesmo, que “Uma nação é independente de toda forma; e de qualquer maneira que queira, basta que sua vontade apareça para que todo direito positivo cesse ante ela como ante a fonte e o titular supremo de todo o direito positivo”.

7. PODER CONSTITUINTE DERIVADO (INSTITUÍDO, DE 2º GRAU, CONSTITUÍDO OU DE REVISÃO)

7.1. Características: Derivado, Subordinado e Condicionado

Como foi relatado, o Poder Constituinte Derivado pressupõe a existência de uma constituição, ou de um direito positivo anterior.

Poder Constituinte Derivado é o que enseja rever trechos da Constituição, emendá-la, sendo autorizado pela própria carta elaborada pelo Poder Constituinte Originário. Geralmente, este poder é exercido pelo Parlamento.

HAURIOU (26) distinguiu o Poder Constituinte Originário do Derivado, afirmando que “Os representantes que exercitam o poder constituinte o fazem como representantes da nação e não do Estado, enquanto os que exercitam o poder legislativo ordinário fazem-no como representante do Estado e não da Nação”.

Para BURDEAU (27), “O titular do poder instituído é um órgão do Estado... Resulta daí, que como todo órgão, o órgão de revisão é condicionado pelas regras postas pela constituição respectiva”.

O Poder Constituinte Originário, e isso é autorização sua, prevê um sistema para se proceder às modificações na Constituição, em atenção às mudanças sociais e à necessidade de se ajustá-la a essas mudanças, para que o seu conteúdo não seja divorciado da realidade.

Os limites do Poder de Revisão, pois, são os estabelecidos pela própria Carta, à qual se subordina, também, o órgão encarregado da revisão. As condições, e o Poder de Revisão é condicionado, são as impostas pelo Poder Constituinte Originário, expresso na Constituição.

Deve-se lembrar, sempre, de que a Nação, no dizer de Sieyès, pode tudo, até modificar a autorização dada ao Poder de Revisão. Por isso mesmo ensinou: “Ante tudo, uma nação não pode nem alienar, nem proibir-se o direito de querer; e qualquer que seja sua vontade, não pode perder o direito de *mudar de rumo* no momento em que seu interesse o exija”.

Isso posto, depreende-se que o Poder Constituído não é autônomo, tendo sua competência legalmente regulada, sendo assim subordinado, limitado e condicionado pela própria constituição que ele pretende alterar.

7.2. Limites ao Poder Revisional

Afora aqueles já acentuados, de origem, até mesmo, doutrinários, têm-se os limites explícitos, enumerados a seguir:

7.2.1. Limites Circunstanciais

São aqueles elencados na Constituição, que visam proibir a reforma constitucional em certas circunstâncias anormais, pois se entende que a anormalidade retira o poder de discernimento do revisor. Portanto, qualquer motivo que atente contra a liberdade de expressão, contra a imunidade parlamentar, enfim, contra as Garantias Constitucionais, é prejudicial ao direito de revisar a Carta. O ambiente de medo, de retaliações, de restrições é nefasto, é impróprio a mudanças, pois que, se realizadas, não retratariam uma vontade livre.

7.2.2. Limites Materiais

Talvez os mais importantes, pois proíbem a modificação na essência, naquilo que o Poder Constituinte Originário sintetizou como vontade dominante. Não se pode, pois, mudar a Constituição em determinadas matérias. São os fundamentos básicos da Nação, produtos de lutas incessantes e de conquistas suadas. Somente a própria Nação, via Poder Constituinte Originário, pode proceder-se a revisões de conteúdo fundamental.

7.2.3. Limitações Temporais

São empecilhos que a Carta cria ou impõe, para que a mesma possa ser experimentada em determinado tempo. Constituem a vedação de se modificar a Constituição num tempo prefixado por ela mesma.

Geralmente, a Carta estabelece um prazo mínimo, antes do qual não pode prever revisão.

8. CONCLUSÃO

A Constituição é uma idéia velha, como ficou demonstrado. Evidentemente que sempre houve uma força ou poder que institucionalizou a Carta de cada Estado, ora centrando-se numa vontade divina, ora na vontade monárquica, ora na vontade da nobreza e do clero e, por fim, numa vontade soberana da Nação.

A idéia moderna de Poder Constituinte Originário, não confundível com Poder Instituído, nasce em Sieyès, na sua obra “O Que É que é Terceiro Estado”, quando instituiu que só o Terceiro Estado – burguesia, que

constituía o contingente numeroso da Nação, além da força de trabalho efetivo daquela, poderia transformar, estabelecer uma ruptura nas instituições então reinantes, para impor uma Carta legítima, soberana, por que arrimada na vontade nacional. Para o político e abade, o Poder Constituinte Originário era superior e anterior a tudo, sendo incondicionado, ilimitado e autônomo, ao contrário do Poder Constituído, que sofria as limitações impostas pela própria Carta.

Esse poder, o Constituinte Originário, era para os Jusnaturalistas não um poder de fato, mas um poder jurídico, decorrente de um direito natural.

Aqui, nunca é demais, recordar Jacques Maritain, o Homem e o Estado, quando sentenciava:

“A existência dos direitos fundamentais do homem provém do reconhecimento da superioridade do homem sobre o Estado, fato evidente, desde que se parta da indiscutível consideração de que o Estado é uma categoria histórica, criada pelo homem. A transcendência da personalidade humana sobre o Estado é uma verdade que não diminui a nenhum homem ou grupo de homens, nem os exalta indevidamente, visto que a todos se estende.”

Para os positivistas, não sendo o Poder Constituinte Originário um poder de direito, é um poder de fato, não sendo matéria do direito a indagação acerca de sua titularidade.

Já o Poder Instituído viceja na razão da Constituição que o criou. É limitado, condicionado e subordinado pela própria natureza de Poder de 2º grau, de que Poder Constituinte Originário é Poder de 1º grau.

9. LITERATURA CONSULTADA

- ACCIOLI, W. *Instituições de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- AGESTA, L. S. *Leciones de derecho político*. 5. ed. Granada: Editorial Y Libreria Prieto, 1954.
- ARISTÓTELES. *A política*. Trad. Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro: Editora Tecnoprint S. A. [s.d.].
- AZAMBUJA, D. *Teoria geral do estado*. 6. ed. Porto Alegre: Globo, 1976.
- BONAVIDES, P. *Ciência política*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1974.
- BRYCE, J. *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1952.
- BURDEAU, G. *Traité de science politique*. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969. v. 4.
- CAETANO, M. *Direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1.

- CANOTILHO, J. J. G. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Editora Ltda., 1982.
- CÍCERO, M. T. *Da república*. Trad. Amador Cisneiros. Rio de Janeiro: Tecnoprint S. A. [s.d.].
- COULANGES, F. de. *A cidade antiga*. 10. ed. Trad. De Fernando Aguiar. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1971.
- CUNHA, T. L. F. Poder constituinte e poder de revisão constitucional. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 86, p. 45/46, Abr./Jun. 1985.
- DALLARI, D. de A. *Constituição e Constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- FAORO, R. *Assembléia constituinte*. A legitimidade recuperada. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1985.
- FARIAS, J. F. de C. *Crítica à noção tradicional de poder constituinte*. Rio de Janeiro: Umem Júris Ltda., 1988.
- FERREIRA, L. P. *Da constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1956.
- FERREIRA FILHO, M. G. *O poder constituinte*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.
- FONSECA, J. B. L. da. O poder da revisão constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: v. 56, p. 151/204, Out./Dez. 1977.
- FRANCO, A. A. de M. *Direito constitucional*. Teoria da constituição. As constituições do Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- FRIEDRICH, C. J. *Teoria y realidad de la organización constitucional democrática*. Trad. Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura Económica, 1946.
- GLOTZ, G. *A cidade grega*. Trad. Henrique de Araújo Mesquita e Roberto Cortes de Lacerda. Rio de Janeiro: Difel – Difusão Editorial S. A., 1980.
- HAURIOU, M. *Principios de derecho público y constitucional*. 2. ed. Trad. Carlos Ruiz Del Castillo. Madrid: Instituto Editorial Réus, 1927.
- HORTA, R. M. *O controle da constitucionalidade das leis no regime parlamentar*. Belo Horizonte: Editora Santa Maria, 1953.
- HORTA, R. M. Reflexões sobre a constituinte. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 89, p. 5/32, Jan./Mar. 1986.
- JACQUES, P. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- LASSALE, F. *Que es una constitución?* Trad. W. Roces. Buenos Aires: Ediciones Siglo Veinte, 1946.
- LOEWENSTEIN, K. *Teoria de la constitución*. 2. ed. Trad. Alfredo Gallego Anabitante. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.
- MALBERG, R. C. *Teoria general del estado*. Trad. José Lió Depetre. México: Fondo de Cultura Económica, 1919.
- MIRANDA, J. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Editora Limitada, 1985. Tomo I.
- RUSSEL, B. *O poder*. Trad. Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1979.
- SALDANHA, N. *O estado moderno e o constitucionalismo*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.

SAMPAIO, N. de S. *O poder de reforma constitucional*. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1954.

SANTOS, A. M. A. S. *O poder constituinte*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

SIEYÈS, E. J. *Que es el tercer estado?* Madrid: Aguilar Ediciones, 1973.

TELES JÚNIOR, G. *A constituição, a assembléia constituinte e o congresso nacional*. São Paulo: Saraiva, 1986.

VIAMONTE, C. S. *El constitucionalismo*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1957.

EL GRUPO DE SOCIEDADES COMO MECANISMO DE DESARROLLO DE LOS PAÍSES DE PERIFERIA

Daniel Amin Ferraz
Professor do Dep. de Direito da UFV
Mestre em Direito Universidade de Coimbra

A) Introducción

PALAVRAS-CHAVE: Concentracion Empresarial, transferencia e tecnologia

B) Aspectos generales de la Concentración Empresarial

1. El nuevo panorama de la Economía Internacional
2. Factores motivadores de la inserción de las empresas en el mercado global
3. Concentración de empresas: actuación en el mercado y sus consecuencias
4. El papel del Estado delante de la nueva realidad presentada por el mercado mundial

C) El grupo de sociedades y la concentración empresarial

1. El Grupo de Sociedades como técnica de la concentración - concepto
2. Elementos característicos de los grupos
3. Clasificación de los grupos de sociedades

D) El contrato de transferencia de tecnología

1. Aproximación de la materia
2. La tecnología y su conceptualización
3. La tecnología incorporada a la mercancía y la tecnología no incorporada a la mercancía

4. Breves enunciados de los diversos tipos de prestaciones tecnológicas

- A) Ingeniería (engineering)
- B) Patentes y modelos de utilidad
- C) Licencia de patente
- D) Know-how
- E) Marcas
- F) Licencia de uso de marca
- G) Asistencia técnica
- H) Franquicia (Franchising)

CONCLUSIONES – Ultimas palabras**A) Introducción**

Antes de profundizar la discusión cuanto a la cuestión de implantación de tecnologías nuevas en los países en vías de desarrollo (PVDs) tendremos que buscar un concepto básico para la caracterización de los mismos. No existe, por lo tanto, una lista aceptable en el orden internacional que sea definitiva para tal clasificación. Así, “las diferencias que existen entre los referidos países por razón del grado de desarrollo tienen mucha mayor importancia a los efectos de la ayuda o asistencia, cualquiera que sea su forma, y del trato preferente. A este respecto se observan dos criterios, fundamentalmente: el del ingreso *per cápita* y el de las desventajas geográficas”¹. Será en este sentido que nuestro trabajo será producido.

El proceso de industrialización en la periferia capitalista ocurrió de forma tardía, cuando las economías centrales ya habían alcanzado estructuras de oligopolio en varios sectores.

En el primer momento son implantadas industrias técnicamente competitivas, valiéndose del capital local. Entretanto, en ese período, la inversión en los sectores más complejos era inalcanzable. Lo mismo ocurría en virtud de una baja capacidad local tecnológica y financiera.

Todavía, con el avance y la diversificación de la industrialización, es necesaria la implantación del oligopolio, en la tentativa de evitarse el estrangulamiento del crecimiento económico. Otro factor determinante del crecimiento de las inversiones y de la concentración del capital es el

¹ GARCIA-AMADOR, F. V. El derecho internacional del desarrollo, Editorial Civitas, Madrid, 1987, España, p. 78.

nacimiento de la competencia internacional. No tendrán los países de periferia la posibilidad de promover la implantación gradual de estos sectores, con la evolución de las pequeñas y medianas empresas en grandes corporaciones, como lo que tendría ocurrido en los países centrales.

De esta forma, sería casi imposible que las empresas poseedoras de la tecnología avanzada, bien como de la economía de escala, surgiesen en la periferia en función del crecimiento y diversificaciones de las empresas locales.

El Estado, entonces, tendría tres alternativas de actuación como agente central de esta implantación.

Así, podría:

A) Posibilitar la implantación de empresas locales, a través de financiamientos subsidiados, reservas de mercados y otros incentivos.

Se mostró como una estrategia mucho utilizada por los Estados de periferia. Todavía, presentó profundos problemas de ejecución. Tendría una fuerte variante política cuando de la decisión de implantación de una esfera productiva, predominando intereses regionales e individuales en detrimento de los intereses colectivos. La reserva del mercado (práctica común) también se mostró desastrosa, ya que provocó la obsolescencia de los parques industriales y el retraso tecnológico.

B) Estimular la implantación de las multinacionales

Como factor maléfico tendríamos el desinterese de estas empresas por las cuestiones sociales de los países en que se instalaran. El capital extranjero debe ser bienvenido, pero no puede ser la única estrategia de actuación del Estado para la promoción del desarrollo.

C) Finalmente, promover el Estado, directamente, la implantación de esferas productivas por medio de la creación o implantación de las empresas estatales

Fue largamente utilizada esta estrategia en los PVDs. Todavía, hoy por hoy, es poco presente ya que se entiende que el Estado no es un buen gestor. Una vez más presente la fuerte actuación de intereses políticos

individuales en detrimento de los intereses sociales. Así, es aceptable que el Estado tenga una actuación fiscalizadora en la economía del mercado, teniendo un papel gestor solamente en sectores estratégicos, de elevado interés social, tales como educación, salud, seguridad pública, etc.²

La insuficiencia de las posibilidades de actuación del Estado en los países de periferia para generar el desarrollo económico creyó una dependencia aún más profunda de los países centrales. El paso siguiente fue la adopción del sistema neoliberal para la solución de los problemas económicos y sociales existentes.

Así, neoliberalismo es el programa comprometido con la estabilización macroeconómica ortodoxa, especialmente por medio del equilibrio fiscal, obtenido más por la contención del gasto público del que por el aumento de la recaudación de los tributos; por la liberación económica, bajo la forma de integración con el sistema del comercio mundial y con sus reglas preestablecidas; por la privatización, entendida de forma más estricta como la retirada del Estado de la producción y de forma más amplia, con la adopción de los padrones occidentales internacionales; y por el desdoblamiento de las políticas sociales compensatorias creadas para minimizar los efectos de la desigualdad social generada³.

Además de los problemas sociales generados por tal adopción para los países de periferia creyó para los mismos una total dependencia tecnológica de los países desarrollados.

Con el presente trabajo pretendemos demostrar un mecanismo contractual que podrá permitir la promoción del desarrollo económico y social de los países de periferia, con la posibilidad de absorción de tecnología producida. Así, partiremos de estudios genéricos de la concentración empresarial y demostraremos como el contrato de transferencia de tecnología genera la concentración empresarial. Hoy por hoy la constitución de los grupos de empresas es factor determinante para la posibilidad de actuación en una economía global, donde presente el incremento de la competencia internacional.

Con la adopción de los instrumentos contractuales complejos (Grupo de Sociedades Contractual, modalidad transferencia de tecnología) claro

² AMIN FERAZ, Daniel. *Joint Venture e Contratos Internacionais*, editora Mandamentos, Belo Horizonte, 2001, Brasil, p. 185 y ss.

³ UNGER, Roberto Mangabeira. *Democracia Realizada, a alternativa progressista*, Boitempo editorial, São Paulo, 1999, Brasil, p. 49.

restará la integración de los inversores internacionales en el desarrollo del Estado receptor de la inversión. Así, la consecuencia será la posibilidad de absorción tecnológica del receptor en relación al transferente, generando desarrollo sostenible.

Todavía, para que la dependencia no ocurra es fundamental la efectiva participación del inversor en la vida del emprendimiento que nace. Para tal, deberá lo mismo constituir un negocio jurídico asociativo, donde también ocurrirá la transferencia de tecnología y mayores intereses para las partes. Así, tendremos un mayor desarrollo económico, con más intereses de capital para las partes y mayor justicia social. Pasemos a nuestro estudio para averiguar como lo mismo es posible.

B) Aspectos generales de la Concentración Empresarial

1. EL NUEVO PANORAMA DE LA ECONOMÍA INTERNACIONAL

Transformaciones políticas, sociales y económicas⁴ vienen colaborando para la edificación de uno mercado sin fronteras, provocando grandes alteraciones en los escenarios nacionales e internacional, constituyendo el actual fenómeno de la mundialización. "El Derecho Internacional Económico prevé el marco jurídico dentro del cual los Estados, los gobiernos, los agentes privados y las organizaciones internacionales de vocación económica anudan relaciones, crean vínculos, asumen compromisos, efectúan reivindicaciones, plantean conflictos"⁵.

Así sendo, el avance económico y histórico lleva no más a la constitución de las sociedades mercantiles, pero sin a la formación de *sociedades de sociedades*, pretendiendo las mismas una actuación más amplia en el mercado.

⁴ El proceso de las privatizaciones de las empresas públicas, el desmantelamiento de los monopolios, la constitución de las zonas de libre comercio, el alargamiento de la idea de economía de mercado para los países del este europeo, la armonización del sistema financiero internacional, la eliminación de barreras al comercio internacional, entre otros, son factores que vienen contribuyendo para una mayor integración entre las naciones, pasando las mismas a adoptar semejantes estilos de vida, teniendo los mismos gustos, las mismas costumbres, etc. – En ese sentido: ANTUNES, José Augusto Q. L. Engracia. *Os Grupos de Sociedades*, Livraria Almedina, Coimbra, Portugal, 1993, p.10.

⁵ DI GIOVANNI, Ileana. *Derecho intrnacional económico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 63.

Esa integración política, económica, cultural y social, tanto en los sectores privados como en los sectores públicos⁶ acabó por generar la constitución de un mercado global, campo ideal para la adopción de estrategias de expansión mercadológicas de las empresas y el decurrente desarrollo económico y social de los receptores de las inversiones.

Por su turno, las empresas pasaron a actuar en ese nuevo mercado, visando su actuación global. Ese fenómeno quedó patente en los años 70, cuando la interpenetración de las economías nacionales y a presión de la competencia contribuyeron para un cambio en los rumos de la política económica de muchos de los países, sobremanera los ya desarrollados⁷.

“La industrialización ha sido y sigue siendo una de las preocupaciones dominantes de la mayoría de las estrategias de desarrollo por su relación con el crecimiento económico ya que es el medio de incrementar la productividad del esfuerzo humano, y, a priori, foco importante de acumulación de capital y de crecimiento económico ulterior. Asimismo, en su día se consideró que era el mejor y más rápido camino para alcanzar una situación próxima a la de los países avanzados, pues estos eran economías industriales”⁸.

Reformas liberales y una nueva cooperación regional, ahora reglamentada, ejemplo máximo mercado común europeo, caracterizaron las décadas de 80 y 90 en los países desarrollados. Todavía, hasta inicio de los años 90 los países de Latinoamérica no empiezan su movimiento en el sentido de la liberalización.

Así, solamente después de los mismos se depararon con una industria desfasada internacionalmente, poco competitiva y con dificultades tecnológicas es que hacen un cambio en sus estrategias de actuación internacional, promoviendo reducción de las barreras tarifarias y una nueva

⁶ Internacionalización privada, entendida como la movilidad de las empresas en el mercado, y internacionalización pública, entendida como la constitución de los bloques regionales. FELGUEIRAS, Maria da Gloria. Os factores determinantes na instalação de empresas brasileiras em Portugal, Coimbra, Faculdade de Economia, 1994, Portugal, p.21 y ss.

⁷ SHIRM, Stefan A. Mercados Globais e Margem de Ação do Estado, Centro de Estudos Papers, 1999, n° 36, Brasil, p.22.

⁸ ALONSO PÉREZ, Matilde. Desarrollo y cooperación, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, España, p.89.

inserción internacional. En el mercado intraregional del Cone Sur, tal movimiento puede ser más efectivo con la adopción del MERCOSUR⁹.

Hoy por hoy, ese nuevo panorama está sedimentado. Mismo que esta inserción sea de forma diferenciada, fruto de desigualdades económicas y sociales, casi todos los países occidentales están vinculados en esta nueva realidad, participando activamente como no caso de los países desarrollados o sentido sus reflejos y imposiciones del mercado internacional, como en el caso de los PVDs.

Finalmente, la liberalización de las inversiones en los PVDs, con la libertad de los flujos de capitales, es un paso que tiene que ser dado, pero con mucho cuidado, ya que puede generar un mayor desequilibrio económico y social. “La conveniencia de liberalizar o no la cuenta de capital, depende de la consistencia de las variables macroeconómicas del país en cuestión, de la solidez de su sistema financiero, de la flexibilidad y competitividad de su mercado laboral, de la estructura de su sistema fiscal, etc. Las circunstancias necesarias para una apertura equilibrada sólo concurren en los países desarrollados y en algunos países en transición, aunque con diversos matices y diferentes situaciones”¹⁰.

2. FACTORES MOTIVADORES DE LA INSERCIÓN DE LAS EMPRESAS EN EL MERCADO GLOBAL

La adaptación de las empresas a la mundialización es inevitable. Así, las estrategias y los instrumentos jurídicos de concentración empresarial permiten el expansionismo geográfico de actuación de las empresas, pasando los grandes grupos empresariales a figurar como los nuevos protagonistas del sistema económico mundial.

En principio, la motivación para la inserción internacional estaba en la posibilidad de obtener materias primas. Posiblemente, las primeras multinacionales procuraran otros mercados con el objetivo de exploración de reservas minerales, extracción de borrarra o para tener acceso a las fuentes de mano de obra más baratas.

⁹ Tratado de Asunción. Tratado para la constitución de un mercado común entre la República Argentina, República Federativa de Brasil, República de Paraguay y República Oriental de Uruguay – Asunción, 26 de marzo de 1991.

¹⁰ HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel. La regulación de los movimientos internacionales de capital desde una perspectiva europea, McGraw-Hill, Madrid, 1997, España, p.36.

La segunda etapa de la internacionalización de las empresas fue penetrar en otras fronteras con el objetivo de desarrollar sus productos y estrategias de control del mercado mundial.

La tercera etapa es caracterizada como la era de la información. Así, la internacionalización tiene hoy por hoy como medida la exposición de las compañías a la información y a los conocimientos producidos, vitales los mismos para la competencia en la economía globalizada. La exposición en el mercado externo provoca la adquisición de experiencia para competir en el ambiente internacional y asegurar la absorción de tal experiencia por todos los miembros del grupo económico¹¹.

Importante subrayar en ese punto que la tecnología adquiere un papel de destaque en ese nuevo escenario ya que deja de ser una ventaja comparativa que poseen las empresas para tornarse el punto clave para que sobrevivan sus actividades empresarias en la economía internacional, generando sus efectos en la vida de los pueblos, de los Estados.

Además, los grandes factores de suceso de las empresas son de dos ordenes: la creación de un rede suficiente para la ocupación del mercado y la creación de una estructura gerencial jerarquizada. Claro está que este tipo de organización solamente tiene como existir en la grande empresa. La macroempresa es, por lo tanto, la única unidad adecuada para la ocupación de los grandes espacios geográficos y económicos, tanto en los mercados nacionales como en los internacionales¹².

La concentración empresarial caracterizase como la estructura jurídica capaz de permitir la adecuación de las empresas a ese nuevo contexto económico, posibilitando el expansionismo geográfico y la organización jerarquizada de los centros de producción. Será, aún, como veremos, un excelente mecanismo de transferencia de tecnología en el mercado global.

Bajo el punto de vista económico, la concentración empresarial genera eficiencia ya que la economía de escala lleva a la padronización de los productos y a la producción con el menor coste unitario. El mayor acumulo de capital en las grandes empresas posibilitará inversión en tecnología, elevando, por consiguiente, el grado de obsolescencia de los productos¹³,

¹¹ BARTLETT, Christopher. Revista Brasileira de Comércio Exterior (RBCE), Ano XI, nº 45, out/nov/dez de 1995, Rio de Janeiro, Brasil, p. 58 y ss.

¹² COMPARATO, Fabio Konder. Estado, Estrutura e Função Social, Revista dos Tribunais, nº 732, ano 85, outubro de 1996, São Paulo, Brasil, p. 38 y ss.

¹³ FONSECA, José Julio Borges da. Direito Antitruste e Regime das Concentrações Empresariais, Editora Atlas, São Paulo, 1997, Brasil, p. 67 y ss.

generando necesidad de constante sustitución de los mismos. Tal sustitución generará, por su turno, el flujo de capitales para inversión en nuevas tecnologías, en productos de mayor calidad y de menor coste.

Todos los factores arriba dichos hacen con que el mercado se dilate, los medios de transporte se modernicen y las técnicas de comercialización ajústense al imperativo de promoción de nuevas mercaderías y servicios. Punto importante aún será el de la ampliación de la clientela, con su búsqueda de productos de mejor calidad y menores precios.

Esa conformación de la actividad económica (con la adopción de los grupos económicos en el mercado global) tendrá reflejos sociales, demográficos y técnicos, surgiendo nuevos padrones de vida en sociedad¹⁴. Así, las diferencias de medio de vida entre los pueblos son más sencillas, haciendo con que existan usos y costumbres generalizados, gustos uniformizados, ideologías armonizadas, etc.

Cuánto al proceso de concentración empresarial es lo mismo común a las naciones industrializadas y a las subdesarrolladas. Todavía, es evidente que en la concretización de esta nueva etapa del desarrollo económico y social algunas diferencias irán surgir en conformidad con las características del medio receptor de las inversiones.

Mientras, en países de periferia¹⁵ va a darse de forma irregular, discontinuada, dada la lenta inserción de sus empresas en el mercado externo, además del peso de las empresas de capital extranjero en ese proceso; en los países desarrollados la concentración de capital es constante, continuada. El gran movimiento de concentración ocurrió en los países desarrollados en los años 70 y en los países de periferia tuvo su mayor flujo a partir de los años 90 hasta nuestros días.

Finalmente, concluiremos este punto afirmando que deberán ser estimuladas las inversiones ya que "... el progreso logrado hasta ahora no es de plena complacencia. No puede, decirse, tampoco, que la globalización de la economía mundial en los últimos años haya mejorado efectivamente la situación de los países necesitados. Queda aún mucha pobreza en el mundo

¹⁴ BRAILLARD, Philippe. Théorie des Relations Internationales, Presses Universitaires de France, Paris, 1977, p. 190 y ss.

¹⁵ Países de periferia entendidos como aquellos que producen, en su esencia bienes primarios. En ese sentido: BALASSA, Bela. El desarrollo económico y la integración, Centro de estudios monetarios latinoamericanos, 1965, México, p.43.

en desarrollo”¹⁶. Hoy por hoy, el camino presentado para la solución de tales problemas es el de la búsqueda de las inversiones en la actividad productiva, generando producción económica y distribución social.

3. CONCENTRACIÓN DE EMPRESAS: ACTUACIÓN EN EL MERCADO Y SUS CONSECUENCIAS

La actuación de las empresas vinculadas por algún de los instrumentos de concentración puede colocar en riesgo las intenciones de bien estar social, seguridad, libre competencia, empleo y demás fines pretendidos por el Estado.

Así, tiene la concentración empresarial como objetivo fundamental el fortalecimiento de sus actividades empresarias, maximizando los lucros, garantizada la mayor solidez y una menor sujeción a las incertidumbres del mercado.

La consecución de tales objetivos forma un verdadero poder económico privado¹⁷, lo cual puede llevar a una dependencia económica mayor de los países de periferia en relación a los países industrializados.

“No hay que olvidar señalar el futuro papel de las corporaciones transnacionales y la pérdida progresiva de soberanía de las naciones. De hecho, muchos países pequeños no tiene apenas poder de decisión sobre sus propios asuntos debido a decisiones que se toman fuera de sus territorios (por ejemplo, el establecimiento de precios de materias primas), o a consecuencia de políticas económicas impuestas por los grandes organismos financieros internacionales (como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial)”¹⁸.

Además, con la actuación de los agrupamientos ínter empresariales, el crecimiento interno, la creación de la riqueza líquida de los países, reduce de forma acentuada, ya que los beneficios son casi siempre destinados al

mercado externo, no sendo repartidos con el Estado receptor de las inversiones ni con sus ciudadanos¹⁹.

Todavía, la concentración empresarial no tras solamente maleficios. De esa forma, el potencial desarrollo de las actividades de producción, las inversiones en pesquisa (sobremano en áreas sociales como la medicina), el desarrollo tecnológico inigualable en algunos sectores de la actividad económica (tales como transporte público, medios de comunicación de masa, Internet, etc.) son factores que corroboran la mejoría de la cualidad de vida de sus poblaciones.

En relación a los PVDs ese crecimiento de la actividad económica también puede ser sentido.

Así, la industrialización de tales países esta estrictamente vinculada a la expansión de los grupos económicos transnacionales, los cuales pretenden, cada vez más, su actuación en una escala global.

La formación de tales grupos económicos no constituye, *per se*, un fenómeno patológico. Al contrario, revelan una realidad inafastable del nuevo orden económico internacional. Debedse por lo tanto reconocer la existencia de tales concentraciones, fruto de la libertad y de la libre iniciativa, impidiendo tan solamente la actuación reconocida como ante-social²⁰.

De esta forma, necesaria la preocupación con el controle de la actuación de dichos grupos en el mercado, para que los mismos no generen danos a la libre competencia.

Así, la fijación de los precios sin competencia, la subordinación de distribución exclusiva, el impedimento del acceso al mercado son algunas de las practicas impeditivas de la libre competencia²¹. Tales prácticas permitirán el surgimiento de un orden privado paralelo al orden público, que pasa a disputar con el Estado el monopolio del controle del orden económico local. Además, también importa en una coacción al consumidor, limitando su

¹⁶ MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando y FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. El desarrollo y la cooperación internacional, Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial el Estado, Madrid, 1997, España, p.99.

¹⁷ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei e proteção da concorrência, Forense, Rio de Janeiro, 1995, Brasil, p. 10.

¹⁸ BONI ARISTIZÁBAL, Alejandra y FERRERO DE LOMA-OSORIO, Gabriel. Introducción a la cooperación para el desarrollo, Universidad Politécnica de Valencia, Valencia, 1997, España, p. 51.

¹⁹ “Es posible que un país, mediante una mayor especialización en la producción de bienes para la exportación, se sitúe en una posición inferior en términos de bienestar global de la sociedad. Este resultado perverso puede derivarse, bien de una mejora de la productividad en el sector exportador, bien de la acumulación de factores en la producción de exportaciones, e incluso por la eliminación de barreras al comercio” – LINDERT, Peter H. Economía Internacional, Ariel Economía, Barcelona, 1994, España, p. 68.

²⁰ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, Editora Malheiros, São Paulo, 1999, Brasil, p. 727.

²¹ SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo V. da. Defesa da Concorrência no Mercosul, Editora Ltr, São Paulo, 1998, Brasil, p. 57.

poder de escolla del producto que irá adquirir, ya que no permite tal opción con la imposición de productos estandarizados en nivel global.

Punto importante a subrayar es el de la fuerte influencia del poder económico exageradamente concentrado sobre la actividad normativa del Estado, sobremanera en materia de reglamentación económica. Así, muchas de las veces, a través de *lobs* internacionales, procurase la aprobación de reglamentos que permitan la constitución de verdaderos oligopolios institucionalizados²².

Todavía, los grupos procuran un controle e influencia en el poder normativo del Estado pero no solamente. Así, buscan también la normalización de los comportamientos de los ciudadanos y de las ideologías. La normalización de los comportamientos del consumidor se procesa por los medios de comunicación de masa, los cuales consiguen imponer formas comportamentales de interés de los grupos económicos. La normalización de la ideología se consigue por la imposición de formas de pensar bien como por el impedimento de formas contestatarias, no permitiéndose el apareamiento de un pluralismo ideológico.

“La mundialización se expresa también por la homogeneización de procesos productivos y hábitos de consumo en los distintos países. Ello permite una ampliación inusitada de la escala de la producción y facilita la mundialización de los procesos productivos”²³.

Finalmente cumple resaltar que, de manera alguna se pretende aquí sugerir que es ese un proceso irreversible en el que el Estado está impotente frente a la inserción de las empresas en un mercado global. No si puede, de forma alguna, hacerse el cambio de los valores, pasando el interés privado a determinar la vida del ciudadano común. Así, cabe al Estado promover la constante búsqueda del control de la economía bien como de la manutención de la competencia. Para tal deberá realizar el efectivo control del orden interno con las políticas públicas de desarrollo de la actividad económica.

²² SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial (As estruturas)*, ed. Malheiros, São Paulo, 1998, Brasil, p. 47.

²³ VIDAL VILLA, José María. *Mundialización e integración económica*, in *Integración Eurolatinoamericana*, Coordinador, MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, Argentina, p.141.

4. EL PAPEL DEL ESTADO DELANTE DE LA NUEVA REALIDAD PRESENTADA POR EL MERCADO MUNDIAL

“Promover el bienestar de los pueblos, el crecimiento económico, y mayores cotas de desarrollo, ha sido tradicionalmente una tarea propia de los gobiernos de cada Estado, y su consecución se ha establecido como objetivo en los respectivos ordenamientos internos; en la actualidad este objetivo aparece en un primer plano de la política estatal, hasta el punto de que la ideología del desarrollo es quizás en nuestra época una de las más fomentadas a nivel interno de los estados”²⁴.

Para algunos autores el Estado pasa por una crisis de legitimidad. Así, una de las principales causas de esa crisis es la adopción de estrategias como la globalización de las empresas, que reduce la autonomía de los Estados en los aspectos jurídico, económico, político y militar, afectando su soberanía²⁵.

Para tales pensadores, el Estado estaría limitado en sus políticas fiscales e intervencionistas²⁶, ya que ocurrirían los siguientes factores:

- A) coacción del orden económico mundial para su no intervencionismo;
- B) internacionalización pública (con la participación de los Estados en mas órganos internacionales – ONU, CEE, MERCOSUR, FMI...), obligándoles a la coordinación de sus políticas y la sumisión de problemas al principio particulares (medio ambiente, tajás de juros, valor de convertibilidad de la moneda, liberalización financiera²⁷ etc..) a una gestión global;
- C) desarrollo del Derecho Internacional como principio normativo superior ordenando las actividades internas de cada país.

²⁴ DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de derecho internacional público*, duodécima edición, editorial tecnos, Madrid, 1999, España, p. 589.

²⁵ Entre otros, como uno de los mayores representantes de esa corriente doctrinal en Latinoamérica: FARIA, José Eduardo. *Direito e Globalização Econômica*, Editora Malheiros, São Paulo, 1996, Brasil, p.19.

²⁶ LAROCHE, Josepha. *Politique Internationale*, Librarie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1998, France, p. 148.

²⁷ La integración internacional exige la revisión de la liberalización financiera, ya que esta tiene sido uno de los principales factores de la inestabilidad y crisis en los países de la Latinoamérica. En ese sentido: PANNUNZIO, Antonio Carlos; SATO, Eiiti; ALMEIDA, Paulo Roberto de; GONÇALVES, Reinaldo; y, LOHBAUER, Christian. *O Brasil no Cenário Internacional*, Fundação Konrad Adenauer, São Paulo, 2000, Cadernos Adenauer, nº 2, Brasil, p.73.

Por su turno, la adopción de políticas liberales promovieran la mayor inserción de los Estados en el escenario político y económico internacional mientras grandes dificultades de aplicación de programas estatales, desregulación e imposiciones legislativas más flexibles generaron un mayor desequilibrio en el escenario económico y social mundial.

Así, las ideas de autocontrol del poder privado, da irreversible crisis estatal y de la afastabilidad de su actuación del mercado no pueden prosperar, necesitando ocurrir la búsqueda de mecanismos más modernos de actuación del Estado, cumpliendo y resguardando los principios y garantías de una mayor paz social.

En ese sentido, debe el Estado presentarse como factor de restauración del equilibrio social, no condenando sin criterios la concentración empresarial pero procurando preservar la competencia en el mercado.

La protección de la libre competencia tendría como objetivo la defensa de los principios de libertad de comercio e industria y libertad contractual. Constituiría el derecho de la competencia el soporte jurídico de que el Estado tendría para reglamentar el mercado y hacer valer sus intereses y los intereses colectivos²⁸.

La legislación ante-*trust*²⁹ tiene como objetivo proteger e intensificar la competencia, importante mecanismo para alcanzarse la innovación tecnológica y la eficiencia productiva bien como de distribución de riquezas. Así sendo, las eficiencias productivas, distributivas y tecnológicas deben ser los aspectos estimulados prioritariamente por el Estado para la consecución de su política pública de desarrollo económico y social³⁰.

Finalmente, la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) es fundamental para el desarrollo sostenible de los PVDs. Así, debe el Estado pretender la adopción de instrumentos de concentración de estas unidades con las actividades externas desarrolladas. "Podemos señalar, a grandes rasgos, los perfiles básicos de la participación de las empresas, especialmente de las pequeñas y medianas (PYMES), en la cooperación al desarrollo. Por una parte, las empresas del Norte, actuando bajo determinadas condiciones, pueden promover en el Sur creación de empleo, mejora de la formación profesional, transferencia de tecnología y *Know-how*,

inversiones de capital, aumento de la competitividad empresarial y estímulo al crecimiento económico. De este modo se genera riqueza y se contribuye también a la inserción de los países en vías de desarrollo en la economía internacional. No obstante, la actividad empresarial, que tiene indudables efectos positivos, puede también tener, en otros casos, efectos negativos si sólo busca una rentabilidad inmediata, no reinvierte una parte de los beneficios en el país en desarrollo, no respeta su medio ambiente, no transfiere tecnología ni *Know-how*, etc."³¹.

C) El grupo de sociedades y la concentración empresarial

1. EL GRUPO DE SOCIEDADES COMO TÉCNICA DE LA CONCENTRACIÓN - CONCEPTO

Atendiendo a las expectativas de los Estados de periferia en su búsqueda de desarrollo económico y social, los grupos de sociedades desempeñan actualmente el papel principal en el cuadro del movimiento general de la concentración de las empresas³².

La concentración por intermedio de los grupos de sociedades constituye un mecanismo esencial para la creación de unidades económicas más competitivas, utilizándose tal instrumento jurídico de una forma efectiva³³.

En un sentido estricto o propio, grupo de sociedades es entendido como el conjunto de sociedades comerciales que, conservando las respectivas personalidades jurídicas, se subordinan a una misma dirección económica³⁴. Así, los elementos definidores del concepto presentado son los siguientes: independencia jurídica de las sociedades agrupadas y dependencia económica de las sociedades hijas en relación a la sociedad madre.

Tal fenómeno puede sufrir análisis bajo una óptica económica y otra jurídica. Del punto de vista económico, el grupo de sociedades constituye

²⁸ AMIN FERRAZ, Daniel. Ob. cit., p. 195 y ss.

²⁹ Para una lectura sobre el *trust* vea: CHECA MARTÍNEZ, Miguel. El *Trust* angloamericano en el Derecho español, Mc Graw Hill, Madrid, 1998, España, p. 8 y ss.

³⁰ NASCIMENTO, Cynthia Araujo. A política de concorrência no Brasil e o novo paradigma regulatório, Revista do BNDES, nº 5, Vol. 3, Rio e Janeiro, junho de 1996, Brasil, p. 161 y ss.

³¹ GÓMEZ GALÁN, Manuel; y, SANAHUJA, José Antonio. El sistema internacional de cooperación al desarrollo, Cideal, Madrid, 2ª edición, 1999, España, p. 257.

³² CHAMPAUD, Claude. Le Pouvoir de Concentration de la Société par Actions, Librairies Sirey, Paris, 1962, France, p.197.

³³ RODIÈRE, René. Droit Commercial - Groupements Commerciaux, 10ª ed., Dalloz, Paris, 1980, France, p.423.

³⁴ TAVARES BORBA, José Edwaldo. Direito Societario, Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1997, Brasil, p. 375.

una nueva forma de organización de la actividad de la empresa moderna. Por lo contrario de la empresa tradicional, que se caracterizaba por estructurarse como una empresa uní-societaria, la empresa del grupo constituyese como una unidad económica pluri-societaria, articulada o poli-corporativa. Del punto de vista jurídico, la especificidad del grupo reside en la tensión entre la situación de derecho (pluralidad jurídica de entes societarios autónomos) y la situación de hecho (unidad de la situación económica y centralización del poder de dirección).

Delante de la realidad de implementación constante de la concentración por medio de los grupos de sociedades, como visto, surge la necesidad de una regulación propia para los mismos. Ese derecho en construcción engloba una enorme variedad de relaciones de coligación inter-societarias. Al tratar los grupos de sociedades el derecho busca regular las más elementares manifestaciones de control en el mercado, como las meras participaciones entre sociedades. Pero no solamente esto, ya que el derecho también pretende regular la más elaborada cristalización de ese control como las relaciones de grupos con otros grupos (el derecho de los grupos societarios) bien como las situaciones que estarían en medio a las relaciones de dominio o dependencia económicas (el derecho que llevaría a la creación de los grupos de sociedades – el derecho societario).

2. ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DE LOS GRUPOS

Como dicho los dos elementos característicos del grupo de sociedades son la independencia jurídica de los participantes y la unidad de dirección económica.

Cuanto al elemento jurídico de caracterización del grupo de sociedades, independencia jurídica, cada participante mantendrá su personalidad jurídica propia, distinta de la dos demás miembros. Así, el reflejo primordial de esa figura será la manutención por las partes de su autonomía patrimonial, con los efectos de la limitación de responsabilidad de ahí resultantes³⁵.

³⁵ La doctrina de la desconsideración de la personalidad jurídica tiene obtenido, en el derecho societario moderno, un gran avance en contraposición al concepto clásico de limitación de responsabilidad.

Así, determina tal teoría la quiebra de la personalidad jurídica de la sociedad para que sus socios vengán a responder solidaria y subsidiariamente por las obligaciones asumidas por la misma sociedad.

El segundo elemento tratase de la unidad de dirección económica de las entidades integrantes del grupo. En realidad, las componentes del grupo económico encontrase dependientes de la voluntad e intereses del definido por la sociedad líder del grupo. En esa perspectiva, el grupo societario constituye una unidad económica empresarial de segundo grado en relación a las varias sociedades individuales que lo componen. Dice que es una súper-sociedad, compuesta y actuante por medio de otras sociedades.

3. CLASIFICACIÓN DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

La clasificación abajo presentada divide los grupos de sociedades por la naturaleza del instrumento jurídico utilizado cuando de la constitución y organización de los mismos.

a. Grupo de sociedades de base societaria

Son aquellos cuya estructura reposa en una técnica propia del derecho societario, máxime la técnica de participación en el capital social. Así, es lo mismo un instrumento puro de naturaleza societaria, contrato societario o estatuto social, y será constituido el grupo de sociedades por la participación societaria mutua o coligación societaria. No vamos profundizar nuestro trabajo en ese punto ya que no es lo mismo objeto de nuestro estudio ahora presentado.

b. Grupo de sociedades de base personal

También no será lo mismo objeto de profundización por los mismos argumentos arriba presentados. Todavía, para una comprensión sencilla del instituto podríamos decir que es ese tipo constituido cuando los directores de un pool de sociedades son las mismas personas. Tales personas administran las sociedades siempre buscando un fin común. Estos grupos son

Cumple resaltar que tal responsabilidad podrá ocurrir desde que presentes uno de los dos siguientes requisitos: a) fraude contra los acreedores – requisito subjetivo de la desconsideración; b) concentración empresarial – requisito objetivo de la desconsideración. Por lo tanto, la simples ocurrencia del grupo de sociedades, instrumento de concentración, al contrario de la doctrina clásica, pode llevar a la desconsideración de la personalidad jurídica del grupo de sociedades y la responsabilidad de los miembros del grupo, siempre de forma solidaria y subsidiaria. Para un estudio más profundizado de la materia, entre otros: SERICK, Rolf. *Forma e Realta della Ppersona Giuridica*. Milão, Dott Giuffre Editore, 1966. Coury, Elysabeth Susy Cavalcante. *A desconsideração da Personalidade Juridica*, Disregard Doctrine, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1998, Brasil.

constituidos mucho más por instrumentos de administración societaria de lo que por institutos jurídicos constituidos.

c. Grupo de sociedades de base contractual

Son los que realmente interesan para nosotros y podríamos distinguir, hoy por hoy, dos grandes categorías de contratos que generarán la configuración de un grupo de sociedades contractual.

Así, en una primera categoría tendremos los *contratos de empresa*, tipos contractuales específicos, los cuales visan instituir una relación de integración económica, financiera o directiva entre las empresas societarias. El contrato de empresa puede ser un contrato de subordinación, un contrato de atribución de lucros, un contrato de cesión de exploración de la actividad, un contrato de transferencia de la empresa, un contrato de comunión de lucros, etc.³⁶.

Una segunda categoría de contratos sería aquélla que es constituida por todos los acuerdos o convenciones negociables que, no constituyendo contratos de empresa, serán susceptibles de generar relaciones de dependencia fáctico-económica entre las sociedades participantes.

Así, "el mecanismo de creación y de cohesión del grupo puede ser, en segundo lugar, estrictamente *contractual*, en cuyo caso un contrato, que se utiliza como medio de dominación, es el que cohesiona al grupo de sociedades (p. ej.: un contrato de aportación de tecnología esencial; de licencia de una marca o de una patente; etc.)"³⁷.

De esta forma, en esa categoría están presentes todos los contratos de derecho común (civil o mercantil – negocios jurídicos bilaterales o complejos), pudiendo ser concluidos entre empresas colectivas o individuales, y que funcionen como un medio de dominación entre sociedades. Los ejemplos más comunes serían los contratos de abastecimiento, contratos de préstamo, contratos de agencia y principalmente, los contratos de transferencia de tecnología.

Como decimos arriba esta categoría interesará a nosotros sobremanera, ya que generaran la posibilidad de transferencia de tecnología

³⁶ En relación a los contratos de empresa vide, entre otros: CARVALHO, Orlando de. Criterio e Estrutura do Estabelecimento Comercial, I, Coimbra, 1967, Portugal.

³⁷ BROSETA PONT, Manuel. Manual de derecho mercantil, 10ª edición, reimpresión 2000, editorial tecnos, Madrid, España, p. 390.

con desarrollo económico y social. Volveremos a esta temática en momento oportuno de nuestro trabajo.

Después de hecho el análisis de los grupos de sociedades pasemos al estudio del contrato de transferencia de tecnología en si, con toda la problemática de su constitución.

D) El contrato de transferencia de tecnología

1. APROXIMACIÓN DE LA MATERIA

La transferencia de tecnología efectuase por diversos mecanismos, los cuales están agrupados de la siguiente forma:

- inversiones extranjeras, envolviendo la construcción o instalación de establecimientos y equipamientos industriales (tecnología incorporada al capital);
- venta de bienes de capital o bienes intermedios (tecnología incorporada al capital)
- trabajo humano calificado, incluyendo la asistencia técnica y la formación técnica (tecnología incorporada al hombre);
- información, de naturaleza técnica o comercial, protegida por los derechos de la propiedad industrial, ejemplo máximo la patente³⁸.

Para el progreso de los Estados necesario es su adecuado desarrollo tecnológico. No hay "...ninguna duda de que el progreso técnico es un de los factores decisivos, pues sin progreso técnico no hay competitividad industrial"³⁹. Así, la colaboración entre empresas mediante intercambios de técnicas y conocimientos es una constante en el contexto actual del comercio mundial.

Como nota introductoria es importante subrayar que las siguientes premisas deben ser aseguradas para una adecuada comprensión de la transferencia de tecnología:

³⁸ SANTOS, A. Marques dos. Transferencia Internacional de Tecnología, Economía e Direito, Alguns Problemas Gerais, Cadernos de Ciencia e Tecnologia Fiscal, 132, Lisboa: DGCI, 1984, Portugal, p. 22 y ss.

³⁹ BONETE PERALES, Rafael (Coordinadora – Eve Rimoldi de Ladmann). MERCOSUR y Comunidad Europea. La Cooperación científico-tecnológica, 2ª edición, 1998, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, Argentina, p. 135.

- a) tecnología es un término genérico que comprende diversas prestaciones específicas, distintas unas de otras, que normalmente constituyen manifestaciones de la propiedad industrial, aun cuando de ellas vengan contempladas en las legislaciones sobre propiedad intelectual;
- b) la tecnología puede transferirse con carácter definitivo, mediante venta o cesión a cambio de un precio, o simplemente ser objeto de un derecho de utilización o explotación temporaria de la misma, a cambio del pago de *royalty*;
- c) la tecnología puede transferirse aisladamente o vinculada a una operación de compra-venta mercantil;
- d) la tecnología puede transferirse a través de una operación societaria, como aporte de capital, cuando da constitución, v. g., de un grupo de sociedades de base contractual.

Finalmente, los textos de naturaleza jurídica que definen los contratos de transferencia de tecnología no son taxativos. Así, enuncian un conjunto de situaciones que pueden ser objeto de esa calificación, pero también admiten otras equiparables a las enunciadas. Tal opción explicase por la diversidad de formas que asume la transferencia de tecnología y ahí la dificultad de su definición. Abajo tentaremos una conceptualización genérica de tal figura.

2. LA TECNOLOGÍA Y SU CONCEPTUACIÓN

No ha que se hablar en una conceptualización de tecnología suficientemente extendida y aceptada. Lo mismo es afirmado en función de una ausencia de legislación internacional uniforme a respecto de la materia. Así, tendremos que verificar las legislaciones nacionales para la caracterización de tecnología. Tal verificación local tiene se mostrado bastante dificultadora de la obtención de una unidad interpretativa, la cual llevaría al desarrollo de las figuras contractuales que abarcan la materia.

Otro punto importante a subrayar es el de que una tecnología puede estar compuesta por innumerables otras prestaciones, tales como el *Know-how*, técnicas nuevas, respuestas a la observación de sistemas técnicos, etc.⁴⁰

Una tentativa importante en la unificación del Derecho aplicable a las transferencias de tecnología ha sido la inclusión en el Acuerdo por el que se

estableció la OMC⁴¹, de anexo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, tema que tradicionalmente había estado ausente de los debates y trabajos del GATT⁴².

Así, el Acuerdo contiene normas específicas a respecto de las siguientes materias tecnológicas:

- a) derechos de autor y derechos conexos; b) programas de ordenador;
- c) marcas; d) indicaciones de procedencia y denominaciones de origen;
- e) dibujos y modelos industriales; f) patentes; g) circuitos integrados;
- h) know-how y; i) establece disposiciones sobre la protección de los derechos, normas para la solución de diferencias entre los países miembros y medios de control de prácticas anticompetitivas en los contratos de concesión de licencias.

En los términos del artículo 7 del citado anexo, "la protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos, de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones".

Por lo tanto, es ese un marco multilateral de principios, normas y disciplinas tendentes a reducir las distorsiones y obstáculos en el comercio internacional. Fomenta, paralelamente, la protección eficaz de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Finalmente, como dicho, es una tentativa de uniformidad de interpretaciones cuanto a la materia tecnológica.

3. LA TECNOLOGÍA INCORPORADA A LA MERCANCÍA Y LA TECNOLOGÍA NO INCORPORADA A LA MERCANCÍA

Básicamente existen dos tipos de operaciones que permitirían la transferencia de tecnología. Así, podrían las partes realizaren una operación

⁴¹ Organización Mundial del Comercio, Marrakech el 15 de abril de 1994.

⁴² General Agreement on Tariffs and Trade. "En 1946 el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas convocó una Conferencia internacional sobre comercio y empleo con la finalidad de promover la expansión de la producción y el intercambio y consumo de mercancías. La Conferencia fue precedida por los trabajos de un Comité preparatorio y por ciertas negociaciones aduaneras, cuyos resultados fueron incorporados al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, que se estipula por el Protocolo de 30 de octubre de 1947." En ese sentido: PASTOR RIDRUEJO, José A. Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales, séptima edición, reimpresión 2000, Editorial Tecnos, Madrid, España, p. 787.

⁴⁰ SULLIVAN, Neil F. Technology Transfer (Making the most of your intellectual property), Cambridge University Press, Cambridge, 1995, Great Britain, p. 5.

con tecnología incorporada a las mercancías objeto de la transferencia o, por otro lado, realizar operaciones con transferencia de tecnología aisladamente, como operaciones *invisibles*, en los términos utilizados por la OMC. En esa segunda categoría estarán comprendidas las operaciones de transferencia de tecnología por aporte de capital, cuando da constitución de un grupo de sociedades de base contractual, objeto de estudio de ese trabajo.

A) Tecnología incorporada a mercancías

Normalmente cuando un bien o equipo es objeto de compra-venta, el vendedor ya ha incluido en el precio final el coste de los trabajos de investigación, estudio, diseño, etc. Así, al pagar el comprador el precio solicitado, está abonando el coste de la tecnología empleada en su fabricación.

En tales casos, no puede hablarse de contrato de transferencia de tecnología propio, ya que ésta forma parte inseparable de la mercancía negociada. Así, en ese caso, estaríamos delante de un autentico contrato de compra-venta internacional de mercancías.

Todavía, es muy frecuente que, además de las máquinas y equipos vendidos, se transfieran otras prestaciones que no forman parte del coste de los mismos, tales como el derecho de uso de una marca, una patente, servicios de asistencia técnica, etc.

Concluyendo, en estos supuestos, junto al contrato de compra-venta internacional de mercancías coexiste un contrato de transferencia de tecnología por unas prestaciones que se van a incorporar a la mercancía adquirida, pero su importe no se ha incluido dentro del precio de la misma, facturado por el vendedor. De esta forma, en ese caso, ha que hablarse en la existencia de un contrato de transferencia de tecnología.

B) Tecnología no incorporada a las mercancías

Cuando las prestaciones tecnológicas son objeto de transmisión independiente de una compra-venta de mercancías aparece el genuino contrato de transferencia de tecnologías pues al no haberse incorporado a un bien susceptible de ser importado físicamente, se convierte en una operación *invisible*.

A su vez, ciertas prestaciones de tecnología pueden ser objeto bien de cesión definitiva, es decir, de venta a cambio de un precio, bien de licencia o

concesión de uso o explotación, a cambio del pago de *royalty*, fijo o porcentual y de forma temporaria.

No es pues tarea fácil pretender ofrecer una clasificación diferenciada de las distintas prestaciones susceptibles de encuadrar en el término genérico transferencia de tecnología. Menos sencillo es definir cada una de esas operaciones, debido a que en la practica muchas empresas utilizan indistintamente expresiones tales como ingeniería, asistencia técnica, know-how, y la doctrina aun no está consolidada.

4. BREVES ENUNCIADOS DE LOS DIVERSOS TIPOS DE PRESTACIONES TECNOLÓGICAS

A) Ingeniería (*engineering*)

Conjunto de trabajos y estudios de carácter técnico, económico y de investigación, normalmente efectuados por una empresa o departamento especializado, para la realización de un determinado proyecto industrial y que suelen materializarse en proyectos e informes técnicos y planos.

Finalmente, desde el punto de vista aduanero la ingeniería engloba tan solamente los trabajos y estudios destinados a la fabricación de una instalación o producto industrial, tratándose de operaciones anteriores a la importación de tales bienes. Así, la tecnología será transferida antes de la adquisición del producto final.

B) Patentes y modelos de utilidad

La Patente es un privilegio legal, concedido al descubridor de un invento, que le permite fabricarlo, utilizarlo y venderlo con exclusión de terceros durante un tiempo determinado.

Para el Tribunal de Justicia de Luxemburgo tal privilegio es justificable como una "concesión al inventor de un derecho exclusivo de primera comercialización del producto que le permite, al reservarle el monopolio de su explotación, obtener la recompensa de su esfuerzo creador"⁴³. Así, tiene como objeto específico la garantía al titular de tal derecho de utilizar su invención con vistas a la fabricación y comercialización de productos industriales de forma exclusiva, durante plazo determinado.

⁴³ Asunto 15/74 Centrafarm B. V./ Sterling Drug Inc., de 14 de julio de 1981. Asunto 187/80 Merck/Stephar et Exler y, de 5 de diciembre de 1996.

Por su turno, las invenciones que consistan en dar a un objeto una nueva configuración, estructura o constitución de la que resulte alguna ventaja apreciable para uso o fabricación son protegibles como modelo de utilidad. Así, podríamos citar como bienes protegibles los utensilios, herramientas, aparatos, dispositivos o partes de los mismos que reúnan dichos requisitos⁴⁴.

⁴⁴ En la Unión Europea la protección mediante patente se lleva a cabo a través de dos sistemas: los sistemas nacionales y el sistema europeo de patentes.

La primera que vio luz fue la patente nacional, que en los Estados miembros de la Comunidad Europea, ha sido armonizada mediante la adhesión progresiva de los Estados miembros al Convenio de Munich sobre la patente europea, de 5 de octubre de 1973, del que también forman parte Suiza, Liechtenstein y Mónaco.

El sistema europeo es formado por dos Convenio sobre patentes, el citado Convenio de Munich y el Convenio de Luxemburgo sobre la patente comunitaria, de 15 de diciembre de 1975 que, en la actualidad, forma parte integrante del Acuerdo en materia de patentes comunitarias, firmado también en Luxemburgo en 15 de diciembre de 1989.

El Convenio de Munich no creó un derecho uniforme de protección, sino que permite obtener una protección en tantos Estados partes del Convenio como desee el solicitante. Este sistema se caracteriza por su gran flexibilidad, aunque presenta algunos inconvenientes por su complejidad y coste. Además, no prevé la existencia de un tribunal competente a nivel europeo para dirimir los litigios en materia de patentes, lo que presenta el riesgo de los tribunales competentes de los Estados miembros dictaren resoluciones diferentes.

Aunque distintos, los objetivos de los dos Convenios, Munich y Luxemburgo (1989), son complementarios. Así, el primero pretende racionalizar la expedición de las patentes mediante el establecimiento de un procedimiento centralizado, gestionado en la Oficina Europea de Patentes de Munich. De esta forma, el Convenio está abierto a la adhesión de todo Estado europeo, hecha previa invitación por el Consejo de Administración de la Organización Europea de Patentes. Por su turno, el segundo pretende alcanzar los objetivos del mercado único, especialmente por lo que se refiere a la igualdad de las condiciones de competencia y la libre circulación de mercancías.

El sistema de patentes en Europa se elaboró pues mediante convenios internacionales. Ello se debe a que estas iniciativas se adoptaron en una época en la que no se había establecido la competencia de la Comunidad en ese ámbito. Se trata de una fase ya superada, dado que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha reconocido (Sentencia de 13 de julio de 1995. Asunto C-350/92. Reino de España c/ Consejo) la competencia de la Comunidad para intervenir en el ámbito de las patentes, si ello contribuye a realizar uno de los objetivos del Tratado: la libre circulación de mercancías o el establecimiento de unas condiciones no falseadas de competencia.

La Comisión ha estimado necesario hacer balance de la situación en materia de patentes comunitarias y sistemas de patentes en Europa. A tal fin ha elaborado un Libro Verde, en el que se analiza las carencias que se derivan de la ausencia de una vertiente comunitaria correspondiente al sistema europeo de patentes y de los obstáculos a su entrada en vigor. A continuación, aborda las cuestiones que se derivan de ello desde el punto de vista

Importante subrayar que todo sistema de patentes es hecho no con el fin precipuo de generar exclusividad para el inventor pero es ésta, tan solamente, una recompensa por el trabajo por él realizado. Visan así, los sistemas de patentes en todo el mundo, contribuir para el desarrollo tecnológico y científico de los pueblos ya que los procesos de invención tienen que ser archivados en los órganos concedentes de la patente y serán los mismos divulgados para la comunidad científica mundial.

C) Licencia de patente

La patente tiene la naturaleza jurídica de bien mueble, lo que le permite ser objeto de transmisión por venta o de concesión temporal de su explotación.

Así, la concesión de licencia de patente es la transferencia temporal del derecho de uso o de explotación de la invención patentada, mediante el pago de royalty, lo cual podrá ser fijo o porcentual.

El Reglamento CEE n.º 2349/84 de 23 de julio de 1984 definía la licencia de patente como "autorización por el titular de una patente (concedente de la licencia) a otra persona (licenciataria) para que explote la invención patentada por uno o varios de los modos de explotación previstos en el derecho de patentes, en particular la fabricación, utilización y comercialización"⁴⁵.

D) Know-how

"Una buena parte de la tecnología, particularmente de la tecnología de vanguardia, se posee hoy día como *Know-how*"⁴⁶. Así, ese simple facto por sí caracteriza la importancia de tal contrato.

técnico, jurídico y político, tales como la armonización complementaria del derecho de patentes en el contexto comunitario.

Finalmente, el Libro Verde persigue un triple objetivo: *facilitar una visión general de la situación en materia de protección de la innovación por medio del régimen de patentes en la Comunidad Europea; *evaluar la necesidad de adoptar nuevas acciones comunitarias y/o modificar los regímenes actuales; *explorar la forma y el contenido posible de tales nuevas acciones.

⁴⁵ Este Reglamento estuvo en vigor hasta 31 de marzo de 1996, siendo sustituido por el Reglamento CE 240/96 de la Comisión de 31 de enero de 1996, lo cual se publicó en el D.O.C.E. L31 de 9 de febrero de 1996 y será aplicable hasta el 31 de marzo de 2006.

⁴⁶ MASSAGUER, Jose. El contrato de licencia de *Know-how*, Librería Bosch, Barcelona, 1989, España, p. 67.

El Reglamento CE 240/96, de 31 de enero de 1996, determina que Know-how es un conjunto de informaciones técnicas secretas, sustanciales e identificadas de forma apropiada, debiendo tener en cuenta lo siguiente:

- el término *secretas* significa que el conjunto de *know-how*, no es generalmente conocido ni fácilmente accesible, por lo que parte de su valor reside en la ventaja temporal que su comunicación confiere al licenciataria;
- el término *sustanciales* significa que el *know-how* contiene información útil. Así, en el momento de la formación del acuerdo servirá lo mismo para mejorar la competitividad del licenciataria permitiéndole, por ejemplo, acceder a un nuevo mercado, y incluso teniendo ventajas comparativas en relación a la competencia;
- el término *identificadas* significa que el *know-how* ha de describirse o registrarse en un soporte material de tal forma que sea posible comprobar si se cumplen los requisitos de secreto y sustancialidad y garantizar que no se restringe indebidamente la libertad del licenciataria de explotar su propia tecnología.

Por lo tanto, estaría el contrato de know-how cualificado como aquél en que un obligado transfiere determinada tecnología (el transferente) contra el pago de una remuneración por el receptor de la misma tecnología⁴⁷.

En relación al know-how ha que hablarse de la operación de cesión. Así, cuando una parte obligase a comunicar a otra sus conocimientos secretos sustanciales e identificados para que esa última pueda utilizarlos estaremos delante de una cesión de know-how.

Finalmente, en relación a la licencia de *Know-how*, ha que hablarse que "dada la ausencia de legislación positiva y la complejidad de un contrato de esta naturaleza, los tratadistas hacen hincapié en que los contratos de licencia de *Know-how*, deben de ser muy meditados y extendidos por técnicos en la materia, dado el cúmulo de dificultades, y el carácter secreto de los conocimientos tecnológicos que se transmiten"⁴⁸.

E) Marcas

Se entiende por Marca todo signo o medio que se distinga o sirva para distinguir en el mercado productos o servicios de una persona, de productos o servicios idénticos o similares de otra persona. También se consideran marcas las palabras, incluidas las que sirvan para identificar las personas; las imágenes, figuras, símbolos y gráficos; las letras, cifras y sus combinaciones; las formas tridimensionales entre las que se incluyen los envoltorios, los envases, la forma del producto o su presentación; y cualquier combinación de los signos o medios antes mencionados⁴⁹.

El Reglamento CEE 40/94 de 20 de diciembre de 1993 sobre la Marca Comunitaria contiene una definición idéntica que la establecida en la Directiva 89/104 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas. Así determina que todos los signos que puedan ser objeto de una representación gráfica, en particular las palabras, incluidos los nombres de las personas, los dibujos, las letras, las cifras, las formas del producto o de su presentación, con la condición de que tales signos sean apropiados para distinguir los servicios o productos de una empresa de los de otra empresa, pueden ser caracterizados como marca⁵⁰.

En términos muy similares se define la marca de fábrica o de comercio en el artículo 15 del anexo al Acuerdo de Marrakech, de 15 de abril de 1994, por el que se creó la OMC, ya analizado.

El Tribunal de Luxemburgo define que "el derecho de marcas tiene por objetivo proteger a los titulares contra las maniobras de terceros que, provocando un riesgo de confusión en el ánimo de los consumidores, intenten sacar partido de la reputación atribuida a la marca"⁵¹. Finalmente, la función esencial de la misma es "garantizar a los consumidores la identificación del origen del producto, permitiéndoles distinguir, sin confusión posible, este producto de los que tienen otro origen"⁵².

⁴⁹ Artículos 1 y 2 de la Ley española de Marcas, nº 32/1988 de 10 de noviembre, cuyo texto ya incorporó las previsiones de la Directiva 89/104, de 21-12-1988, a pesar de publicarse antes que ésta.

⁵⁰ Coexistiendo con las distintas marcas nacionales (sobre cuya reglamentación a nivel interno la Directiva 89/104 estableció normas de armonización) la marca comunitaria creada por el Reglamento 40/94 permite la protección en todo el ámbito de la Unión Europea (UE) sin necesidad de ser registrada en todos los Estados miembros.

⁵¹ Sentencia de 22 de junio de 1994 (Asunto C-9/93 IHT Internationale Heiz-technik GMBH y otros/Ideal Standard GMBH y otros).

⁵² Sentencia de 31 de octubre de 1974 (Asunto 16/74 Centrafarm B.V./Winthrop B.V.).

⁴⁷ JACQUET, Jean-Michel y DELEBECQUE, Philippe. *Droit du Commerce International*, 2ª edición, Éditions Dalloz, Paris, 1999, France, p.193.

⁴⁸ CHULIÁ VICENT, E.; y BELTRÁN ALANDETE, T.. *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*, volumen I, Cuarta edición, José María Bosh Editor, Barcelona, 1999, España, p. 255.

F) Licencia de uso de marca

Como las patentes, las marcas son bienes muebles susceptibles de cesión por todos los medios que el derecho reconoce, lo que permite su venta, su concesión o licencia de uso, además de poder ser dada en garantía o ser objeto de otros derechos reales.

La licencia comporta la autorización por el titular de la marca a otra persona para que utilice la misma, en exclusiva o no, en los productos que fabrique o comercialice, a cambio de un *royalty*, normalmente porcentual, sobre el precio de las unidades fabricadas o comercializadas con dicha marca.

G) Asistencia técnica

El Código de liberalización de operaciones invisibles y corrientes de la OCDE concibe la asistencia técnica como una actividad relacionada con la producción y distribución de bienes y servicios en todos sus grados, suministrada por un periodo de tiempo fijado en función del objeto particular de esta asistencia y en la que se incluyen por ejemplo consulta y visitas de expertos, preparación de planos y diseños, supervisión de fabricación, estudio de mercado y formación profesional.

Más complicado resulta, a veces, distinguir la asistencia técnica del *know-how*, sobretodo cuando se presta sin vinculación a ninguna operación de importación, y consiste simplemente en la transmisión de conocimientos a través de asesoramiento técnico, formación de personal, desplazamiento de expertos, etc. La nota diferencial entre una y otra prestación hay que buscarla en el carácter secreto y no divulgado que suele tener todo *know-how*, mientras que la asistencia técnica no es más que la ayuda o asesoramiento para la puesta en práctica y correcta aplicación de unos determinados conocimientos técnicos no secretos, pero sólo al alcance de personal experto o altamente cualificado que, como tal, puede interpretarlos y aplicarlos.

H) Franquicia (*Franchising*)

“El contrato de franquicia presenta modalidades diversas, que no se refieren sólo a la distribución de productos. En función del tipo de prestación del sistema de franquicia al cliente final cabe realizar una tríptica distinción.

La franquicia industrial, que constituye normalmente un acuerdo entre fabricante, está destinada a la fabricación de productos por el franquiciado. En la franquicia de distribución el sistema se orienta a la comercialización de productos y en la franquicia de servicios a hacer posible la prestación de servicios por el franquiciado.

Son contratos de moderno desarrollo, cuya regulación específica en el panorama comparado se limita a normas de defensa de la competencia, así como a normas sobre la celebración y terminación del contrato protectoras de la posición del franquiciado”⁵³.

El contrato de franquicia es complejo, con una múltiple variación de conceptos y formaciones. Como dicho, no es objeto del presente trabajo una profundización en las especies contractuales de transferencia de tecnología pero, tan solamente, un análisis genérico de tal categoría y su contextualización en las cuestiones de la economía internacional y su desarrollo sostenible. Así, no trataremos de la franquicia con más detenimiento, quedando tal tarea para una nueva oportunidad.

Finalmente, pese a haberse intentado ofrecer una tipología de las distintas prestaciones susceptibles de transferencia, no puede afirmarse que la tecnología se subdivide en una serie de compartimentos estancos independientes unos de otros.

Por lo tanto, por una parte, lo normal es que un mismo contrato contemple, como ya se dijo, diversas prestaciones de las aquí analizadas y englobadas bajo una rúbrica común como contrato de transferencia de tecnología, contrato de servicios o contrato de asistencia técnica, sin que el título que las partes hayan querido otorgar al contrato tenga transcendencia a ningún efecto (habrá que analizar el contenido de cada prestación en concreto para poder determinar el régimen legal aplicable). Por otro lado, una prestación concreta puede comportar la realización de prestaciones adicionales. Piénsese, por ejemplo, en un contrato de licencia de patente en el que, además de conferir al licenciatarario el derecho de fabricar, deben suministrársele conocimientos (*Know-how*) y asesoramiento posterior para el perfecto desarrollo del producto a fabricar (asistencia técnica), con instrucciones precisas e incorporadas a un soporte (planos, fórmulas, etc).

⁵³ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Derecho del comercio internacional, Eurolex, Madrid, 1996, España, p. 332-333.

Concluyendo este punto tendremos varios tipos contractuales que fundamentan jurídicamente las prestaciones tecnológicas, figuras estas que muchas veces existen concomitantemente.

CONCLUSIONES – *Ultimas palabras*

El acceso a la tecnología, incorporada al capital o en los conocimientos, es una condición del ejercicio de las diferentes actividades económicas y constituye un elemento determinante en la capacidad competitiva de las empresas. Los contratos de transferencia de tecnología constituyen la forma normal del acceso a ese factor de producción (la tecnología desarrollada). Grande parte de estos contratos son elaborados entre empresas originarias de países industrializados y tecnológicamente avanzados, pudiendo constituir una cooperación recíproca.

Los referidos contratos aproximan aún, con frecuencia, empresas de desigual capacidad económica y tecnológica, principalmente empresas multinacionales y empresas nacionales. Siempre que la capacidad de negociación de la empresa adquirente y la empresa transferente es desigual, estarán creadas condiciones para el desequilibrio contractual. Así, presentes *cláusulas restrictivas* (limitativas de la libertad de acción, en el plano de la producción o de la comercialización) y/o *cláusulas abusivas onerosas*, cuanto a la determinación de los *royalties* que serán cobrados. Tal situación es agravada por la práctica común de transferencia de la tecnología por lo *paquetes tecnológicos*, quedando difícil para el adquirente el conocimiento de todos los elementos que hacen parte de la tecnología adquirida. Así, patente estará la eterna dependencia económica y tecnológica del adquirente en relación al transferente. Todas esas restricciones, cuando verificadas en larga escala, son susceptibles de afectar hasta la independencia económica de los Estados, formalmente soberanos.

Por constataren las características especiales de estos tipos contractuales, sobremanera a partir del final de los años 60, un número considerable de PVDs adoptó legislación específica en el dominio de la transferencia de tecnología.

De una manera general, tales legislaciones (las cuales tienen soporte en la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas) confieren poderes de intervención a los Estados. La intervención, por ejemplo, podría estar caracterizada como la necesidad de autorización estatal para la celebración

de contratos de transferencia de tecnología entre empresas nacionales y extranjeras; prohibición de introducción en los contratos de determinadas cláusulas previstas en ley; prohibición de introducción de condiciones restrictivas para lo adquirente; imposición de introducción de cláusulas favorables a la empresa nacional o al país acogedor de la inversión (principalmente en materia de formación de recursos humanos, utilización de recursos locales, preservación del medio ambiente, etc).

Todavía, hoy por hoy es sabido que la simple intervención del Estado con el fin de limitación de la realización de los contratos de transferencia de tecnología no es la estrategia más acertada ya que genera un retraso aún mayor en el desarrollo tecnológico y social para los países de periferia. De esta forma, tendrán los PVDs que buscar nuevos mecanismos de inserción internacional con el objetivo de acelerar su desarrollo económico y consecuente equilibrio social.

Para eso, uno de los caminos más seguros y con participación internacional efectiva, preocupado el inversor no solamente con sus intereses de capital pero también con el desarrollo de la actividad productiva en sí, es la creación de los grupos de sociedades de base contractual. Será el inversor no solamente un capitalista vinculado en la actividad pero un socio que pretende la manutención y desarrollo de la misma para mayores beneficios de capital. Además, pretende el desarrollo de la economía del propio Estado acogedor de las inversiones ya que procura una ampliación de su mercado de actuación. Así, los problemas enfrentados con la simple actuación de una multinacional alienígena (no vinculación de las mismas a los proyectos sociales y de desarrollo económico) en el Estado acogedor no ocurrirán con los grupos de sociedades ya que, generalmente, tienen participación de socios locales o nacionales.

Por otro lado, no ocurrirá la participación del Estado como gestor pero tan solamente como fiscalizador de las actividades desarrolladas y, fundamentalmente, como generador de desarrollo económico y social por vía de los organismos de fomento a la actividad productiva⁵⁴.

Finalmente, será este un nuevo instrumento de transferencia de tecnología ya que podrá el socio internacional hacer su aporte de capital por

⁵⁴ Ejemplo en Brasil es el BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, que participa como órgano que financia sin números de proyectos de instalación de multinacionales en Brasil en los sectores de telecomunicaciones, petróleo, etc. Tiene demostrado ser esta una nueva forma de actuación del Estado.

medio de la integralización de tecnología avanzada. Importante subrayar aquí que no generará, como las demás operaciones de transferencia de tecnología la dependencia tecnológica ya que el transferente dejará de practicar una mera operación de transferencia y recibimiento de *royalties* para integrarse al proyecto constituido ya que es lo mismo socio del nuevo emprendimiento realizado.

Concluyendo, como dicho arriba, no es este el único instrumento posible para la inserción de los países de periferia en el nuevo orden económico internacional pero será, con toda certeza, un instrumento que permitirá intereses de capital para toadas las partes vinculadas (desarrollados y en vías de desarrollo) y con más justicia social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- GARCIA-AMADOR, F. V. El derecho internacional del desarrollo, Editorial Civitas, Madrid, 1987, España, p. 78.
- AMIN FERRAZ, Daniel. Joint Venture e Contratos Internacionais, editora Mandamentos, Belo Horizonte, 2001, Brasil, p. 185 y ss.
- UNGER, Roberto Mangabeira. Democracia Realizada, a alternativa progressista, Boitempo editorial, São Paulo, 1999, Brasil, p. 49.
- ANTUNES, José Augusto Q. L. Engracia. Os Grupos de Sociedades, Livraria Almedina, Coimbra, Portugal, 1993, p.10.
- DI GIOVANNI, Ileana. Derecho intrnacional económico, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 63.
- FELGUEIRAS, Maria da Gloria. Os factores determinantes na instalação de empresas brasileiras em Portugal, Coimbra, Faculdade de Economia, 1994, Portugal, p.21 y ss.
- SHIRM, Stefan A. Mercados Globais e Margem de Ação do Estado, Centro de Estudos Papers, 1999, n° 36, Brasil, p.22.
- ALONSO PÉREZ, Matilde. Desarrollo y cooperación, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, España, p.89.
- HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel. La regulación de los movimientos internacionales de capital desde una perspectiva europea, McGraw-Hill, Madrid, 1997, España, p.36.
- BARTLETT, Christopher. Revista Brasileira de Comércio Exterior (RBCE), Ano XI, n° 45, out/nov/dez de 1995, Rio de Janeiro, Brasil, p. 58 y ss.
- COMPARATO, Fabio Konder. Estado, Estrutura e Função Social, Revista dos Tribunais, n° 732, ano 85, outubro de 1996, São Paulo, Brasil, p. 38 y ss.
- FONSECA, José Julio Borges da. Direito Antitruste e Regime das Concentrações Empresariais, Editora Atlas, São Paulo, 1997, Brasil, p. 67 y ss.
- BRAILLARD, Philippe. Théorie des Relations Internationales, Presses Universitaires de France, Paris, 1977, p. 190 y ss.
- Países de periferia entendidos como aquellos que producen , en su esencia bienes primarios. En ese sentido: BALASSA, Bela. El desarrollo económico y la integración, Centro de estudios monetarios latinoamericanos, 1965, México, p.43.

- MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando y FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. El desarrollo y la cooperación internacional, Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial el Estado, Madrid, 1997, España, p.99.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei e proteção da concorrência, Forense, Rio de Janeiro, 1995, Brasil, p. 10.
- BONI ARISTIZÁBAL, Alejandra y FERRERO DE LOMA-OSORIO, Gabriel. Introducción a la cooperación para el desarrollo, Universidad Politécnica de Valencia, Valencia, 1997, España, p. 51.
- LINDERT, Peter H. Economía Internacional, Ariel Economía, Barcelona, 1994, España, p. 68.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, Editora Malheiros, São Paulo, 1999, Brasil, p. 727.
- SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo V. da. Defesa da Concorrência no Mercosul, Editora Ltr, São Paulo, 1998, Brasil, p. 57.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial (As estruturas), ed. Malheiros, São Paulo, 1998, Brasil, p. 47.
- VIDAL VILLA, José María. Mundialización e integración económica, in Integración Eurolatinoamericana, Coordinador, MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, Argentina, p.141.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel. Instituciones de derecho internacional público, duodécima edición, editorial tecnos, Madrid, 1999, España, p. 589.
- LAROCHE, Josepha. Politique Internationale, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1998, France, p. 148.
- PANNUNZIO, Antonio Carlos; SATO, Eiiti; ALMEIDA, Paulo Roberto de; GONÇALVES, Reinaldo; y, LOHBAUER, Christian. O Brasil no Cenário Internacional, Fundação Konrad Adenauer, São Paulo, 2000, Cadernos Adenauer, n° 2, Brasil, p.73.
- AMIN FERRAZ, Daniel. Ob. cit., p. 195 y ss.
- CHECA MARTÍNEZ, Miguel. El *Trust* angloamericano en el Derecho español, Mc Graw Hill, Madrid, 1998, España, p. 8 y ss.
- NASCIMENTO, Cynthia Araujo. A política de concorrência no Brasil e o novo paradigma regulatório, Revista do BNDES, n° 5, Vol. 3, Rio de Janeiro, junho de 1996, Brasil, p. 161 y ss.
- GÓMEZ GALÁN, Manuel; y, SANAHUJA, José Antonio. El sistema internacional de cooperación al desarrollo, Cideal, Madrid, 2ª edición, 1999, España, p. 257.
- CHAMPAUD, Claude. Le Pouvoir de Concentration de la Société par Actions, Librairies Sirey, Paris, 1962, France, p.197.
- RODIÈRE, René. Droit Commercial – Groupements Commerciaux, 10ª ed., Dalloz, Paris, 1980, France, p.423.
- TAVARES BORBA, José Edwaldo. Direito Societario, Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1997, Brasil, p. 375.
- CARVALHO, Orlando de. Criterio e Estrutura do Estabelecimento Comercial, I, Coimbra, 1967, Portugal.
- BROSETA PONT, Manuel. Manual de derecho mercantil, 10ª edición, reimpresión 2000, editorial tecnos, Madrid, España, p. 390.
- SANTOS, A. Marques dos. Transferencia Internacional de Tecnología, Economia e Direito, Alguns Problemas Gerais, Cadernos de Ciencia e Tecnología Fiscal, 132, Lisboa: DGCI, 1984, Portugal, p. 22 y ss.

BONETE PERALES, Rafael (Coordinadora – Eve Rimoldi de Ladmann). MERCOSUR y Comunidad Europea. La Cooperación científico-tecnológica, 2ª edición, 1998, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, Argentina, p. 135.

SULLIVAN, Neil F. Technology Transfer (Making the most of your intellectual property), Cambridge University Press, Cambridge, 1995, Great Britain, p. 5.

PASTOR RIDRUEJO, José A. Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales, séptima edición, reimpresión 2000, Editorial Tecnos, Madrid, España, p. 787.

MASSAGUER, Jose. El contrato de licencia de *Know-how*, Librería Bosch, Barcelona, 1989, España, p. 67.

JACQUET, Jean-Michel y DELEBECQUE, Philippe. Droit du Commerce International, 2ª édition, Éditions Dalloz, Paris, 1999, France, p.193.

CHULIÁ VICENT, E.; y BELTRÁN ALANDETE, T.. Aspectos jurídicos de los contratos atípicos, volumen I, Cuarta edición, José Maria Bosh Editor, Barcelona, 1999, España, p. 255.

Artículos 1 y 2 de la Ley española de Marcas, nº 32/1988 de 10 de noviembre, cuyo texto ya incorporó las previsiones de la Directiva 89/104, de 21-12-1988, a pesar de publicarse antes que ésta.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Derecho del comercio internacional, Eurolex, Madrid, 1996, España, p. 332-333.

LIMITAÇÕES URBANÍSTICAS À PROPRIEDADE PRIVADA – A FUNÇÃO SOCIAL COMO LEGITIMADORA E CONDICIONANTE DAS INGERÊNCIAS ADMINISTRATIVAS À PROPRIEDADE PRIVADA

Raissa Rodrigues Gomide Mafia
Bacharel em Direito pela UFV

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O direito de propriedade; 2.1. Terminologia, conceito, fundamento jurídico e evolução histórica; 2.2. O direito de propriedade no Brasil: evolução, disciplina jurídica, quadro atual e perspectivas; 2.2.1. A propriedade urbana; 3. A função social da propriedade; 3.1. Aspectos gerais: conceito, conteúdo; 3.2. A função social da propriedade urbana no atual contexto legal-urbanístico brasileiro; 4. Limitações urbanísticas ao direito de propriedade; 4.1. Limitações urbanísticas: conceito, conteúdo, espécies; 4.2. Limitações urbanísticas ao direito de propriedade: o problema da denominação, delimitação do tema e definição; 4.3. Principais espécies de limitações urbanísticas ao direito de propriedade: breve análise conceitual e finalística; 5. A função social e as ingerências administrativas na propriedade; 5.1. A função social como legitimadora; 5.2. A função social como condicionante; 6. Conclusão; 7. Resumo e 8. Bibliografia.

PALAVRAS-CHAVE: direito de propriedade; função social da propriedade; limitações urbanísticas.

1. INTRODUÇÃO

A propriedade, como o mais amplo direito real, abrangendo os poderes de usar, gozar e dispor da coisa, evoluiu do sentido individual para o sentido social.

Pode-se afirmar que a propriedade é um dos institutos jurídicos de surgimento mais remoto, assumido caráter absoluto já no direito romano tendo sido relativizado na Idade Média.

Com a Revolução Francesa, reviveu-se, de forma exacerbada, a concepção puramente individualista do período romano, como repúdio ao sistema feudal. Superada essa fase, notadamente a partir de meados do século XIX, cresce o número de restrições impostas pelo Estado à propriedade privada.

Dessa forma, o campo de atuação do Estado na propriedade privada foi se ampliando, passando das limitações quase que exclusivamente referentes aos direitos de vizinhança, da época da Revolução, ao efetivo condicionamento do exercício do direito de propriedade ao bem-estar social. Hoje prevalece o princípio da função social da propriedade, de modo que o direito de propriedade não pode ser exercido ilimitadamente, porque coexiste com direitos alheios de igual natureza e, ainda, porque há interesses públicos maiores, cuja tutela incumbe ao Poder Público exercer. Aqui cabe mencionar o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, tendo em vista que o Brasil constitui um Estado democrático de direito.

No Brasil, o direito de propriedade encontra-se vinculado à sua função social de modo mais enfático a partir da Constituição Federal de 1988. O fundamento constitucional das limitações urbanísticas à propriedade está nos artigos 5º, XXIII, da Constituição Federal¹, o qual dispõe que a propriedade atenderá à sua função social. Isso, de modo geral e por si só, condicionaria todo o direito de propriedade. Mais à frente, no título VII, o texto constitucional reafirmou a vinculação da propriedade privada e sua função social como princípios da ordem econômica, no artigo 170, II e III. Além disso, disciplinou o princípio da função social de propriedade, com conteúdo definido em relação às propriedades urbana e rural, com sanções para o caso de não ser observado, como nos artigos 182, 184 e 186.

Mais precisamente com relação à função social da propriedade urbana, a Constituição Federal de 1988 consagrou um capítulo referente à política urbana. O artigo 182 dispõe que a política de desenvolvimento urbano tem por

finalidade ordenar o desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. Da leitura do artigo, verifica-se que o legislador constituinte conferiu ao plano-diretor a competência para fixar os requisitos que deverão ser seguidos para que se possa cumprir a função social da propriedade no âmbito urbano. Portanto, a propriedade urbana é condicionada, pelo ordenamento jurídico, a cumprir as funções urbanísticas de proporcionar habitação e condições adequadas de trabalho, recreação e circulação humana. E todas essas condicionantes do direito de propriedade, já esboçadas na Constituição Federal desde 1988, tomaram um contorno bem mais definido com a promulgação do Estatuto da Cidade, Lei 10.257, de 10 de julho de 2001, que regulamenta as exigências constitucionais dos artigos 182 e 183.

O Estatuto da Cidade reúne prescrições relativas à ação do poder público na regulamentação do uso e da propriedade urbana em prol do interesse público, fixando o princípio da função social da cidade e da propriedade urbana como elemento fundamental e norteador das ações públicas dirigidas às necessidades dos cidadãos, na busca do bem-estar coletivo e da justiça social.

Nesse contexto, o Estatuto da Cidade regulamenta o parcelamento, edificação e utilização compulsórios do imóvel, imposto predial e territorial urbano progressivo no tempo, desapropriação com pagamento em títulos da dívida, usucapião especial de imóvel urbano, já previstos na Constituição Federal. Resgata, ainda, valiosos instrumentos, como o direito de superfície, direito de preempção, outorga onerosa do direito de construir e alteração de uso, operações urbanas consorciadas, transferência do direito de construir e estudo de impacto de vizinhança, servidão administrativa, limitações administrativas, tombamento, instituição de unidades de conservação e de zonas especiais de interesse social, entre outros.

Dessa forma, tem-se que o uso e o exercício da propriedade são atingidos pelas limitações urbanísticas, tendo em vista a promoção do interesse público. Mas como legitimar as intervenções administrativas no direito de propriedade, o qual também é assegurado constitucionalmente? Condicionar essas intervenções a um interesse público específico, caracterizador de uma função social da propriedade, é a melhor forma de legitimá-las.

2. O DIREITO DE PROPRIEDADE

2.1. Terminologia, conceito, fundamento jurídico e evolução histórica

A propriedade, ou domínio, pode ser entendida como um direito real, *ius in re*, que confere ao seu titular o poder de usar, fruir, dispor e reivindicar

¹ Art. 5º, XXIII: a propriedade atenderá a sua função social.

determinado bem. Daí, pode-se falar no desdobramento do direito de propriedade em quatro outros direitos, anteriormente especificados. O direito de usar, *ius utendi*, reporta-se à faculdade que tem o titular de colocar o bem a seu serviço, com observância da lei e sem causar prejuízos a terceiros. O direito de fruir ou gozar, *ius fruendi*, importa obter todas as vantagens que o bem pode lhe proporcionar, incluindo, quase sempre, o uso. O direito de dispor, *ius abutendi*, é, como o próprio nome adianta, a faculdade que tem seu titular de desvincular-se do bem, alienando-o ou transferindo-o a outrem, através da venda, doação, renúncia e abandono, entre outros. Envolve o poder de consumir, dividir ou gravar o bem. Porém, não mais coaduna-se com a prerrogativa de abusar da coisa, destruindo-a gratuitamente, uma vez que a própria Constituição Federal brasileira condiciona o uso da propriedade ao bem-estar social. E, por fim, o direito de reivindicar, *rei vindicatio*, que é o direito de reclamar a coisa de quem injustamente a possui.

O fundamento jurídico do direito de propriedade é objeto de várias teorias, dentre as quais se destacam a teoria da ocupação, a teoria da especificação, a teoria da lei e a teoria da natureza humana.

A teoria de surgimento mais remoto é a que justifica a ocupação das coisas que não pertenciam a ninguém, as *res nullius*, como fundamento da propriedade. Contudo, a ocupação é apenas modo de aquisição da propriedade, não se prestando a justificá-la. Daí o cerne das várias críticas que se lhe fazem. Outra é a corrente que se apóia na idéia de que o trabalho humano, transformador da natureza e da matéria bruta, é que justificaria o direito de propriedade, ou seja, em virtude da especificação de uma coisa, especificação essa fruto do trabalho humano, adquire-se o direito de propriedade. Trata-se da teoria da especificação. Não obstante tenham sido inspirados os regimes socialistas do início do século passado, esta teoria não é suficiente para explicar quando existe a propriedade, mas somente quem é o proprietário.

Da obra de Montesquieu, *De l'esprit des lois*, extrai-se a terceira teoria acima referida, qual seja, a teoria da lei, segundo a qual a propriedade é instituição do direito positivo e existe porque a lei a criou e a garante. Essa idéia contrapõe-se, sobretudo, à certeza de que a propriedade existiu muito antes de ser regulamentada por qualquer lei.

A teoria de maior aceitação, inclusive adotada pela Igreja Católica, conforme se depreende das encíclicas papais, é a que considera a propriedade inerente à natureza humana uma dádiva de Deus aos homens.

Assim, a propriedade não advém do Estado, nem de suas leis, mas antecede a ele, como direito natural que é.

A propriedade passou por diversas concepções ao longo dos tempos, sendo certo que, antes de qualquer intervenção do Estado ou do ordenamento jurídico, o homem já usava, gozava e dispunha das coisas. Os animais também assim procediam e continuam a proceder, independentemente das regulamentações criadas pelos homens. Reportam-se aqui as lições de Darcy Bessone², segundo o qual

“O poder de fato sobre as coisas preexistiu ao direito. Ainda agora, os animais o exercem, à margem do direito. Aconteceu, contudo, que os bens necessários ou úteis ao homem não se ofereceram na natureza em quantidade bastante. A insuficiência engendraria lutas terríveis e destruidoras, se não se encontrassem formas de apropriação e uso, convenientemente disciplinadas. A escassez dos bens lhes conferiu sentido econômico e exigiu técnicas jurídicas, que ordenassem e disciplinassem a posição do homem, em face da coisa, e as relações entre os homens, a respeito dela.”

O direito de propriedade mostra-se, destarte, como um produto cultural, fato oriundo da criação humana, útil à organização da vida em sociedade. Uma vez tratando-se de um instituto necessário ao ordenamento, e até mesmo a possibilitar a vida social, o direito de propriedade transformava-se à medida que se alteram as relações socioeconômicas. Não raro se encontra nas páginas da história da propriedade a afirmação de que nas hordas primitivas a sua forma inicial era coletiva. Na verdade, a horda exercia, em caráter coletivo, poderes estáveis sobre as coisas, como os campos de caça ou de pesca, e inclusive a organização do trabalho, ainda que bastante rudimentar, baseava-se no cooperativismo; apenas os objetos de uso pessoal eram propriedade individual.

Um passo à frente na história, observam-se os primeiros traços individualistas no direito de propriedade. É a antiguidade clássica, quando, na Grécia, a propriedade era fator preponderante na estruturação da cidade, onde, associada a elementos de cunho religioso, a propriedade era protegida

² BESSONE, D. *A função social da propriedade*. Palestra proferida na Universidade Federal de Viçosa em 06.07.1992. UFV. Viçosa/MG.

com extremismo contra invasões estrangeiras. “A propriedade grega era, pois, sagrada, indivisível, individual e familiar.”³

A propriedade romana, por sua vez, passou por três fases bastante características: a coletiva, a familiar e a individual. O início da cidade de Roma reporta-se às tribos que iniciaram aquela civilização. Nessa fase, a propriedade era basicamente coletiva: não havia proprietários individuais das terras, mas sim todos os membros das tribos a exploravam coletivamente, o que possuíam era somente o direito de fruir da terra.

Após vinculada à figura do *pater familias*, a propriedade romana assumiu a forma familiar. O chefe de família cultivava a terra recebida com a ajuda da família, contudo não lhe era concedido o *ius disponendi*, de forma que não podia alienar a propriedade em vida e nem transmiti-la por testamento. Aos poucos, o grupo familiar foi adquirindo alguns direitos, o que conferia paulatinamente características cada vez mais individualistas à propriedade. E foi realmente o caráter individualista da propriedade romana que influenciou toda a elaboração e disciplina do direito de propriedade no mundo contemporâneo. “A propriedade romana na fase individual era tipicamente absoluta e personalíssima, e já conjugava dentre seus atributos o *ius utendi*, o *ius fruendi*, e o *ius abutendi*, atributos esses que se perpetuariam no tempo, caracterizando a propriedade até os dias atuais.”⁴ Pode-se ressaltar, ainda, que adveio da propriedade quirítária⁵ o surgimento do quarto atributo do direito de propriedade, qual seja, a *rei vindicatio*.

No período de Justiniano, a propriedade romana passou a sofrer algumas delimitações, advindas do direito de vizinhança e das regulamentações das faixas de recuo das vias públicas. Na Lei das XII Tábuas, também já se verificavam algumas limitações. Daí poder-se falar que, da evolução das relações sociais e da evolução social, verificou-se que a propriedade submetia-se a um número cada vez maior de limitações legais, fator que contribuiu para a derrubada do caráter extremamente individualista da propriedade romana. Não se pode chegar a afirmar que a propriedade romana deixou de ser individualista, longe disso. Mas o que se apresenta é que se passou a verificar, ainda que levemente, um caráter um pouco mais social naquele direito outrora tão absoluto.

Na Idade Média duas fases podem ser destacadas como marcantes na caracterização do direito de propriedade: na primeira fase, o Cristianismo exerceu grande influência sobre a propriedade. Santo Agostinho e São Tomás de Aquino foram importantes personagens nessa nova configuração do instituto, ressaltando-se que o último propunha uma propriedade individual, porém que atendesse a interesses coletivos⁶. Não chegava a ser uma propriedade coletivizada, contudo representa essa fase o cerne do princípio da função social da propriedade, que só muito mais tarde se fez consolidar.

O segundo período medieval a ser ressaltado é o que se reporta aos feudos, senhores feudais e servos. A terra era o expoente máximo de poder e riqueza, sendo o eixo de quase todas as relações do homem. Destaca-se, no entanto, que a propriedade conquanto conservasse seu caráter individualista, não se manteve de forma unitária, haja vista que o domínio se desdobrou em duas figuras sobrepostas: o domínio eminente, do soberano; e o domínio útil, do senhor feudal. Resquícios dessa configuração ainda hoje permeiam o direito de propriedade, sendo exemplo a enfiteuse, direito real que conserva o dualismo dominial. Segue-se a Revolução Francesa, fase em que se reviveu de forma exacerbada a concepção puramente individualista do direito de propriedade, como o fora no período romano. Era o repúdio ao sistema feudal, consagrando-se a propriedade como um direito inviolável e sagrado, conforme a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, de 1789. Na verdade, pretendia-se abolir o citado dualismo dominial, atacando o domínio eminente do Estado e consagrando a propriedade privada, de forma plena, ao indivíduo. Pode-se notar uma atenuação desse individualismo no código gerado pela Revolução, o *Code Napoléon*; contudo, as restrições e regulamentos daquela época limitavam-se quase que exclusivamente aos direitos de vizinhança.⁷

A partir de então, verifica-se que, aos poucos, a propriedade passou a ser condicionada ao interesse e ao bem-estar social. Expoente radical desse caráter social encontra-se nos Estados Socialistas dos Séculos XVIII e XIX, quando a propriedade individual chegou a ser totalmente abolida. O fundamento dessa concepção decorre do fato de que a propriedade individual

³ MATTOS, L. P. *Limitações urbanísticas à propriedade*. Direito urbanístico e política urbana no Brasil. FERNANDES, E. (Org.). Belo Horizonte: Del Rey. 2000. p. 58.

⁴ Idem; *Ibidem*. p. 59.

⁵ Dentre as formas assumidas pela propriedade romana, destacam-se a quirítária, a provincial, a pretoriana ou bonitária e a peregrina. A quirítária advém da ocupação de bens sem dono ou tomados de inimigos. É a mais significativa delas.

⁶ Deve-se ressaltar que esses “interesses coletivos” eram definidos pelo clero e pela nobreza, ou seja, eram os interesses sob a ótica de uma elite social.

⁷ O Código de Napoleão, de 1804, dispôs sobre a limitação do Estado sobre a propriedade privada, sem perder seu caráter extremamente individualista. No seu artigo 544, definia a propriedade como o direito de gozar e dispor das coisas de modo absoluto, contanto que isso não se torne uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos.

apresenta uma face positiva, à medida que outorga ao proprietário poderes de uso, gozo, fruição e disposição sobre a coisa. Contudo, impede que quem não seja proprietário da coisa exerça qualquer direito sobre a mesma. Grande parte da população, pois, constitui-se de indivíduos sem propriedade alguma, enquanto se verifica uma minoria de proprietários⁸. Daí afirmar-se que a contrapartida da propriedade, ou capital, é o proletariado⁹. Embora não prosperassem, pode-se dizer que a propriedade coletivizada desses países socialistas serviu como marco para a derrubada do caráter absoluto do direito de propriedade.

No estágio atual, a propriedade apresenta-se ainda como um direito individual, contudo condicionado ao bem-estar social. O princípio permaneceu, mas seu alcance alterou-se profundamente, atribuindo à propriedade uma conotação social até então desconhecida. Na precisa lição da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰, tem-se que

“A propriedade, como o mais amplo direito real, que congrega os poderes de usar, gozar e dispor da coisa, de forma absoluta, exclusiva e perpétua, bem como o de persegui-la nas mãos de quem quer que injustamente a detenha, e cujo desmembramento implica a constituição de direitos reais parciais, evoluiu do sentido individual para o social.”

Assim, pode-se afirmar que a propriedade num Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil, deve-se adequar aos seus princípios norteadores, quais sejam, legalidade, igualdade, soberania popular, justiça social e liberdade, dentre outros. A propriedade, portanto, deve estar em consonância com o interesse coletivo, não podendo sobrepor-se a eles.¹¹

⁸ Para Karl Marx, a propriedade era um bem de produção, não podendo, portanto, ficar em poder de poucos indivíduos, devendo ser um bem pertencente a toda sociedade. “A sociedade capitalista é antes de tudo uma sociedade de proprietários de mercadorias ... o desenvolvimento do pretense direito de guerra não é outra coisa além de uma consolidação progressiva do princípio da inviolabilidade da propriedade burguesa.” PASUKANIS, Eugeny Bronislavovich. *A teoria geral do direito e o marxismo*. Trad. Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989. p. 84/88.

⁹ Daí a lógica da idéia marxista de que a posse dos instrumentos e meios de produção, sem restrições, cria o poder de lucrar desmedidamente, ainda que isso importe na desvalorização do trabalho humano, estabelecendo a exploração do homem pelo homem.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 117.

¹¹ MATTOS, Liana Portilho. *Op. Cit.* p. 63.

2.2. Direito de propriedade no Brasil: evolução, disciplina jurídica, quadro atual e perspectivas

Deixando de lado os questionamentos sobre a possibilidade real de exercício da democracia e todas as demais indagações sobre a fragilidade do sistema pátrio, pode-se afirmar que o Brasil é um Estado democrático de direito. Portanto, aqui também a atuação do Estado na propriedade privada ampliou-se com o passar do tempo.

Hoje, no Brasil, prevalece o princípio da função social da propriedade, de modo que o direito de propriedade não pode ser exercido ilimitadamente, porque coexiste com direitos alheios de igual natureza e, ainda, porque existem interesses públicos maiores, cuja tutela cabe ao Poder Público exercer.

Num retrospecto histórico, tem-se que a Constituição de 1824 estabeleceu o direito de propriedade em caráter absoluto. Mais tarde, superada essa visão, a Carta de 1934 introduziu o conceito de função social da propriedade. Código Civil de 1916, de cunho eminentemente individualista, continua a disciplinar a matéria, fato que, embora não represente uma garantia deste instituto, também apresenta óbice ao seu reconhecimento e à sua implantação, uma vez que deve ser aplicado conforme as inovações da Constituição Federal. No novo Código Civil, promulgado em janeiro de 2002, e com vigência prevista para janeiro de 2003, a disciplina da matéria encontra-se atualizada, sem, é claro, perder de vista o caráter privado e as proteções daí decorrentes, haja vista que se está falando de um diploma civil.

O artigo 1.228 do novo código dispõe sobre o que o código de 1916 tratava no artigo 524, enquanto o Código Civil de 1916 trata apenas de assegurar ao proprietário o direito de usar, gozar, dispor e reaver os seus bens; o diploma de 2002, sem descuidar dessas quatro faculdades, prescreve que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com suas finalidades econômicas e sociais, e de modo a preservar a fauna, a flora, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitar a poluição do ar e das águas. Além disso, prevê a possibilidade de privação da propriedade por necessidade e utilidade pública ou interesse social, assim como o usucapião, no prazo de cinco anos, atendidos os requisitos do § 4º, artigo 1.228.¹² Há que se mencionar, ainda, o

¹² Lei nº 3.0701, de 1º.01.1916, Art. 524. A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.

direito de superfície, disciplinado pelos artigos 1.369 a 1.377 do novo código.

Voltando-se à análise das constituições brasileiras, tem-se que a partir de 1934 todos os diplomas legais seguiram no sentido de condicionar o exercício do direito de propriedade à sua função social. No entanto, como se sabe, o direito de propriedade encontra-se vinculado à sua função social de modo mais enfático a partir da Constituição Federal de 1988.

O social na Constituição de 1988 prepondera sobre o individual. A todo instante alude o texto à função social da propriedade.¹³

O artigo 5º, XXIII, da Constituição Federal¹⁴, dispôs que a propriedade atenderá sua função social¹⁵. Isso, de modo geral e por si só,

Parágrafo único. A propriedade literária, científica e artística será regulada conforme as disposições do Capítulo VI deste título.

Lei nº 10.406, de 10.01.2002, Art. 1.228. 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.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

¹³ CRETILLA JÚNIOR, José. *Comentários à lei de desapropriação: Constituição de 1988 e leis ordinárias*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 53.

¹⁴ Art. 5º, § XXIII: a propriedade atenderá à sua função social.

¹⁵ Themístocles Brandão Cavalcanti diz que as limitações do Estado constituem "um meio de assegurar os direitos individuais porventura ameaçados pelo exercício ilimitado, sem disciplina normativa dos direitos individuais por parte de todos", e acrescenta: "trata-se de limitação à liberdade individual, mas tem por fim assegurar essa própria liberdade e os

condicionaria todo o direito de propriedade. Mais à frente, no título VII, o texto constitucional reafirmou a vinculação da propriedade privada e sua função social como princípios da ordem econômica (artigo 170, II e III). Mais além, "inscreveu o princípio da função social da propriedade, com conteúdo definido em relação às propriedades urbana e rural, com sanções para o caso de não ser observado (artigos 182, 184 e 186)"¹⁶.

2.2.1. A propriedade urbana

De tudo o que foi dito até então, verificam-se ser impossível dissociar o conceito de propriedade do de função social. Dessa forma, ainda que mais à frente se dedique um capítulo somente ao estudo da função social da propriedade, é impossível falar da propriedade urbana no atual contexto brasileiro sem falar da sua função social. O conceito de propriedade encerra em si a função social¹⁷. Com relação à propriedade urbana, a Constituição Federal de 1988 consagrou um capítulo referente à política urbana¹⁸. O artigo 182 dispõe que a política de desenvolvimento urbano "tem por objetivo ordenar o desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes"¹⁹. Da leitura do artigo, verifica-se que o legislador constituinte conferiu ao plano-diretor a competência para fixar os requisitos que deverão ser seguidos para que se possa cumprir a função social da propriedade no âmbito urbano.

A importância do plano-diretor, no que se refere à propriedade urbana, resta patente e extrema de dúvidas. Tanto é assim que tal instrumento foi eleito constitucionalmente como determinante básico da reforma urbana, trazendo em si o conteúdo da função social da propriedade urbana. Portanto, a propriedade urbana é condicionada, pelo ordenamento jurídico, a cumprir as funções urbanísticas de proporcionar habitação, condições adequadas de trabalho, recreação e de circulação humana. E todas essas condicionantes do direito de propriedade, já esboçadas na Constituição Federal desde 1988, tomaram contorno bem mais definido com a promulgação do Estatuto da

direitos essenciais ao homem". In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 107.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 2. ed. Rev. amp. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. p. 65.

¹⁷ AFONSO, Miguel Reis. LISO, Carlos Henrique. *A concessão de direito real de uso na regularização fundiária*. In: FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 124.

¹⁸ Título VII, Capítulo II.

¹⁹ Artigo 182, *caput* Constituição Federal de 1988.

Cidade, Lei 10.257, de 10 de julho de 2001, que regulamenta as exigências constitucionais dos artigos 182 e 183.

O Estatuto da Cidade reúne prescrições relativas à ação do poder público na regulamentação do uso e da propriedade urbana em prol do interesse público, fixando o princípio da função social da cidade e da propriedade urbana como elemento fundamental e norteador das ações públicas dirigidas às necessidades dos cidadãos, na busca do bem-estar coletivo e da justiça social.

3. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

3.1. Aspectos gerais: conceito, origem e conteúdo

Muito do que foi tratado aqui reporta-se à evolução do direito de propriedade, esboçada de forma muito rápida no capítulo anterior. Impossível dissociar, pois, a evolução do direito de propriedade de sua função social, tendo em vista que esta é a figura determinante na caracterização do direito de propriedade moderno ocidental. Por esse motivo é que, ainda que fora do propósito efetivo, tratou-se, em linhas muito gerais, da função social no capítulo precedente. Tornando as inovações do “Século das Luzes”, que caracterizaram a ideologia individualista e burguesa dos direitos do homem e do cidadão, bastante oportuna seria, nesse estágio do presente estudo, recorrer ao pensamento de Chaim Perelman, conforme o qual, na realidade, a autonomia da vontade que deveria proteger igualmente a todos não favorecia e não favorece a todos. Tanto isso é verdade que são conhecidos os abusos provocados pela legislação liberal. Foi por esse motivo que, com o passar do tempo e o verificar da real situação que o individualismo exacerbado deixou a grande parcela da população, evidenciando-se que a liberdade igual, pressuposta pela autonomia da vontade, não passava de uma ficção.

“Quando as relações são econômica e socialmente desiguais, a liberdade conduz à opressão do mais fraco; buscar-se-á protegê-lo com leis imperativas, que limitam o campo de liberdade contratual.”²⁰

²⁰ PERALMAN, Chaim. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 222.

É a chamada passagem da igualdade formal para a igualdade real, a fim de se evitar que uma igualdade de tratamento teórica aplicada efetivamente em situações desiguais resultasse em conseqüências iníquas. Nessa sorte de idéias é que se verifica, modernamente, nas mais diversas áreas, a supremacia da liberdade e igualdade reais em relação à liberdade e à igualdade jurídicas e formais. Caracteriza-se essa supremacia pela adoção, pelo Poder Público, de medidas que limitem a exploração do mais fraco pelo mais forte. É a aplicação mais concreta da máxima de que a verdadeira igualdade consiste em tratar desigualmente os desiguais, à medida que se desiguam. Viu-se, portanto, que o individualismo radical e sem limites levou à exploração do homem pelo homem, com contornos inaceitáveis e insuportáveis. Em prol da liberdade de alguns, viu-se a maior parte da população sem qualquer tipo de direito individual garantido e, até mesmo, sem liberdade alguma. “A conclusão é novamente a de que os argumentos a favor da limitação da liberdade decorrem do próprio princípio da liberdade.”²¹ Daí a reconstrução do pensamento, inclusive no que se refere ao direito de propriedade, tendo levado às conclusões do socialismo de Marx²².

O abalo, no entanto, produzido pela crítica marxista somente implicou, de fato, inovações jurídicas no começo do século XX, quando, em setembro de 1911, numa série de seis conferências proferidas na Faculdade de Direito de Buenos Aires, posteriormente editadas em livro sob o título *Les Transformations Générales du Droit Privé depuis le Code Napoléon*, León Duguit²³ lançou a tese de que a propriedade não mais era um direito subjetivo e sim uma função social do possuidor da riqueza. É a chamada teoria da propriedade função social, para a qual a propriedade não é um direito, mas sim uma função social²⁴. Essa teoria, por sua vez, teria

²¹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 265.

²² Segundo Celso Ribeiro Bastos, os direitos clássicos não desapareceram. Perderam somente o seu caráter absoluto para ganhar uma dimensão mais relativa. Houve, dessa forma, o que se pode chamar de relativização dos direitos que condicionam um uso normal e não abusivo. Os direitos individuais, na época da Revolução, existiam para proteger o indivíduo do Estado, hoje já se aceita a proteção do indivíduo contra outros indivíduos ou grupo de indivíduos. In: BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do Estado e ciência política*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 144.

²³ Para Miguel Reale, ninguém mais que León Duguit “contribuiu para convencer os juristas franceses de que o direito é uma força social, superando as colocações de um individualismo insustentável”. In: REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 439/440.

²⁴ Esta teoria considerava o direito sobre uma ótica diversa, segundo a qual se negava titularizar o homem quaisquer direitos subjetivos. Antes disso, concebia-se que todo

influenciado uma posterior relatividade dos direitos subjetivos, estando o direito de propriedade entre esses. Assim, considera-se abusivo o exercício de um direito quando desatende a função social determinante de sua instituição. A partir de então, os diplomas legais construídos no século passado foram, aos poucos e cada vez mais, aliando o conceito de função social ao de propriedade. Assim o fora na Constituição do México, de 1917, e na Constituição de Weimar, da Alemanha, em 1919. Nota-se também, no Brasil, uma crescente amplitude da preocupação com a função social nas Constituições, uma vez que o princípio esteve presente nas Cartas de 1934, 1946, 1967 e sua Emenda nº 1, de 1969, e o está na de 1988, de forma cada vez mais enfática.

Em 1934, pela primeira vez surge a função social como integrante do direito de propriedade, na seguinte prescrição: "Art. 113.... É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou colectivo, na forma que a lei determinar".

Na Constituição de 1946, o artigo 147, sem definir critérios, dispõe que: "o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social".

Na Constituição de 1967, com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, a função social foi erigida à categoria de princípio constitucional. Porém, só mesmo na Carta de 1988 o princípio da função social foi consolidado, tendo em vista que o legislador regulamentou o princípio de forma até então inédita, prevendo condições para o seu atendimento e estabelecendo sanções para sua não-observância.

O artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal de 1988, prescreve que "a propriedade atenderá a sua função social". Contudo, trata-se do que se chama, em Direito, de uma norma parcialmente em branco, não sendo possível aplicá-la sem a edição de outra norma legal.

No artigo 170 da Constituição de 1988, a propriedade privada e sua função social são erigidas à categoria de princípios da ordem econômica. Deve-se notar que, quando a Constituição, neste artigo, menciona propriedade privada não está reportando-se ao direito subjetivo de propriedade, mas à propriedade dos meios de produção, atrelada à noção de

homem tem uma função social, sendo seu dever de desempenhá-la. Essa função social do homem consubstanciar-se-ia no dever de desenvolver-se em sua plenitude, sendo todas as suas atividades, no desempenho dessa função, socialmente protegidas. Igualmente, em relação à propriedade, negava Duguit o seu caráter de direito subjetivo, qualificando-a também como função social. In: BEZNOS, Clóvis. *Direito administrativo na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

livre iniciativa, que significa a liberdade de escolher o que, quando, como, aonde e se produzir ou não.²⁵

Nessa sorte de idéias, pode-se afirmar que a função social da propriedade é um elemento acessório, expresso e corretor, devendo ser entendida como uma retificação dos desvios tomados pela utilização excessivamente individualista da propriedade, não conciliada com o interesse social. Importante é que fique bem claro: a função social é um instituto de conteúdo indeterminado, porém determinável, em função de elementos que variam no tempo, no espaço e conforme a cultura e as regras específicas aplicáveis. Apresenta-se como fator determinante do que é considerado prejudicial à coletividade no exercício do feixe de poderes decorrentes do direito de propriedade. E isso varia conforme o contexto social que se vive. Seria, pois, mais um instrumento de harmonização da propriedade privada, como "direito fundamental", com a sua destinação social, não servindo, na sua ausência, como uma justificativa que lhe retire sua legitimidade²⁶.

Bastante pertinente aqui é a colocação de França, com o seguinte conteúdo:

“Nós defendemos a existência da propriedade privada pois acreditamos na livre iniciativa. Mas o direito de propriedade não pode servir como um instrumento de marginalização da esmagadora maioria da povo brasileiro. A atual sistemática da propriedade, embora a função social esteja prevista expressamente na Carta Magna como elemento fundamental da propriedade e da ordem econômica, induz necessariamente a instabilidade institucional e social brasileira, ameaçando não só a subsistência dos trabalhadores excluídos da sociedade, mas também, da própria propriedade privada. Não é preciso suprimi-la, pois ainda constitui o melhor instrumento para a produção de riqueza: faz-se indispensável à sociedade brasileira reconhecer a função social da propriedade como um princípio essencial à própria existência da propriedade, bem como da Ordem Econômica, em outras palavras, concretizar o

²⁵ FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Função social da propriedade na Constituição Federal*. In: *Revista Jurídica In Verbis*. Natal: UFRN/CCSA/Curso de Direito. 1/1, maio/junho/1995. p. 7/13.

²⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 194.

bem-estar social exigido pela Constituição Federal para preservar sua própria estabilidade. A função social da propriedade não constitui sacrifício à propriedade privada, mas sim a garantia mais sólida de sua manutenção pacífica.”²⁷

Eros Roberto Grau²⁸ afirmou que a propriedade assumiu uma dimensão pública, devendo o proprietário utilizá-la no interesse da comunidade. Desse modo, o princípio da função social determina ao proprietário o dever de exercer a propriedade em benefício de outrem e não somente o de não exercê-la em prejuízo de outrem. “Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte de imposição de comportamentos positivos – prestação de fazer, portanto, e não meramente de não fazer – ao detentor do poder que deflui da propriedade.”

De tudo o que foi visto até aqui, considerando a real caracterização da função social da propriedade hoje e deixando de lado os extremismos, seria mais prudente asseverar que a propriedade não é uma função social, como pretendia Duguit, mas sim que exerce uma função social²⁹. E, ainda recorrendo à doutrina do professor Celso Ribeiro Bastos, finalizaríamos este tópico afirmando que “a função social da propriedade nada mais é do que o conjunto de normas da Constituição que visa, por vezes até com medidas de grande gravidade jurídica, recolocar a propriedade na sua trilha normal”.³⁰

3.2. A função social da propriedade urbana no atual contexto legal-urbanístico brasileiro

Tendo em vista que a função social, como dito, caracteriza-se conforme o contexto social, econômico, cultural, enfim, conforme a situação

²⁷ FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Função social da propriedade na Constituição Federal*. In: Revista Jurídica *In Verbis*. Natal: UFRN/CCSA/Curso de Direito. 1/1, maio/junho/1995. p. 7/13.

²⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 250.

²⁹ No ensinamento de José Serpa de Santa Maria, “a propriedade para Duguit é uma coisa, uma utilidade, de sorte que não há uma situação jurídica subjetiva, mas uma situação puramente objetiva”. É, de certa forma, um radicalismo, porém conclui o autor, citando Orlando Gomes, que “mesmo os que repeliram suas matizes filosóficas, censurando as extravagâncias inevitáveis do positivismo de Duguit, aceitaram, em tese, a concepção”. In: SANTA MARIA, José Serpa de. *Direitos reais limitados*. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1993. p. 13.

³⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 194.

local, torna-se extrema de dúvidas que a função social da propriedade hoje, no Brasil, faz-se de acordo com o conteúdo que lhe foi impresso na Carta de 1988. Então, pode-se verificar que a função social da propriedade traz consigo, no atual contexto legal-urbanístico brasileiro, toda a carga de avanço social e democrático que representou a Constituição Federal. Trata-se a mesma de um diploma legal onde impera a intenção³¹ de se fazer do Brasil um país justo, solidário e fraterno, um Estado democrático no qual estejam assegurados os direitos sociais, de liberdade, igualdade, segurança e justiça.³²

Assim, é preciso entender os fundamentos e objetivos da Constituição de 1988 para, então, entender a situação em que se encontram a propriedade e a função social da mesma no Brasil³³.

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, municípios e Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. São objetivos da República Federativa do Brasil, estabelecidos no artigo 3º da Constituição Federal, construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Dessa feita, tomando como marco a teoria da constituição, pode-se identificar a função social da propriedade no atual contexto nacional, levando-se em conta os princípios constitucionais e sua interpretação, bem como a existência de uma ordem urbanística constitucional.

³¹ O uso da expressão “intenção” aqui, ainda que não seja o mais adequado para definir as prescrições de uma Constituição Federal, foi empregado tendo em vista os questionamentos que qualquer brasileiro faria diante das expressões que o seguem (bem estar social, justiça, segurança etc.) e o real contexto brasileiro.

³² Preâmbulo constitucional: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

³³ A verdadeira natureza constitucional da propriedade é sempre um direito-meio e não um direito-fim. A propriedade não é garantida em si mesma, mas como instrumento de proteção de valores fundamentais³³.

À época da promulgação da Carta de 1988, o Brasil vivia um período em que o fortalecimento do sindicalismo e dos movimentos sociais determinava uma nova definição da ordem política nacional, à medida que os mesmos propugnavam pela participação efetiva da população na tomada de decisões e no estabelecimento de alguns princípios de “justiça popular”, o que, sem sombra de dúvida, levou a um grande questionamento e a uma conseqüente crise de legalidade.

Nesse cenário, a feitura da Constituição conviveu com crescentes formas de pluralismo jurídico existentes na sociedade brasileira, e a principal expectativa popular era o reconhecimento de padrões de legitimidade definidos pela população. Nesse quadro social, encontrava-se, pois, parcela expressiva da população nacional, podendo identificar os sem-terra, sem teto, inquilinos e favelados, enfim, segmentos que não eram aceitos pela legislação oficial.³⁴ Tais situações são as conseqüências da sociedade capitalista da qual se trata. Sem querer voltar a Marx, mas sendo impossível deixar de associar a realidade brasileira às suas idéias, vê-se presente na sociedade pátria uma racionalidade instrumental, voltada para a otimização do lucro e do poder no espaço urbano, produzindo como uma das principais seqüelas a segregação urbana, pois os processos de decidibilidade das cidades em sua imensa maioria possuem como objetivo apartar os ricos dos pobres³⁵.

Verificava-se, nesse contexto, a necessidade de uma nova ordem legal, mais justa³⁶ e democrática, que tornasse explícito o reconhecimento da

propriedade social; mais além, que representasse uma mudança de paradigmas – a qual traria consigo o surgimento dos direitos de efetiva participação popular na tomada de decisões – da integração social e comunitária dos segmentos marginalizados, bem como o direito a uma cidade sustentável. Trata-se, pois, de um processo de reconstrução de valores éticos, o que se faz urgente numa sociedade de riscos³⁷.

“A máxima rousseauiana de que todo poder emana do povo e que a favor dele deve ser exercido, ganha concretude quando os cidadãos reivindicam e participam.”³⁸

Esse processo de reconstrução, pautado por uma fundamentação ética³⁹, será alcançado da melhor forma seguindo os passos da teoria discursiva do direito, quais sejam: a *ação comunicativa*, que se funda numa ética discursiva, que é o processo de interação lingüisticamente mediado, voltado para os interesses emancipatórios da humanidade; o *combate à jurisdicização da vida cotidiana*, que termina sendo fator de dependência do cidadão perante o aparelho burocrático do Estado, culminando, inclusive, no empobrecimento cultural; *remoção dos obstáculos à ampla participação do cidadãos nos processos de decidibilidade jurídica*,⁴⁰ buscando a vontade discursiva dos cidadãos, com o objetivo de produzir padrões de desenvolvimento sustentável das cidades, como fundamento da ordem legal. É certo que toda essa pretensão, ou seja, essa virada paradigmática, ainda não aconteceu, em sua integralidade, na prática. Porém, têm-se hoje, com a

³⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Justiça legal e justiça social: conflitos de propriedade no Recife*. In: ARRUDA FALCÃO, Joaquim de Aguiar (Org.). *Conflito de direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

³⁵ Para Ricardo Pereira Lira, “diante do assentamento humano na cidade não apenas desordenado, mas iníquo, processando-se esse assentamento sob o domínio da chamada segregação residencial, por força da qual as populações carentes e de baixa renda são destinadas às periferias do espaço urbano, em condições de vida as mais dilacerantes, recebendo as áreas de rendimento mais alto os maiores benefícios líquidos das ações do Estado”. Conclui seu pensamento afirmando que se impõe a implantação de uma nova estrutura legal, fixando os contornos nítidos de uma propriedade urbanística e a implantação de uma séria política de regularização fundiária, com especial atenção dirigida às populações carentes. LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 171.

³⁶ O ideal é que a justiça social fosse o parâmetro para a resolução dos conflitos de interesses ou de valores, ainda que Kelsen afirme ser este outro problema, por não se saber ao certo o que, efetivamente, seria a verdadeira justiça. KELSEN, Hans. *O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 2.

³⁷ Essa expressão é usada por Maurício Leal Dias, reportando-se a Ulrich Beck, sociólogo alemão, que fora assistente de Niklas Luhmann. Explica ele que a sociedade de risco é produto da globalização que vem desintegrando a sociedade, para superar esse dilema é necessário, segundo Beck, multiplicar o direito à informação e à educação ambiental. DIAS, Maurício Leal. *Notas sobre direito urbanístico*. I Congresso Brasileiro de Direito Urbanístico, 2000, Belo Horizonte. *Anais ...* Belo Horizonte: OAB/MG, 2001.

³⁸ SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito administrativo de participação: cidadania, direito, Estado, município*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 128.

³⁹ Sem fazer apologia ou afirmações categóricas, neste contexto é pertinente citar que, conforme Gioele Solari, Marx superou a propriedade privada e encontrou a solução dos conflitos da sociedade burguesa na sublimação do Estado ético. In: BOBBIO, Norberto. *Estudos sobre Hegel: direito, sociedade civil, Estado*. Trad. Luiz Sérgio Henriques e Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista; Brasiliense, 1995. p. 189.

⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. de Guido de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

Constituição Federal e o Estatuto da Cidade, os elementos jurídicos que possibilitam a efetivação desse anseio social na realidade concreta.

A Constituição Federal, no capítulo que consagrou à política urbana, traçou três pontos principais, que, segundo Edésio Fernandes, constituem um marco para o direito urbanístico brasileiro. São eles: primeiramente a atribuição às autoridades públicas locais da faculdade de promulgar leis reguladoras do uso e desenvolvimento do solo urbano, garantindo o desenvolvimento total das funções sociais da cidade e do bem-estar de seus habitantes, adotando-se a obrigatoriedade do plano-diretor para os municípios com mais de 20.000 habitantes. Um segundo ponto de relevo é a consagração da propriedade como princípio básico da ordem econômica nos artigos 5º, incisos XXII e XXIII; 170 e 182, § 2º da Constituição Federal. Por último, destaca-se o usucapião das áreas urbanas de até 250 m², transcorridos cinco anos de posse pacífica, nos termos do artigo 183.⁴¹

A grande novidade, e avanço, por conseguinte, é o fato de que pela primeira vez, no Brasil, dotou-se a função social de um significado. Em vez de optar por afirmações retóricas e imprecisas, a Constituição Federal condicionou o atendimento da função social às exigências do plano-diretor. E a lei que regulamenta esse capítulo constitucional referente à política urbana é o Estatuto da Cidade, Lei 10.257. Desse modo, para serem alcançados os objetivos da política urbana de garantir o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e do cumprimento da função social da propriedade e garantir condições dignas de vida urbana, o Poder Público – e nesse passo ressalta-se o Poder Público municipal – deve atender às exigências fundamentais do plano-diretor e às diretrizes previstas no Estatuto da Cidade.⁴²

4. LIMITAÇÕES URBANÍSTICAS AO DIREITO DE PROPRIEDADE

4.1. Limitações urbanísticas: conceito, conteúdo, espécies

Como visto, o direito de propriedade não possui mais o caráter dogmático de outrora. Assim, com o passar dos anos e a evolução político-

⁴¹ FERNANDES, Edésio. *Direito e urbanização no Brasil*. In: FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 219.

⁴² SAULE JÚNIOR, Nelson. *Estatuto da cidade e o plano diretor – possibilidades de uma nova ordem legal urbana e democrática*. In: OSÓRIO, Letícia Marques (Org.). *Estatuto da cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002. p. 78/79.

social, o direito de propriedade passou a ser permeado por restrições e limitações, derrubando, como dito, seu caráter absoluto. Muitos autores, entre eles Jefferson Daibert⁴³, pretenderam classificar as limitações do direito de propriedade, o que se afigura num feito quase impossível, devido à sua diversidade. Por ora se esclarece que não se pretende aqui enumerar as limitações e esgotá-las, haja vista que tal seria deveras pretencioso e até mesmo ilusório, devido à grande variedade de limitações que hoje em dia incide sobre a propriedade.

Voltando a Daibert, entende o doutrinador existirem três tipos de restrições⁴⁴ ao direito de propriedade: as legais, resultantes da lei, e aqui estariam as limitações constitucionais e administrativas; as jurídicas, resultante do entendimento do direito; e as voluntárias, provenientes da vontade do proprietário, podendo ser esta de duas naturezas, as que limitam pela constituição de um direito real sobre a coisa e as que limitam a faculdade de dispor da coisa ao transmiti-la.⁴⁵

Outra forma de entender as limitações seria a que as divide em limites constitucionais, administrativos, militares, eleitorais, penais e civis. Dessa forma, as principais limitações constitucionais ao absoluto exercício da propriedade são a desapropriação; a determinação de que as jazidas, os recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo e pertencem à União; a instituição do monopólio que afasta a iniciativa privada; e a limitação ao exercício das atividades de comunicação.

As principais limitações administrativas são a proteção ao patrimônio histórico e cultural; as servidões em terrenos lindeiros às jazidas; a preservação da flora e fauna; a observância das normas jurídicas referentes ao zoneamento; a observância das normas jurídicas referentes ao urbanismo; as restrições de emissão de gases e de produtos químicos na atmosfera e nas águas, para proteção do meio ambiente⁴⁶; e a requisição de imóveis durante o período eleitoral, quando o proprietário poderá ter que ceder seu imóvel para

⁴³ In: CAMPOS, Antônio Macedo de. *Teoria e prática do usucapião*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 51/55.

⁴⁴ No magistério de Wilson Rodrigues Alves, as limitações distinguem-se das restrições. Ambas atingem o conteúdo e o exercício do direito dominical. Para esse autor, “as limitações decorrem imediatamente da lei, enquanto as restrições dos negócios jurídicos, dos atos negociais, em que pesem opiniões em contrário”. In: ALVES, Wilson Rodrigues. *Uso nocivo da propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 179.

⁴⁵ Idem.; Ibidem.

⁴⁶ LISBOA, Roberto Senise. *Manual elementar de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 143.

nele funcionarem as mesas receptoras de votos; e as limitações militares e de guerra⁴⁷.

As limitações penais caracterizam-se essencialmente pelo fato de o proprietário não poder utilizar-se da coisa como produto de crime. Daí, com a instauração do inquérito policial, têm-se a apreensão dos instrumentos do crime e todos os objetos relacionados com o ato, os quais, se houver condenação, serão confiscados pela União. Além disso, tem-se a expropriação não-indenizável das glebas onde foram encontradas culturas ilegais de plantas psicotrópicas. Há que se falar ainda da perda da propriedade dos bens adquiridos com o produto do crime.

As limitações civis ao direito de propriedade são principalmente relacionadas ao direito de vizinhança. Entre as mais comuns, destaca-se a vedação da perturbação da paz ou sossego dos vizinhos; o uso nocivo do bem que comprometa a vida, saúde ou segurança dos mesmos; o escoamento natural das águas; os limites entre os prédios; e os limites do direito de construção, conforme as posturas municipais e o respeito aos vizinhos, bem como da tapagem, ou seja, do levantamento de cerca ou muro em prédio urbano ou rural.

Neste trabalho, pretendeu-se tecer alguns comentários sobre as limitações urbanísticas ao direito de propriedade. Portanto, não são todas as formas de limitação deste direito, as quais, de modo muito rápido, fez-se alusão anteriormente e serão, novamente, abordadas.

4.2. Limitações urbanísticas ao direito de propriedade: o problema da denominação, delimitação do tema e definição

No entender de Toshio Mukai⁴⁸, as limitações urbanísticas constituem-se em espécies do gênero limitações administrativas e decorrem do poder de polícia do Poder Público. Sujeitam-se às regras do direito constitucional e do direito administrativo. O fundamento dessas ingerências administrativas da propriedade privada é a função social desta, garantida constitucionalmente.

Ainda conforme a lição do professor paulista, as limitações urbanísticas só podem advir de lei formal e se classificam em três grupos: as

que impõem obrigações de fazer, as que impõem obrigações de não fazer e as que impõem obrigações de deixar fazer⁴⁹.

Liana Portilho Mattos entende, de forma um pouco diversa, que as limitações urbanísticas se dividem em restrições, servidões e desapropriações urbanísticas. Ela acrescenta, a par dessas três modalidades, a ocupação temporária, a requisição, o parcelamento e a edificação compulsórios. Enquadra, ainda, o tombamento como categoria própria de limitação, ressaltando que existem entendimentos no sentido de que o tombamento seria uma categoria de servidão e outros de que se enquadraria nas restrições.

O que Liana Portilho Mattos chama de restrições, Maria Sylvia Zanella de Pietro⁵⁰ denomina limitações administrativas. Na verdade, Di Pietro faz a mesma divisão da autora supracitada, porém altera a denominação de restrições para limitações administrativas. Vê-se, portanto, que há certa dificuldade a ser enfrentada no caso das denominações, já que alguns autores fazem, e outros não, diferenciações entre limitações, restrições, limitações administrativas, limitações urbanísticas, servidões, desapropriações etc.

Com o escopo de esclarecer do que realmente pretende-se tratar, e sem fazer qualquer julgamento sobre os posicionamentos adotados por outros autores, esclarecem-se as denominações que serão empregadas no decorrer deste trabalho. Assim, para efeito do presente, limitações urbanísticas à propriedade seriam o gênero dentro do qual se incluem como principais espécies as limitações administrativas, a servidão administrativa, a ocupação temporária, a requisição administrativa, o parcelamento, a edificação e utilização compulsórios, o tombamento e a desapropriação.

Segue-se, pois, nos tópicos subsequentes, com o cometimento necessário ao propósito deste estudo, uma breve análise desses institutos.

4.3. Principais espécies de limitações urbanísticas ao direito de propriedade: breve análise conceitual e finalística

As limitações administrativas compreendem o conjunto de restrições impostas à propriedade, de modo a definir a extensão das prerrogativas que possui o proprietário. Assim, expressam os limites do direito de usar, gozar e

⁴⁷ GAMA, Ricardo Rodrigues. *Direito das coisas*. São Paulo: Data Juris, 1994. p. 101.

⁴⁸ MUKAI, Toshio. *Direito e legislação urbanística no Brasil: história, teoria, prática*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 70.

⁴⁹ MUKAI, Toshio. *Direito e legislação urbanística no Brasil: história, teoria, prática*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 71.

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 124.

dispor, em conformidade com a lei. Vê-se que as limitações administrativas apenas conformam o direito de propriedade e não o atingem estruturalmente.

Bielsa⁵¹ aponta as seguintes características das limitações administrativas: impõem obrigação de não fazer ou deixar fazer; só vão até onde exija a necessidade administrativa, uma vez que se deve sacrificar o direito privado somente até o estritamente necessário para o atendimento do interesse público; não geram direito à indenização, por serem genéricas e definidoras do próprio direito de propriedade.

As limitações administrativas à propriedade decorrem de normas gerais e abstratas, dirigidas à coletividade de modo geral, e protegem ou tutelam interesses abstratos. Conforme Di Pietro⁵², as limitações destinam-se a assegurar interesses públicos, como segurança, salubridade, estética e defesa nacional, entre outros. Seriam, pois, exemplos das mesmas as limitações que impõem a adoção de medidas técnicas para a construção de imóveis, visando à sua segurança e mesmo à salubridade pública e às que restringem a altura dos prédios. Termina a autora por definir as limitações administrativas como:

“Medidas de caráter geral, impostas com fundamento no poder de polícia do Estado, gerando para os proprietários obrigações positivas ou negativas, com o fim de condicionar o exercício de propriedade ao bem-estar social.”

Ainda entre as limitações administrativas de uso da propriedade existem, além do plano-diretor, normas de delimitação de zona urbana, traçado urbano, uso e ocupação do solo, zoneamento, loteamento e estética urbana. A servidão administrativa ultrapassa os limites razoáveis de imposição das limitações urbanísticas, num tanto superior às limitações administrativas. São restrições ao uso normal da propriedade impostas a imóveis determinados ou em geral, impostas como ônus real público, ou seja, em prol do interesse público.

Conforme Rafael Bielsa⁵³, a servidão administrativa é um direito público real, constituído por uma entidade pública sobre um bem privado, com o objetivo de que este sirva ao uso público, como uma extensão ou

dependência do domínio público. A natureza dessa limitação urbanística é de direito real sobre coisa alheia, instituído, com base em lei, por uma entidade pública ou por seus delegados, em proveito de um serviço público ou de um bem afetado para fim de utilidade pública. As servidões urbanísticas podem ou não gerar direito à indenização, dependendo da intensidade da ação intervencionista estatal. Se a servidão gerar um sacrifício ao proprietário, em benefício de toda a coletividade, ele terá direito à indenização, como forma de compensação pelo maior prejuízo.

A existência dessas servidões está diretamente ligada à da necessidade do Poder Público e à utilidade do prédio serviente. Daí dizer-se que são perpétuas, no sentido de que subsistem enquanto perdurarem a necessidade e a utilidade. A diferença entre limitação administrativa e servidão administrativa é que na primeira a obrigação de não fazer é imposta abstrata e genericamente a toda a coletividade em prol do interesse público, ao passo que na segunda a restrição se faz em favor de determinado bem, afetado a uma utilidade pública. A existência, pois, da coisa dominante na servidão e a não-existência da mesma na limitação é que distingue os dois institutos. A ocupação temporária é a utilização transitória, remunerada ou gratuita, da propriedade privada para fins de interesse público. Exemplo é a utilização de terrenos sem edificações vizinhos de obra pública, necessários à sua realização⁵⁴.

A requisição administrativa, por sua vez, é forma de limitação à propriedade privada e de intervenção estatal no domínio econômico que pode recair sobre bens imóveis ou móveis ou até mesmo sobre serviços. Pode ser utilizadas conforme a necessidade ou o interesse público, em tempo de paz e de guerra⁵⁵.

“Fixando seus elementos característicos, pode-se conceituar a requisição administrativa como ato administrativo unilateral, auto-executório e oneroso, consistente na utilização de bens ou de serviços particulares pela Administração, para atender a necessidades coletivas em tempo de guerra ou em caso de perigo público iminente.”⁵⁶

⁵⁴ Decreto-Lei 3.365, de 21/06/1941; artigo 36.

⁵⁵ Vide artigo 22, inciso III, da Constituição Federal.

⁵⁶ DI PIETRO. *Ob. cit.* p. 129.

⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Ob. Cit.* p. 124.

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia. *Ob. Cit.* p. 125/126.

⁵³ In MUKAI, Toshio. *Op. cit.* p. 78.

O parcelamento, edificação e utilização compulsórios, já previstos no artigo 182, § 4º da Constituição Federal, vêm agora previstos no Estatuto da Cidade, que determina a criação de lei municipal específica para reger o parcelamento, a edificação e a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo essa lei fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação.

No § 1º, do artigo 5º do Estatuto da Cidade, encontra-se a prescrição de que se considera subutilizado o imóvel cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano-diretor ou em legislação dele decorrente. Ressalta-se que tal critério aplica-se às glebas passíveis de parcelamento, o que facilita o acesso ao imóvel urbano para fins de moradia, incidindo também sobre a ocupação de lotes com construções para diferentes usos.

Procura-se com essas intervenções otimizar os investimentos públicos realizados e penalizar o uso inadequado, condicionando o direito de propriedade à sua função social. Reflexo dessa intervenção é a ampliação da oferta de imóveis no mercado imobiliário e um menor número de imóveis em situação de ociosidade, abandono e mau aproveitamento. Dessa forma, desestimular-se-á o uso do imóvel urbano para fins de especulação e retenção imobiliárias, tornando o seu aproveitamento justo e socialmente adequado.

O parcelamento, a edificação e a utilização compulsórios são instrumentos de aplicação sucessiva, que têm por escopo coibir o processo de especulação⁵⁷ imobiliária nas cidades, dando aos imóveis urbanos ociosos uma destinação em benefício da coletividade. Conforme Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o “imóvel urbano não é mercadoria, que se estoca e se especula, mas um bem individual de expressão social, com seus contornos econômicos sujeitos a definições restritivas de interesses público específico local”⁵⁸.

O tombamento⁵⁹ é uma das formas de preservação do patrimônio cultural. “É a declaração pelo poder público, de que determinado bem,

móvel ou imóvel, possui valor histórico, cultural, artístico, turístico, ecológico, paisagístico ou científico e, por isso, há interesse público em protegê-lo.”⁶⁰ Importa na inscrição do bem no respectivo Livro do Tombo⁶¹ da repartição federal competente ou nos registros da entidade da federação interessada – município, Estado e Distrito Federal.

A inscrição do bem no Livro do Tombo, que é feita através de um procedimento administrativo, implica restrições parciais ao direito de propriedade do seu titular, à medida que o bem passa a ser considerado de interesse público. Note-se que essas restrições são parciais e, portanto, em regra não geram direito à indenização. O fato de um bem ser tombado não significa estar ele fora do comércio, ser indisponível ou inalienável, mas esse bem sofre restrições em sua utilização e disponibilidade, tendo em vista que passa a estar sujeito a uma série de restrições parciais⁶², como: a obrigação de o proprietário fazer obras de conservação necessárias à preservação do bem ou, se não tiver condições financeiras, comunicar a necessidade ao Poder Público; não poder o proprietário destruir, demolir ou mutilar o bem; o proprietário ter, ainda, que permitir a fiscalização do órgão técnico competente; entre outras restrições.

A desapropriação é a forma extrema de restrição do direito de propriedade, uma vez que se configura como a extinção do direito, advinda de um ato público que gera a transferência do domínio, por força de utilidade ou necessidade pública ou, ainda, por interesse social. Atinge o direito de propriedade em sua substância, por isso sempre gera o dever de indenizar.

“A desapropriação é o procedimento administrativo pelo qual o Poder Público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o em seu patrimônio por justa indenização.”⁶³

⁵⁷ A retenção especulativa caracteriza-se pela não-utilização do terreno pelo seu proprietário, o qual também não investe e nem utiliza o imóvel, esperando que o seu valor aumente ao longo do tempo, em virtude dos investimentos feitos nas imediações pelo Poder Público e por agentes privados.

⁵⁸ In MATTOS, Liana Portilho. *Ob. cit.* p. 68.

⁵⁹ Dispôs-se aqui o tombamento como categoria própria dentro do gênero limitações urbanísticas ao direito de propriedade, não se enquadrando nem na classe das limitações administrativas, nem das servidões, conforme orientação da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Op. Cit.* p. 140.

⁶⁰ AGUIAR, Joaquim Castro. *Direito da cidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 188/189.

⁶¹ A origem da expressão “Livro do Tombo” provém do direito português, em que tombar significava inscrever, registrar, cadastrar, nos arquivos do Reino, guardados na Torre do Tombo.

⁶² As normas gerais sobre tombamento encontram-se previstas no Decreto-Lei 25, de 30/11/1937. A previsão constitucional vem nos artigos 23, III; 24, VII e §§ 1º a 4º; 30, IX; e 216 da Constituição Federal de 1988.

⁶³ DI PIETRO. *Op. cit.* p. 151.

A desapropriação por interesse social, que objetiva trazer o bem para gozo, utilização e serventia da comunidade⁶⁴, é uma nova espécie expropriatória, trazida pela Constituição de 1988, no seu artigo 182, § 4º, III, conquista de muitos debates e tentativas de implantá-la, advinda, pois, de tortuoso processo de regulamentação.

Além do Decreto-Lei nº 3.365, de 21/06/1941; das Leis Complementares nº 76, de 06/07/1993, e nº 88, de 23/12/1996, e da Lei nº 4.132, de 10/09/1962; que tratam da desapropriação, ressalta-se a Lei nº 10.257, de 10/07/2001, o Estatuto da Cidade, que, em seu artigo 8º, prescreve que após decorridos cinco anos da cobrança de IPTU – imposto predial e territorial urbano - progressivo⁶⁵, sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, o município poderá proceder à desapropriação do imóvel, mediante o pagamento de indenização em títulos da dívida pública.

A Constituição Federal prevê, conforme se depreende dos artigos 5º, XXIV, e 184, três motivos ensejadores da desapropriação: a necessidade pública, a utilidade pública e o interesse social. Existe necessidade pública quando, para a solução de um problema, é imprescindível incorporar determinado bem ao domínio do Estado. A utilidade pública verifica-se quando a utilização da propriedade é conveniente e vantajosa ao interesse coletivo. O interesse social relaciona-se com a melhoria das condições de vida da população, a mais equitativa distribuição da riqueza e a atenuação das desigualdades sociais. Ressalta-se que a definição de quais sejam os casos de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social não fica a critério da Administração Pública, uma vez que vem taxativamente expressa em lei. Sempre haverá uma indenização correspondente ao bem desapropriado. Somente em uma hipótese ocorrerá a desapropriação sem indenização: a que se referir a terras onde se cultivem plantas psicotrópicas legalmente proibidas, conforme disposto no artigo 243 da Constituição Federal.

⁶⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 4. p. 148.

⁶⁵ O IPTU progressivo é um importante instrumento da política urbana, previsto no artigo 7º, do Estatuto da Cidade, Lei 10.257/01, e no artigo 182, § 4º, II, da Constituição Federal, que incidirá sobre a propriedade onde não fora atendida a notificação sobre parcelamento, edificação ou utilização compulsórios. A idéia central deste instituto é punir os proprietários de terrenos cuja ociosidade ou mau aproveitamento acarrete prejuízo à população, com um tributo de valor crescente ano a ano.

5. A FUNÇÃO SOCIAL E AS INGERÊNCIAS ADMINISTRATIVAS NA PROPRIEDADE

5.1. A função social como legitimadora

As limitações urbanísticas à propriedade, como o próprio nome indica, são restrições a um direito constitucionalmente garantido. Limitam o direito de propriedade e determinam suas manifestações, ou seja, o uso, a fruição, o gozo e, até mesmo, a disposição do bem. Assim, devem pautar-se na satisfação do bem comum, pois só se justificam diante do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. E é exatamente a determinação desses interesses que deve ser feita conforme os reais anseios da população, visando a uma justa distribuição da terra, redução das desigualdades sociais, promoção da justiça social, preservação ambiental e melhoria das condições de vida. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, portanto, é o que legitima as intervenções urbanísticas na propriedade privada.

Como foi relatado, a instituição da propriedade como um direito individual sem restrições gera a exacerbação do domínio e o desvirtuamento da garantia constitucional.

Neste contexto, trazem-se à colação as idéias de Eros Roberto Grau⁶⁶ sobre a distinção entre a função individual e a função social do direito de propriedade:

“Fundamentos distintos justificam propriedade dotada de função individual de propriedade dotada de função social. Encontra justificção, a primeira, na garantia que se reclama de que possa o indivíduo prover a sua subsistência e a de sua família, daí porque concorre para essa justificção a sua origem, acatada quando a ordem jurídica assegura o direito de herança. Já a propriedade dotada de função social é justificada pelos seus fins, seus serviços, sua função.”

5.2. A função social como condicionante

À medida que a função social legitima, ou seja, torna aceitáveis legal, moral e juridicamente as limitações urbanísticas ao direito de propriedade, é também a função social que deve condicionar tais intervenções. Isso

⁶⁶ In: SAULE JÚNIOR, Nelson. *Op. cit.* p. 82.

significa que as restrições à propriedade só deverão acontecer até o estritamente necessário para o atendimento do bem comum. Já que o fundamento dessas ingerências é a supremacia do interesse público sobre o privado, foge à esfera de abrangência do interesse público a manipulação maquiavélica de institutos segundo o interesse particular de agentes públicos.

Dessa forma, tem-se que o uso e o exercício da propriedade são atingidos pelas limitações urbanísticas, tendo em vista a promoção do interesse público. Condicionar essas intervenções a um interesse público específico, caracterizador de uma função social da propriedade, é a melhor forma de legitimá-las. "A idéia de limite surge do próprio conceito de direito subjetivo: tudo aquilo que é juridicamente garantido é também juridicamente limitado."⁶⁷

A política de desenvolvimento urbano estabelecida pelo município deverá ter por meta o atendimento das necessidades básicas da população, principalmente das classes marginalizadas, sob pena de estar em conflito direto com o real escopo de toda a inovação e conquista político-urbanística da Constituição Federal e do Estatuto da Cidade.

Assim, a extensão das limitações ao direito de propriedade deverá ir até onde exigir o interesse público, nenhum passo a mais, sob pena de perder a legitimidade. A ação do poder público que ultrapasse os limites indispensáveis ao alcance do bem-estar social padecerá de inconstitucionalidade⁶⁸.

6. CONCLUSÃO

Tendo chegado ao final dessas considerações, verifica-se que o direito de propriedade passou por diversas concepções ao longo dos tempos, estando hoje condicionado ao interesse e bem-estar social.

A função social da propriedade segue, neste contexto, como determinante de sua forma atual, podendo ser entendida como retificação dos desvios tomados pela utilização excessivamente individualista da propriedade, não conciliada com o interesse social; apresenta-se como fator determinante do que é considerado prejudicial à coletividade no exercício do

feixe de poderes decorrentes do direito de propriedade. E isso varia conforme o contexto social que se vive.

No Brasil, a Constituição Federal garante a propriedade privada como um direito fundamental. Porém, condiciona o seu exercício ao cumprimento de sua função social.

Nesta sorte de idéias surgem as limitações urbanísticas à propriedade, as quais são formas de restrições do Poder Público sobre a propriedade privada, que implicam comedimento de um interesse privado em prol do interesse público.

Diante desses fatores, afere-se que o direito de propriedade assumiu uma dimensão pública, muito distante da caracterização absolutista de outrora. O proprietário, além de não utilizar seu direito de forma prejudicial a outrem, deve fazê-lo de forma que beneficie a coletividade. Contudo, o poder do Estado de impor limitações urbanísticas à propriedade não é irrestrito, sob pena de descaracterizar o instituto da propriedade privada, que é um direito fundamental garantido pela Constituição Federal.

A função social aparece exatamente como baliza dessa dicotomia, qual seja o direito do proprietário de utilizar a sua propriedade de acordo com o seu interesse particular e o dever de utilizá-la conforme o interesse social. A função social alia a existência de ambos os institutos, propriedade privada e limitações urbanísticas à propriedade, delimitando o campo de incidência de cada um e condicionando a propriedade privada a um interesse público sem desnaturá-la.

Na busca da preservação dos ideais da política urbana constitucional, verifica-se que as limitações urbanísticas à propriedade devem ser partes integrantes de um conjunto de medidas adotadas pela política de desenvolvimento urbano, a ser estabelecida pelo município, visando, essencialmente, ao atendimento das necessidades básicas da população, notadamente das classes marginalizadas.

Fundamental, porém, é que essas intervenções estejam permeadas pelo senso de justiça e de inclusão social que norteiam a disciplina constitucional da matéria.

7. RESUMO

A propriedade privada é atingida por uma série de limitações urbanísticas, tendo em vista a promoção do interesse público. Para aliar a existência desses dois institutos, quais sejam o direito de propriedade e as limitações urbanísticas à propriedade, sem desnaturá-los, faz-se

⁶⁷ ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. Milão: A. Giuffrè, 1968. v. 4, p. 191. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 107.

⁶⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 114.

imprescindível que a atuação do administrador público seja pautada pelo atendimento da função social da propriedade. É a função social que irá legitimar as intervenções administrativas no direito de propriedade, condicionando essas ingerências a um interesse público específico, caracterizador de uma função social da propriedade.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AFONSO, Miguel Reis. LISO, Carlos Henrique. A concessão de direito real de uso na regularização fundiária. In: FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- AGUIAR, Joaquim Castro. *Direito da cidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- ALVES, Vilson Rodrigues. *Uso nocivo da propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do Estado e ciência política*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BEZOS, Clóvis. *Direito administrativo na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- BOBBIO, Norberto. *Estudos sobre Hegel: direito, sociedade civil, Estado*. Trad. Luiz Sérgio Henriques e Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. São Paulo: Universidade Estadual Paulista: Brasiliense, 1995.
- BRASIL. Constituição de República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. Dispõe sobre a organização da proteção do patrimônio artístico nacional e dá outras providências. Brasília: DOU, 1º.12.1937.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre a desapropriação por utilidade pública. Brasília: DOU, 18.07.1941.
- BRASIL. Lei nº 3.0701, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil. Brasília: DOU, 1º.01.1916.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília: DOU, 11.01.2002.
- BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília: DOU, 11.07.2001.
- CAMPOS, Antônio Macedo de. *Teoria e prática do usucapião*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à lei de desapropriação: Constituição de 1988 e leis ordinárias*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- DIAS, Maurício Leal. Notas sobre direito urbanístico. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO URBANÍSTICO, 1, 2000, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: OAB/MG, 2001.
- DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

- FERNANDES, Edésio. Direito e urbanização no Brasil. In: FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- FERNANDES, Edésio. Direito urbanístico e política urbana no Brasil: uma introdução. In: FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito urbanístico e política urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. Função social da propriedade na Constituição Federal. *Revista Jurídica In Verbis*, Natal, UFRN/CCSA/Curso de Direito, 1/1, maio/junho, 1995.
- GAMA, Ricardo Rodrigues. *Direito das coisas*. São Paulo: Data Juris, 1994.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. de Guido de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- KELSEN, Hans. *O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KOMPARATO, Fábio Konder. *Direitos fundamentais em matéria de propriedade*. [online]. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero3/artigo11.htm>> [02.04.2202].
- LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- LISBOA, Roberto Senise. *Manual elementar de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- MARICATO, Ermínia. *Brasil, cidades: alternativas para a crise urbana*. Petrópolis: Vozes, 2001.
- MATTOS, Liana Portilho. *Limitações urbanísticas à propriedade*. In: FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito urbanístico e política urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983.
- MUKAI, Toshio. *Direito e legislação urbanística no Brasil: história, teoria, prática*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. *A teoria geral do direito e o marxismo*. Trad. Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.
- PERALMAN, Chaim. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 4.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- SANTA MARIA, José Serpa de. *Direitos reais limitados*. Brasília/DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1993.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Justiça legal e justiça social: conflitos de propriedade no Recife. In: FALCÃO, Joaquim de Aguiar Arruda (Org.). *Conflito de direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SAULE JÚNIOR, Nelson. Estatuto da cidade e o plano diretor – possibilidades de uma nova ordem legal urbana e democrática. In: OSÓRIO, Leticia Marques (Org.). *Estatuto da cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito administrativo de participação: cidadania, direito, Estado, município*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.