

ISSN: 1806-8790

Revista de **DIREITO**

Revista Semestral Janeiro/Junho - 2013 Volume 05 Número 01



REVISTA DE DIREITO

Universidade Federal de Viçosa

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

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

**Revista
de
Direito**

Volume 5 - Número 1 - Jan/Jun 2013

Viçosa - Minas Gerais

2013

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Alejandro Garro (Columbia University - EUA),
Prof. Antonio Álvares da Silva (Universidade Federal de Minas Gerais),
Prof. Bruno Camilloto Arantes (Universidade Federal de Ouro Preto),
Profa. Cláudia Lima Marques (Universidade Federal do Rio Grande do Sul),
Prof. Fernando Antônio N. Galvão (Universidade Federal de Minas Gerais),
Prof. Fredie Didier (Universidade Federal da Bahia),
Prof. Gláucio Maciel Gonçalves (Universidade Federal de Minas Gerais),
Profa. Iacyr de Aguiar Vieira (Universidade Federal de Viçosa),
Prof. Igor Sporch (Universidade Estadual de Ponta Grossa),
Jair Aparecido Cardoso (Universidade de São Paulo),
Prof. Jochen Bauerreis (Université Strasbourg - França),
Prof. Léo Leony (Universidade Federal de Minas Gerais),
Prof. Luís Roberto Barroso (Universidade Estadual do Rio de Janeiro),
Prof. Luiz Otávio Renault (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais),
Profa. Manoela Rolland (Universidade Federal de Juiz de Fora),
Profa. Mariá Brochado (Universidade Federal de Minas Gerais),
Prof. Marlon Tomazetti (UNICEUB - Brasília),
Prof. Paulo Roque Antônio Khouri (Instituto Brasiliense de Direito Público),
Profa. Silma Berti (Universidade Federal de Minas Gerais),
Prof. Vitor Salino Eça (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais).

CONSELHO EXECUTIVO

Executora Chefe: Mileny Lacerda

Editoreção Eletrônica: Marcos Antonio Jacob (Marquinhos)

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

REVISTA DE DIREITO/Universidade Federal de Viçosa.
Departamento de Direito, Vol. 5, nº 1 (2013)
Viçosa UFV, DPD, 2013.
v.; 22cm.
174p. : i1; 22cm .
Semestral.
ISSN : 1806- 8790
Texto em português, espanhol, inglês e francês.
1.Direito - Periódicos . 1. Universidade Federal de Viçosa. Departamento de Direito .
CDD 20.ed. 340.05

Nota: a periodicidade da revista foi interrompida no período de 2005/2009.

Sumário

Primeira parte

ARTIGOS JURÍDICOS

**Os artigos estão dispostos em ordem alfabética dos
nomes dos autores.**

Breves apontamentos sobre a “dignidade animal”11
Bruno Amaro Lacerda

**A amizade como forma de justiça em aristóteles: uma comparação sob
o olhar do direito internacional privado21**
Emília Lana de Freitas Castro

Direito civil e direito do trabalho: caminhos que se cruzam39
Márcio Túlio Viana

**O código de defesa do consumidor e a responsabilidade aplicada às
atividades exercidas pelas agências de turismo51**
Maria Aline Araújo de Oliveira Geoffroy e Isabella Lambert de Andrade

**A democracia em perigo: direitos fundamentais e execução do orça-
mento público no brasil73**
Paulo Daniel da Costa e Carlos Alberto Esteves

**A imunidade de jurisdição dos estados: a prática estatal brasileira e
internacional105**
Pedro Guimarães Vieira

Los derechos fundamentales y el derecho internacional privado175
Ruben Santos Belandro

Segunda parte

Jurisprudência Comentada227

**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.
2. Os trabalhos deverão estar rigorosamente dentro das normas propostas abaixo, sendo isso condição essencial para que possa ser submetido à avaliação para publicação. O autor deve cadastrar-se no portal da revista (<http://www.seer.ufv.br/seer/revdireito/>) e submeter o trabalho para seleção de publicação. Os trabalhos devem ser concisos, não ultrapassando 20 laudas, incluindo figuras e quadros.
3. As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 14724/2011 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT).
4. 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.
5. A seleção dos trabalhos para publicação é de competência do Conselho Editorial da Revista.

BREVES APONTAMENTOS SOBRE A “DIGNIDADE ANIMAL”

Bruno Amaro LACERDA¹

RESUMO

Este artigo pretende abordar alguns problemas suscitados pelo uso recente da expressão “dignidade animal”. A atribuição de um valor intrínseco aos animais, feita inclusive por constitucionalistas e bioeticistas, não pode ser vista como uma mera ampliação da noção de dignidade humana, pois envolve (ou deveria envolver) um repensamento do conceito filosófico de pessoa e das ideias de contrato social e de justiça. A aceitação fácil e irrefletida dessa pretensa dignidade, além de deixar sem resposta diversas questões de ordem prática, corre um duplo risco: o de não encontrar o fundamento adequado para a proteção dos animais e o de enfraquecer as razões pelas quais a pessoa humana é considerada, em oposição a tudo que a rodeia, um fim em si mesmo.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoa. Dignidade. Animais.

ABSTRACT

This article aims to examine some questions raised by the recent use of the term “animal dignity”. The attribution of an intrinsic value to animals, inclu-

¹Professor Adjunto da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

ding by constitutionalists and bioethicists, cannot be seen as a mere extension of the notion of human dignity, because it involves (or should involve) a rethinking of the philosophical concept of person and the ideas of social contract and justice. The easy and unthinking acceptance of this alleged dignity leave unanswered many practical issues and have a double risk: not find the appropriate basis for the protection of animals and weakens the reasons why the human person is considered, in opposition to everything, an end in itself.

KEYWORDS: Person. Dignity. Animals.

A expressão “dignidade animal” vem se popularizando nos últimos anos, tendo se tornado presença constante nos debates sobre proteção dos animais. Com efeito, uma simples consulta à Internet mostra que existem várias petições públicas abertas à assinatura reivindicando melhor tratamento para os animais, como forma de promoção da sua “dignidade”². Políticos incluem-na em suas propostas dirigidas aos eleitores³, e ela aparece também em diversas reportagens, como a que noticia uma ação do Ministério Público de MG contra possíveis irregularidades cometidas pela Sociedade Mineira Protetora dos Animais (SMPA) e uma convocação de militantes para realização de um protesto contra esta entidade⁴. Como se pode notar, a expressão parece consagrada no léxico contemporâneo.

Entre os juristas brasileiros, ela também vem ganhando adeptos. Luís Roberto Barroso, em obra recente, critica os abusos sofridos pelo termo “dignidade humana” em decisões judiciais, mas não hesita em admitir a possibilidade de uma dignidade animal:

O que poderia ter sido suscitado, isso sim, seria o reconhecimento de dignidade aos animais. Uma dignidade que, naturalmente, não é humana nem deve ser aferida por seu reflexo sobre as pessoas

² Por exemplo: <http://www.peticaopublica.com.br/?pi=P2011N18198> e também <http://www.petitiononline.com/petitions/ld4343ld/signatures> (acesso em 06/01/2013)

³ Por exemplo: <http://www.mariogodoy.com.br/proposta-6-em-defesa-da-dignidade-animal/> (acesso em 22/12/2012).

⁴ Cf. http://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2012/12/06/interna_gerais,334795/sete-mil-militantes-sao-convocados-para-protesto-pela-dignidade-animal-em-bh.shtml (acesso em 06/01/2013).

humanas, mas pelo fato de os animais, como seres vivos, terem uma dignidade intrínseca e própria⁵.

Esta passagem, embora não desenvolvida pelo autor, sugere que os animais têm um *valor intrínseco*, singular, que decorre da sua natureza e impõe-se autonomamente, sem se apoiar em valores humanos.

De modo similar, em uma obra coletiva dedicada à dignidade e aos direitos fundamentais “para além dos humanos”, como diz seu título, encontramos diversos textos que caminham em direção a essa “dignidade animal”. Em um deles, Anamaria Feijó pretende expandir a ideia kantiana de respeito para englobar os animais: “O conceito subjetivo de dignidade pode assim ser atrelado ao animal não-humano, entendendo-o como partícipe da biosfera, como ser passível de respeito pelo papel que exerce nesse sistema global devendo ter sua integridade respeitada e defendida”⁶.

Em outro capítulo da mesma obra, Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer falam na necessidade de transformar a noção política moderna de contrato social em um contrato *socioambiental*, cujo efeito principal seria eliminar, ou ao menos diminuir, o parasitismo dos seres humanos sobre as outras espécies, ampliando os valores fundamentais da comunidade estatal “para além do espectro humano”, atitude que nos levaria a alcançar “um patamar mais evoluído da cultura jurídica, da moral e do pensamento humano” e, por consequência, propiciaria a “proteção e promoção da dignidade dos animais e da vida de um modo geral”⁷.

Há outras passagens, mas penso que estas são suficientes para justificar a pergunta: existe mesmo uma “dignidade animal”? Os animais são realmente detentores de um valor próprio, capaz de torná-los merecedores de um respeito similar àquele que, por razões de justiça e de igualdade, julgamos devido a todos os seres humanos?

Nestas linhas, proponho-me a investigar brevemente a questão, mais em busca de algumas diretrizes do que de uma solução de-

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 118.

⁶ FEIJÓ, Anamaria Gonçalves dos Santos. A dignidade e o animal não-humano. In: MOLINARO, C. A. et al. (Org.) *A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos*. Uma discussão necessária. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 142.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. In: MOLINARO, C. A. et al. (Org.) *A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos*. Uma discussão necessária. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 204-205.

finitiva, dada a complexidade do que está envolvido. De qualquer maneira, não deixa de ser uma investigação estranha, pois a ideia de dignidade, como qualidade ou valor atribuído exclusivamente aos seres humanos, foi historicamente forjada pela contraposição entre pessoas e animais⁸. As pessoas sempre foram vistas como dignas por possuírem um elemento ontológico (a razão, a consciência, a liberdade etc.) ausente nas demais espécies animais. Assim, não se trata simplesmente de ampliar a dignidade para englobar os animais, nem de pensar uma dignidade especial, diferente da nossa, mas de repensar a própria ideia de dignidade.

O problema, ademais, não está livre de consequências práticas, pois os animais sempre foram e continuam sendo utilizados por nós: usamos sua pele, sua carne, sua força... Reconhecer-lhes dignidade, como se pretende hoje, deveria levar necessariamente à mudança das nossas práticas em relação a eles. Afinal, poderíamos continuar “explorando”, “instrumentalizando” ou mesmo “discriminando” seres para os quais agora pensamos ser devido, em função da sua dignidade, *respeito*⁹ e *justiça*?

A questão provoca agudas controvérsias entre filósofos, bioeticistas e animalistas. Alguns estudiosos pensam que a ideia de dignidade poderia ser interpretada de modo a abarcar outros seres além dos humanos. Michael Meyer, por exemplo, refuta a crença de que a noção, por pressupor uma prioridade dos interesses humanos sobre os animais, seja “especista” (ou seja, discrimine as outras espécies não-humanas), acreditando ser possível pensar uma “dignidade simples” como atribuída a todos os seres capazes de sentir prazer e dor¹⁰.

Peter Singer, por sua vez, mostra-se contrário à ideia mesma de “dignidade”, entendendo que ela é um “termo vago”. Casos como o de Ashley (bastante noticiado em 2007), uma garota dos EUA com profundas deficiências mentais provocadas por uma doença incurável, cujos pais e médicos queriam impedir seu crescimento por meio de remédios e de procedimentos como a retirada dos seus ovários (terapias que a manteriam sempre com o tamanho de uma criança), são

⁸ Ver informações histórico-filosóficas em PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*. Madrid: Dykinson, 2003, p. 43-53.

⁹ A Declaração Universal dos Direitos do Animal, proclamada em 1978 pela UNESCO, fala em *respeito* à vida animal e não propriamente em dignidade no seu artigo 2º. Conferir texto integral em <http://www.roc.asso.fr/animal-sensible/declaration-droits-animal.html>. De todo modo, o texto parece reconhecer um valor intrínseco aos animais.

¹⁰ MEYER, Michael. The simple dignity of sentient life: speciesism and human dignity. In: *Journal of social philosophy*, v. 32, n. 2, 2001, p. 124-125.

para Singer exemplos de que “dignidade” é uma palavra que mais confunde do que esclarece. Afinal, qual seria o tratamento *digno* para Ashley? Permitir que crescesse fisicamente e se tornasse um adulto com mente de bebê (o que dificultaria sua locomoção e tratamento pelos pais) ou reverter o curso da natureza, mantendo-a com um corpo de criança?

Para Singer, casos como esse mostram que capacidades cognitivas não são suficientes para que alguém tenha ou não dignidade; daí ser melhor o uso da palavra “interesse”, tanto para os seres humanos quanto para os animais:

Nós estamos preparados para usar o termo ‘melhores interesses’ para animais sem muita hesitação; nós sabemos o que isto significa. Nós somos menos capazes de falar sobre dignidade animal, porque não é claro quais capacidades cognitivas podem ser requeridas por um ser que tem dignidade¹¹.

Em que pese o desacordo, penso que a resposta para o problema aponta para a negativa, ou seja, para a rejeição da ideia de uma “dignidade animal”, o que não implica que os animais sejam destituídos de valor ou que sejam meras coisas. O *status* dos animais, aliás, é uma questão extremamente complexa, que ultrapassa o objetivo deste texto. Limite-me a investigar a questão da dignidade, com apoio em alguns filósofos da atualidade.

Um deles, Robert Spaemann, explica que os animais, ao contrário dos seres humanos, não estão despertos para o ser, vivendo cada momento sem noção alguma de temporalidade, fato que os torna incapazes de relativizar-se e perceber-se como *interioridade*:

A percepção da interioridade alheia faz do próprio homem uma representação do incondicionado. Ora, a interioridade do animal percebida por ele não é um incondicionado desse tipo, porque ela mesma não é capaz de relativizar-se em sua particularidade¹².

Ao contrário dos animais, o homem é capaz de relativizar-se e retrair-se de modo a reconhecer que em seu entorno existem ou-

¹¹ SINGER, Peter. Speciesism and moral status. In: *Metaphilosophy*, v. 40, n. 3-4, 2009, p. 578.

¹² SPAEMANN, Robert. *Felicidade e benevolência*: ensaio sobre ética. São Paulo: Loyola, 1996, p. 276-277.

tros seres dotados de interesses igualmente merecedores de estima: “O homem não remete necessariamente todo o entorno a si mesmo, ao próprio desejo; pode também perceber que ele mesmo é entorno para os outros”¹³. Ou seja: somente o ser capaz de desconsiderar-se e perceber-se como um “eu finito”, cujos desejos limitam-se necessariamente pelos desejos e atos livres de outros seres humanos igualmente valiosos, possui dignidade. Percebendo que os interesses alheios são merecedores de respeito, o homem pode exigir respeito para si, tomando consciência do seu valor por meio da constatação do valor do outro. Para Spaemann, isso confere ao homem um *status* de “representação do absoluto”, e é essa condição que deve ser compreendida como *dignidade humana*, porque faz do humano um *fin em si mesmo*, tornando-o o único ser capaz de não reduzir tudo que o circunda a *meio* e perceber que os outros homens são também em si mesmo *fins*.

Para Friedo Ricken, a questão só pode ser adequadamente compreendida por meio da distinção entre *responsabilidade por* e *responsabilidade perante*. É possível que alguém seja responsável por um ente sem ser também responsável perante ele. Assim, temos responsabilidade *pela* maneira como tratamos um animal. Não podemos feri-lo nem matá-lo, pois isso seria provocar-lhe dor, e a dor é um mal que não pode ser infligido sem razão a nenhum ser. “Não causar dor”, portanto, é uma norma imposta a todos os sujeitos de moralidade, e os seus beneficiários são todos os seres sensíveis. Somos, assim, responsáveis pelos animais, por evitar que eles sintam dores despropositadas e também pela satisfação das suas carências e necessidades.

Há semelhanças entre os cuidados que devemos aos animais e aqueles que devemos às pessoas enfermas ou às crianças: em ambas as situações o critério-guia é o das capacidades e necessidades. Ricken adverte, contudo, que há também uma diferença fundamental: o ser humano não é apenas objeto de nossa responsabilidade, mas também *instância de responsabilidade*. Perante uma criança, somos responsáveis pela sua instrução intelectual e moral como um *dever*, de modo que ela poderá, mais tarde, exigir-nos isso. Podemos até ensinar coisas aos animais, quando, por exemplo, os adestramos, mas não temos dever algum de fazê-lo.

Embora Ricken evite o uso da palavra “dignidade”, fica claro pelo seu texto que falta aos animais justamente aquilo que é a nota distintiva dos seres humanos, a ideia normativa de pessoa: “(...) mais

uma vez se mostra que o conceito de ser humano não é apenas um predicado descritivo para a designação de uma espécie, antes representa uma ideia debaixo da qual todos os membros desta espécie devem ser vistos”¹⁴.

A professora espanhola Adela Cortina, por sua vez, afirma que os animais, e até a natureza em geral, são seres que merecem *consideração moral*: não podemos causar-lhes danos sem razões convincentes para fazê-lo. Disso, porém, não se segue que os animais possuam *direitos* ou um *valor intrínseco*, pois somente os seres que integram a comunidade moral e política (os humanos) possuem direitos e deveres naturais recíprocos. Os animais merecem proteção moral, e nós possuímos em face deles o que a tradição chama de *deveres indiretos*, que são deveres morais aos quais não correspondem direitos.

Isso ocorre porque os animais, ao contrário das pessoas, não possuem um *valor absoluto* (aquilo que Kant chamava de reino dos fins), mas somente um valor interno e relativo a outros valores: “A natureza e os animais (...) não são sujeitos de direito, mas os seres humanos estão obrigados a não causar-lhes danos, sempre que não haja razões superiores para fazê-lo, porque têm um valor interno, mas relativo à força de outros valores”¹⁵. Levando em consideração que a dignidade exprime justamente o valor absoluto, parece claro que os animais não a possuem.

É também a posição de Victoria Camps em uma entrevista concedida em 2002 e publicada em 2009 na revista *Dilemata*, onde discorda dos autores que propõem um nivelamento entre o valor da vida humana e o da vida animal, entendendo que a dignidade da pessoa está acima da pretensa “dignidade” dos animais. Ela concede que os seres humanos tenham obrigações éticas em face dos animais e até perante a natureza de um modo geral, mas adverte que a ética é necessariamente antropocêntrica e não biocêntrica, e que os animais não são capazes de perceber e problematizar seu valor, que assim não se converte em dignidade¹⁶.

Por fim, Josef Seifert entende que a dignidade é um atributo que pertence exclusivamente às pessoas, traduzindo-se na singularidade, individualidade racional e irrepetibilidade que somente os seres humanos possuem por natureza (ontologicamente). A dignidade não

¹⁴ RICKEN, Friedo. “Ser humano” e “pessoa”. In: *Revista Portuguesa de Filosofia*, t. 62, 2006, p. 85.

¹⁵ CORTINA, Adela. *Justicia Cordial*. Madrid: Trotta, 2010, p. 140.

¹⁶ CAMPS, Victoria. Reflexiones sobre bioética y virtudes públicas. Entrevista realizada por David Rodríguez-Arias y Juan Antonio Montero. In: *Dilemata*, nº 1, 2009, p. 181.

¹³ SPAEMANN, Robert. Sobre el concepto de dignidad humana. In: *Persona y Derecho*, n. 19, 1988, p. 22.

surge de uma característica específica da pessoa (como a racionalidade), mas é ela própria uma das características que distinguem a pessoa dos demais seres¹⁷. Ora, se a dignidade distingue as pessoas dos animais, não parece lógico que os animais a possuam, pois, nesse caso, a distinção entre humanos e animais cairia por terra.

Seifert, porém, reconhece que os animais têm um valor moral relevante e, por isso, não podem ser maltratados e submetidos a sofrimentos sem propósito: “Sem dúvida, também a crueldade para com os animais é um mal moral, mas não se pode comparar com a violação das pessoas dotadas deste valor superior e moralmente imponente: a dignidade”¹⁸. Assim, ele critica como imprecisa a legislação suíça que conferiu dignidade a todos os seres e considera protestos que compararam mortes de animais (em indústrias alimentícias, por exemplo) com mortes humanas em campos de concentração simplesmente como “ridículos”.

Tendo em vista o exposto, entendo, para concluir, que é melhor evitar o uso da expressão “dignidade animal” para expressar o valor que os animais inegavelmente possuem. Primeiro porque esse valor não é intrínseco, como pretendido pelos animalistas, pois os animais não o compreendem; somente nós o percebemos, e mesmo assim em níveis tão variados que um consenso humano sobre a disponibilidade de suas vidas e os termos de sua utilização parece bastante improvável. Segundo porque a expressão carrega consigo uma carga axiológica indelevelmente ligada à situação existencial dos seres humanos, cujas possibilidades vitais são *qualitativamente* superiores à dos animais, porque sempre biográficas e abertas à liberdade. Afinal, somente a pessoa é um ser *indeterminado*, orientado para o futuro, ou, para empregar uma expressão de Julián Marías, “alguém que consiste em acontecer”¹⁹.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

¹⁷ SEIFERT, Josef. Dignidad humana: dimensiones y fuentes en la persona humana. In: AAVV. *Idea cristiana del hombre*. Pamplona: EUNSA, 2002, p. 19.

¹⁸ SEIFERT, Josef. Op. cit., p. 20.

¹⁹ MARIAS, Julián. *Persona*. Madrid: Alianza, 1996, p. 17.

CAMPS, Victoria. Reflexiones sobre bioética y virtudes públicas. Entrevista realizada por David Rodríguez-Arias y Juan Antonio Montero. In: *Dilemata*, n° 1, 2009, p. 179-182.

CORTINA, Adela. *Justicia Cordial*. Madrid: Trotta, 2010.

FEIJÓ, Anamaria Gonçalves dos Santos. A dignidade e o animal não-humano. In: MOLINARO, C. A. et al. (Org.) *A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos*. Uma discussão necessária. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 127-143.

MARIAS, Julián. *Persona*. Madrid: Alianza, 1996.

MEYER, Michael. The simple dignity of sentient life: speciesism and human dignity. In: *Journal of social philosophy*, v. 32, n. 2, 2001, p. 115-126.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*. Madrid: Dykinson, 2003.

RICKEN, Friedo. “Ser humano” e “pessoa”. In: *Revista Portuguesa de Filosofia*, t. 62, 2006, p. 69-87.

SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. In: MOLINARO, C. A. et al. (Org.) *A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos*. Uma discussão necessária. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 175-205.

SEIFERT, Josef. Dignidad humana: dimensiones y fuentes en la persona humana. In: AAVV. *Idea cristiana del hombre*. Pamplona: EUNSA, 2002, p. 17-37.

SINGER, Peter. Speciesism and moral status. In: *Metaphilosophy*, v. 40, n. 3-4, 2009, p. 567-581.

SPAEMANN, Robert. *Felicidade e benevolência: ensaio sobre ética*. São Paulo: Loyola, 1996.

SPAEMANN, Robert. Sobre el concepto de dignidad humana. In: *Persona y Derecho*, n. 19, 1988, p. 13-33.

Artigo recebido em 22/01/2013 – Aprovado em 18/03/2013.

A AMIZADE COMO FORMA DE JUSTIÇA EM ARISTÓTELES: UMA COMPARAÇÃO SOB O OLHAR DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Emília Lana de Freitas CASTRO¹

RESUMO

O presente artigo busca expor a concepção de amizade em Aristóteles como uma forma de expressão da justiça. Estabelece-se a estreita relação entre amizade e justiça, configurando a *philia* como o elo que mantém a coesão e a boa vida na *polis*. Considerando a sociabilidade e a politicidade, que são alcançadas, segundo a filosofia aristotélica, por meio da relação amistosa entre os seres humanos, busca-se relacionar a *philia* com o Princípio da Proximidade e o Direito da Tolerância, elementos que configuram o alicerce do Direito Internacional Privado.

PALAVRAS-CHAVE: amizade, Aristóteles, direito da tolerância, direito internacional privado, teoria da justiça

ABSTRACT

This paper aims to expose the conception of friendship and justice under Aristotle's perspective. One establishes the relation between friendship and justice, giving the *philia* the responsibility of maintaining cohesion and the good life in the *polis*. Considering the sociability and the political character in the society, which are reachable by means of the friendly relationship that exists between human beings, one tries to make a connection between the *philia*, the Principle of Proximity, and the Law of Tolerance, which are considered as the basic concepts of Private International Law.

¹ Mestranda em Direito Internacional pela UERJ; Advogada; Professora Substituta de Direito Internacional Privado da UERJ/RJ.

KEYWORDS: Aristotle, friendship, law of tolerance, private international law, theory of justice

INTRODUÇÃO

Antes que sejam abordadas as visões de Aristóteles a respeito daquilo que se entende por amizade, ponto central deste trabalho, é necessário contextualizar a sua mais importante obra sobre a Ética. Em “Ética a Nicômaco”, Aristóteles expõe sua concepção teleológica de racionalidade prática. Mais do que isso, o célebre filósofo grego definiu suas impressões acerca da virtude, além de estabelecer conceitos acerca do hábito e da prudência dos homens.

A virtude corresponde ao justo meio entre os extremos e é encontrada por aquele dotado de prudência (*phronesis*); ademais, faz-se mister entender que nenhuma virtude, mesmo a moral, é gerada nos seres humanos por natureza, mas sim por hábito. O indivíduo é adaptado por natureza a receber as virtudes e se torna perfeito pelos hábitos praticados. Nossas virtudes estão ligadas às atividades que praticamos². A virtude, na visão de Aristóteles, compreende a noção de fazer algo bem feito e na sua justa medida. Segundo o filósofo, virtudes são os hábitos do homem que são dignos de louvor³.

No Livro II de sua obra, Aristóteles elenca a amizade como uma paixão, tal como a cólera, a inveja, a alegria e os apetites. Essas paixões são tidas por ele como elementos pertencentes à alma, e a maneira pela qual nos comportamos frente a essas paixões (se de maneira boa ou má) é o que se chama de disposição de caráter⁴. Nesse sentido, busca-se o meio termo entre o que sentimos e como agimos. Assim, a virtude seria a disposição de caráter relacionada à escolha das ações e paixões, consistindo em uma escolha mediana⁵.

No decorrer dos Livros VIII e IX, portanto, Aristóteles define a amizade como uma virtude ou como algo que implica a virtude. Afinal, vê-se a amizade como o simples desejo de se fazer um bem a outrem; a amizade, segundo Aristóteles, é sumamente necessária à vida (*anakaiotato*)⁶.

No decorrer desta exposição, serão apontadas as ideias de Aristóteles que definem a amizade, bem que, segundo ele, é vital. Em

² ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 27-28.

³ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 24.

⁴ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 31.

⁵ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 33.

⁶ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 139.

seguida, far-se-á a exposição acerca da amizade como uma espécie de justiça. Por fim, estabelece-se uma relação da amizade e da justiça na concepção aristotélica com o Princípio da Proximidade do Direito Internacional Privado. O Espírito da Tolerância é também aspecto desse ramo do Direito que se conecta com as percepções aristotélicas de justiça.

A AMIZADE EM ARISTÓTELES: DEFINIÇÕES E ESPÉCIES

Aristóteles dedica os livros VIII e IX de sua obra “Ética a Nicômaco” ao estudo da amizade. O termo grego *philia* é normalmente traduzido para o português como “amizade”. *Philia* é um substantivo abstrato do verbo *to philein*, que significa amar ou estimar de um modo geral: pode-se amar ou estimar objetos, animais, pessoas, membros da família ou, no caso do presente trabalho, amigos⁷. Nesse sentido, a tradução perfeita para o vocábulo *philia*, usado por Aristóteles, seria a palavra “amor”. Entretanto, para preservar as conexões etimológicas entre *to philein* e o substantivo abstrato, utiliza-se neste escrito a expressão “amizade”, que está arraigada nas traduções e na literatura secundária⁸.

A *philia*, portanto, é vista por Aristóteles como “um tipo de virtude ou algo que envolve virtude. Além disso, ela é das coisas mais necessárias à vida, pois, sem amigos, ninguém escolheria viver, mesmo tendo todos os outros bens⁹”. O mencionado filósofo, então, parece entender que a vida sem amigos não é apenas incompleta, mas nem mesmo digna de escolha¹⁰.

A amizade no sistema aristotélico é orientada pela ética e pela política, as quais pretendem preparar o indivíduo para o agir moral em busca da perfeição, com base na prática das virtudes (temperança,

⁷ WHITING, Jennifer. *A concepção nicomaqueia de philia*. In Aristóteles – A ética a Nicômaco; Richard Kraut [et al.]; tradução de Alfredo Storck [et al.]. Porto Alegre: Artmed, 2009, p. 254.

⁸ WHITING, Jennifer. *A concepção nicomaqueia de philia*. In Aristóteles – A ética a Nicômaco; Richard Kraut [et al.]; tradução de Alfredo Storck [et al.]. Porto Alegre: Artmed, 2009, p. 254.

⁹ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 139.

¹⁰ WHITING, Jennifer. *A concepção nicomaqueia de philia*. In Aristóteles – A ética a Nicômaco; Richard Kraut [et al.]; tradução de Alfredo Storck [et al.]. Porto Alegre: Artmed, 2009, p. 256.

coragem, liberalidade, justiça, prudência) e na vida harmoniosa da *polis*, participando das decisões políticas da cidade¹¹.

Tendo em vista que, de acordo com Aristóteles, nenhuma virtude, nem mesmo a moral, é gerada no homem por natureza, senão por hábito, e entendendo que o indivíduo é adaptado por natureza a receber as virtudes e se torna perfeito pelos hábitos praticados, conclui-se que as virtudes do indivíduo estão ligadas às atividades que por ele são praticadas¹². Considerando, nesse sentido, que a amizade na visão aristotélica constitui uma virtude, entende-se que a amizade tem o caráter de hábito, isto é, a amizade constitui uma disposição de caráter. Essa disposição de caráter visa ao amor recíproco entre amigos, calcado na livre decisão da vontade e do desejo permanente do bem para com o outro¹³.

Sobre o conceito amplo de amizade no sistema aristotélico, expõe Bittar¹⁴:

Este conceito de amizade (...) alcança a maior amplitude que se possa tomar para o termo, visto abranger o profano e o religioso, o laico e o sublime, o corporal e o anímico, o humano, o deídico e o animal, ademais de partilhar sua dimensão além das portas da família e da cidade, para receber o estrangeiro, tendo-se em conta que o homem é de natureza única de onde quer que provenha: trata-se da comunhão, e de comunhão absoluta, incorruptível e incondicional, com a alteridade.

É nesse sentido que a *philia* é revestida por um manto de virtude, de forma que o seu conceito estaria em um nível superior à definição comum de amizade. A *philia*, isto é, a amizade em Aristóteles necessita de três elementos para que seja concretizada: a benevolência, a reciprocidade e o bem querer. Assim, a benevolência (o desejo do bem para o outro), a reciprocidade (o desejo de ser correspondido nas relações afetivas) e o bem querer (a busca do bem como um fim

¹¹ ALVES, Marcos Alexandre. Justiça: equidade e amizade em Aristóteles. *Orbis Revista Científica*, Campina Grande, Paraíba, vol. 3, número 1, 2012, p. 439.

¹² ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 27-28.

¹³ ALVES, Marcos Alexandre. Justiça: equidade e amizade em Aristóteles. *Orbis Revista Científica*, Campina Grande, Paraíba, vol. 3, número 1, 2012, p. 439.

¹⁴ BITTAR, Eduardo C. B. *A Justiça em Aristóteles*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 169.

em si mesmo) estabelecem a concretude do conceito de *philia*¹⁵. Dessa forma, percebe-se que aquilo que se tem como núcleo da amizade é o bem querer (*eunoia*).

No que diz respeito à benevolência, sabe-se que ela já foi alvo de análise de diversos filósofos. T. Van Bavel¹⁶, por exemplo, acredita que ela seja um conceito mais extenso do que aquele de amizade. Adicionalmente, Agostinho de Hipona faz uma relação entre a amizade e a benevolência, uma vez que esta demonstra o valor que o indivíduo dá àqueles que ama¹⁷. Note-se que a benevolência (em latim, *benivolentia*), segundo Aristóteles, está diretamente relacionada a *consensio*¹⁸, pois ela favorece a reciprocidade e, por isso, a *benivolentia*. Maria Manuela B. Martins acrescenta, ainda, que a benevolência está presente na tradição filosófica antiga de maneira geral, de forma que a amizade seja constituída por uma benevolência recíproca e é por isso que a benevolência e, por consequência, a noção de amizade identificam-se com uma outra virtude, qual seja, a justiça¹⁹. Tal relação, entretanto, será abordada adiante em tópico específico.

Fator importante sob o prisma do bem querer (este último sendo elemento inerente à benevolência) é a necessidade do convívio: “nada é mais característico dos amigos do que o convívio; e, embora sejam os que sofrem necessidade que desejam benefícios, mesmo os que são sumamente felizes desejam passar os dias juntos; e é justamente a esses que menos agrada a solidão”²⁰.

A essência da amizade, com base no conviver e compartilhar, faz com que o homem se relacione com o seu amigo da mesma forma

¹⁵ ALVES, Marcos Alexandre. Justiça: equidade e amizade em Aristóteles. *Orbis Revista Científica*, Campina Grande, Paraíba, vol. 3, número 1, 2012, p. 439.

¹⁶ T. Van Bavel – “The influence of Cicero’s ideal of friendship on Augustine”, p. 60. In J. DenBoeft e J. VanOort (ed.) – *Augustiniana Traiectina: Communications présentées au Colloque International d’Utrecht 13-14 novembre, 1986*. Paris, 1987, pp. 59-72 apud B. MARTINS, Maria Manuela. *Amicitia nostra vera ac sempiterna erit: As fontes da amizade espiritual em Agostinho de Hipona*. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Universidade Católica Portuguesa: Lisboa, Vol. 64, 2008, p. 216.

¹⁷ B. MARTINS, Maria Manuela. *Amicitia nostra vera ac sempiterna erit: As fontes da amizade espiritual em Agostinho de Hipona*. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Universidade Católica Portuguesa: Lisboa, Vol. 64, 2008, p. 216.

¹⁸ *Consensio* diz respeito à luta entre o bem e o mal, no interior do coração do homem in B. MARTINS, Maria Manuela. *Amicitia nostra vera ac sempiterna erit: As fontes da amizade espiritual em Agostinho de Hipona*. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Universidade Católica Portuguesa: Lisboa, Vol. 64, 2008, p. 216.

¹⁹ B. MARTINS, Maria Manuela. *Amicitia nostra vera ac sempiterna erit: As fontes da amizade espiritual em Agostinho de Hipona*. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Universidade Católica Portuguesa: Lisboa, Vol. 64, 2008, p. 216-217.

²⁰ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 144.

que ele se relaciona consigo mesmo. Nesse sentido, Aristóteles sustenta que o amigo é o “outro eu”. A amizade, segundo ele, é baseada no crescimento moral que é facilitado pelas ações conjuntas: os atos dessa virtude consistem em cooperar e essa cooperação implica em igualdade, que é uma característica da amizade²¹.

Entretanto, Aristóteles afirma que a convivência não pode existir se as pessoas não são agradáveis umas com as outras. Assim, o filósofo chega a afirmar que a verdadeira amizade, portanto, é não só aquela fundada no bem querer, como acima descrito, mas também é aquela virtude que pertence aos homens bons: “o que é bom ou agradável no sentido absoluto do termo parece estimável e desejável, e a cada um se afigura ser o que é bom e agradável para ele; e por ambas essas razões o homem bom é estimável e desejável para o homem bom”²². É por isso que Aristóteles entende que o amor é um sentimento e a amizade constitui uma disposição de caráter - porque é possível sentir amor por coisas inanimadas, mas a amizade, isto é, o amor mútuo, envolve escolhas e essas escolhas procedem de uma disposição de caráter: “os que amam um amigo amam o que é bom para eles mesmos; porque o homem bom, ao tornar-se amigo, passa a ser um bem para o seu amigo. Cada qual, portanto, ao mesmo tempo que ama o que é bom para ele retribui com benevolência e apazibilidade em igualdade de termos (...)”²³.

Importante notar que essa retribuição de cuidado, calcada na noção daquilo que é agradável para o indivíduo, constitui elemento essencial para a manutenção da amizade. Isso porque, conforme preceitua Aristóteles, a natureza do homem evita, acima de tudo, o doloroso, em busca constante por aquilo que seja agradável. Logo, “ninguém deseja passar seus dias com alguém cuja companhia é dolorosa ou não é agradável”²⁴.

Sob uma perspectiva comparada, vale trazer à colação a concepção de amizade em Kant. Para o filósofo alemão, a amizade constitui a união de duas pessoas através de iguais amor e respeito mútuos. Entretanto, Kant entende que essa percepção de amizade é apenas uma ideia inatingível. Isso porque, ainda que o empenho pela amizade (com base, tal como em Aristóteles, em um máximo de disposição e bem querer mútuos) seja um dever estabelecido pela razão, isto é,

²¹ POLO, Leonardo. La amistad en Aristóteles. *REV – Anuario Filosófico*, Universidad de Navarra, Pamplona, Espanha, vol. 32, n. 2, 1999, p. 480.

²² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 144.

²³ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 144.

²⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 144.

pela honra, não pode um ser humano determinar se um dos elementos que é requisito deste dever racional (a exemplo da benevolência recíproca) é igual na disposição de cada um dos amigos. Ou seja, Kant pretendeu afirmar que não se pode esperar que a benevolência que sinto em relação ao meu amigo seja a mesma e de igual intensidade do que aquela que o meu amigo sente por mim²⁵. Em certa medida, Aristóteles também acredita em uma fórmula ideal de amizade, que nem sempre é possível de se concretizar: de acordo com o sistema aristotélico deseja-se o bem ao amigo por causa de si mesmo (*ekeinou heneka*). Dessa forma, Aristóteles procura esclarecer o fato de a amizade só existir onde realmente se deseja o bem do outro (fórmula ideal da amizade) e não onde se deseja o bem ao amigo porque se vislumbra algo por trás disso²⁶.

A análise aristotélica daquilo que se entende por amizade também passa pela discussão a respeito do *objeto* ou *daquilo que é amável*. Assim, o filósofo concluiu que as pessoas tendem a amar porque algo é considerado *digno de amor*. Nesse sentido, haveria três objetos que seriam dignos de amor: o que é bom (*agathon*), o que é prazeroso e o que é útil²⁷. É sob essa análise dos objetos que Aristóteles expõe as três formas de amizade existentes: aquela que é baseada na *virtude*, a que é baseada no *prazer* e, ainda, a que se baseia na *utilidade*²⁸.

No capítulo VIII de *Ética a Nicômaco*, Aristóteles expõe acerca da amizade baseada no prazer e na utilidade. A amizade baseada nesses moldes seria uma amizade acidental: as pessoas que gostam umas das outras por causa do ganho que elas têm em razão da utilidade ou do prazer mútuo são amigas acidentalmente e não gostam do outro em virtude do fato de ele ser quem é e tampouco desejam o bem ao amigo de modo absoluto, mas apenas gostam dele em função de uma dada perspectiva²⁹. É por isso que essas formas secundárias de amizade possuem curta duração; a partir do momento em que o conteúdo do útil ou do agradável é modificado, a amizade se desfaz, pois a base

²⁵ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 2003, p. 312-313.

²⁶ WOLF, Ursula. *A Ética a Nicômaco de Aristóteles*. Tradução de Enio Paulo Giachini. São Paulo: Edições Loyola, 2010, p. 227.

²⁷ WHITING, Jennifer. *A concepção nicomaqueia de philia*. In Aristóteles – A ética a Nicômaco, Porto Alegre: Artmed, 2009, p. 257.

²⁸ WHITING, Jennifer. *A concepção nicomaqueia de philia*. In Aristóteles – A ética a Nicômaco, Porto Alegre: Artmed, 2009, p. 257.

²⁹ WOLF, Ursula. *A Ética a Nicômaco de Aristóteles*. Tradução de Enio Paulo Giachini. São Paulo: Edições Loyola, 2010, p. 227.

da amizade era justamente aquele elemento útil ou prazeroso que se perdeu³⁰. Sob esse prisma, nas palavras de Aristóteles:

Há, assim, três espécies de amizade, iguais em número às coisas que são estimáveis; pois com respeito a cada uma delas existe um amor mútuo e conhecido, e os que se amam desejam-se bem a respeito daquilo por que se amam.

Ora, os que se amam por causa de sua utilidade não se amam por si mesmos, mas em virtude de algum bem que recebem um do outro. Idêntica coisa se pode dizer dos que se amam por causa do prazer; não é devido ao caráter que os homens amam as pessoas espirituosas, mas porque as acham agradáveis. Logo, os que amam por causa da utilidade, amam pelo que é bom *para eles mesmos*, e os que amam por causa do prazer, amam em virtude do que é agradável *a eles*, e não na medida em que o outro é a pessoa amada, mas na medida em que é útil ou agradável.

De forma que essas amizades são apenas acidentais, pois a pessoa amada não é amada por ser o homem que é, mas porque proporciona algum bem ou prazer. Eis por que tais amizades se dissolvem facilmente, se as partes não permanecem iguais a si mesmas: com efeito, se uma das partes cessa de ser agradável ou útil, a outra deixa de amá-la.

Ora, o útil não é permanente, mas muda constantemente. E assim, quando desaparece o motivo da amizade, esta se dissolve, pois que existia apenas para os fins de que falamos³¹.

Na concepção do filósofo, portanto, a amizade que não possui esse caráter secundário, mas sim que alcança a perfeição, seria a amizade que ocorre entre pessoas boas que se equiparam no fato de possuírem a virtude da ética; é chamada também de amizade de caráter. Conforme explicita Ursula Wolf, na amizade virtuosa:

³⁰ WOLF, Ursula. *A Ética a Nicômaco de Aristóteles*. Tradução de Enio Paulo Giachini. São Paulo: Edições Loyola, 2010, p. 227.

³¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 141.

(...) a pessoa boa gosta do amigo como pessoa boa e deseja-lhe o bem por causa de si mesmo, ou – o que para Aristóteles significa o mesmo – por causa do bem. Essa equiparação se fundamenta no fato de que o ser-bom ético representa o ser essencial do homem. O ser-bom ético não advém ao amigo acidentalmente, mas é precisamente aquilo que ele próprio é. Quando o ser do amigo e o ser-bom ético almejado coincidem, já se terá respondido à pergunta de como se pode gostar do amigo *por causa dele mesmo*, mesmo que a razão da amizade seja a aspiração ao bem³².

Isso não quer dizer, entretanto, que a amizade considerada ideal também não possa incluir o útil e o agradável. Isso porque é útil a ambos os amigos a prática da virtude da ética quando eles se relacionam. Em segundo lugar, as ações praticadas no bojo da amizade sob essa perspectiva ética também são prazerosas. Na percepção de Ursula Wolf, as ações semelhantes feitas pelo amigo causam alegria ao outro, de tal forma que ambos se alegram com as ações do outro, e as ações de ambos tornam-se agradáveis³³.

Vale notar que as amizades virtuosas são raras, pois são poucos os homens que são bons e iguais em virtude para com o outro. Essa relação, ademais, requer trato, paciência e convivência. Aristóteles conclui, portanto, que o desejo da amizade surge rapidamente, mas a amizade não³⁴.

Tendo em vista que a verdadeira amizade, calcada na virtude, somente é concretizada porque requer uma relação contínua de trato e convivência, observa-se uma conexão entre a estabilidade da paz nas relações entre os indivíduos, isto é, no convívio social, e a manutenção da harmonia dentro de uma sociedade³⁵. O alcance da harmonia social por meio do convívio amigável e virtuoso é o tema abordado no tópico seguinte, que foca na amizade como uma expressão da justiça.

³² WOLF, Ursula. *A Ética a Nicômaco de Aristóteles*. Tradução de Enio Paulo Giachini. São Paulo: Edições Loyola, 2010, p. 228.

³³ WOLF, Ursula. *A Ética a Nicômaco de Aristóteles*. Tradução de Enio Paulo Giachini. São Paulo: Edições Loyola, 2010, p. 228.

³⁴ POLO, Leonardo. La amistad en Aristóteles. *REV – Anuario Filosófico*, Universidad de Navarra, Pamplona, Espanha, vol. 32, n. 2, 1999, p. 479.

³⁵ NETO, Benedito Augusto da Silva. *Justiça e Amizade na Ética Aristotélica*. 50 f. Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Filosofia Moderna do Direito do Centro de Filosofia, da Universidade Estadual do Ceará - UECE, como requisito parcial para obtenção do grau de especialista em Direito. Fortaleza/CE, 30/04/2007, p. 42.

A AMIZADE COMO JUSTIÇA

Na visão aristotélica, a amizade e a justiça estão estreitamente ligadas. A *philia* figura como o liame que mantém a coesão de todas as Cidades-Estado³⁵. Segundo Aristóteles, a amizade é o alicerce fundamental para a boa vida na pólis. Para que se promova a sociabilidade e a politicidade, é necessária essa relação amistosa entre os seres humanos³⁶. Do contrário, não haveria lugar para o homem dentro da pólis, uma vez que a justiça e amizade são o fundamento ético da vida em comunidade.

Para que se alcance a harmonia social, somente a amizade não é suficiente: são necessários bons legisladores e boas leis, além dos limites valorativos que eles carregam consigo (limites estes determinados pela normatização resultante do legislador e da sociedade). Entretanto, sabe-se que a amizade atua independentemente de qualquer prescrição: “é ela a espontânea qualidade do ser que se dirige em direção do seu próximo para com ele conjugar de suas experiências, dificuldade e habilidades. A alteridade se constrói, nesta medida, a partir da mútua referência entre os homens.”³⁷

Nesse sentido, em se considerando a sociabilidade e a politicidade como inerentes à natureza humana, a *philia* é o elemento que une os indivíduos em uma comunidade. Juntamente com a *philia*, a independência econômica como condição de uma vida agradável e a “boa vida” em si, de acordo com a maneira de viver de cada grupo de indivíduos, são também elementos que contribuem para a união dos seres humanos na pólis.

Dessa forma, sabe-se que o homem, uma vez alheio ao convívio social, não pode exercer a justiça, enquanto virtude, em nenhuma de suas formas (particular ou universal). Assim, a sociabilidade, fundada na utilidade e na amizade, só é possível se esta última imperar, possibilitando, então a existência da justiça.

Aristóteles também associa a unanimidade à amizade, concluindo que a *philia*³⁶ e o consequente alcance da justiça pressupõem uma semelhança entre os indivíduos:

A amizade também parece manter unidos os Estados, e dir-se-ia que os legisladores têm mais amor à amizade do que à justiça, pois aquilo a que visam acima de tudo é a unanimidade, que tem pontos de

³⁶ Note-se, aqui, que somente o conceito ideal de *philia*, já aqui exposto, é a visão que permite o alcance da justiça.

semelhança com a amizade; e repelem o facciosismo como se fosse o seu maior inimigo. E quando os homens são amigos não necessitam de justiça, ao passo que os justos necessitam também da amizade; e considera-se que a mais genuína forma de justiça é uma espécie de amizade³⁷.

Assim, a interação subjetiva é tida como uma relação justa, pois “caracteriza-se por estar desprovida de todo interesse e de toda vontade de prejudicar, que são substituídos, neste tipo de relacionamento verdadeiramente humano, uma vez que racional e equitativo, pela reciprocidade, pela espontaneidade, pelo auxílio mútuo, pela confiança, pela igualdade³⁸”.

Outro elemento que faz aproximar a amizade da justiça, fazendo da *philia* a expressão mais genuína da justiça, é a alteridade³⁹. A comunhão com a alteridade abarca o conceito aristotélico da amizade em sua maior amplitude. Abrange-se, assim, o profano e o religioso, o laico e o sublime, o corporal e o anímico, o humano, o deídico e o animal. Segundo Marcos Alves, “essas variadas dimensões são partilhadas além das portas da família e da cidade, para receber o estrangeiro, tendo-se em conta que o homem é de natureza única de onde quer que provenha; trata-se de comunhão, e de comunhão absoluta, incorruptível e incondicional, com a alteridade⁴⁰”.

Tanto a amizade como a justiça se perfazem em um contexto de comunidade, em que o relacionamento com o outro é essencial: para cada tipo de comunidade há uma forma diferente de amizade. Dependendo da comunidade em que se está inserido (seja a comunidade familiar, dos companheiros para a prática de esportes, dos colegas universitários, dos professores, dos advogados...) estabelece-se um diferente tipo de amizade entre as pessoas. Ou, nas palavras de Aristóteles: “Todas as comunidades, por conseguinte, parecem fazer parte da comunidade política; e as espécies particulares de amizade devem corresponder às espécies particulares de comunidade⁴¹.” Consequentemente, a concepção de justiça dentro de um determinado

⁴² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 139.

⁴³ BITTAR, Eduardo C. B. *A Justiça em Aristóteles*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 170.

⁴⁴ BITTAR, Eduardo C. B. *A Justiça em Aristóteles*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 171.

⁴⁰ ALVES, Marcos Alexandre. *Justiça: equidade e amizade em Aristóteles*. *Orbis Revista Científica*, Campina Grande, Paraíba, vol. 3, número 1, 2012, p. 444.

⁴¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 149.

grupo é determinada conforme as diferentes maneiras de as pessoas se relacionarem: o grau de confiança entre os indivíduos e os variados interesses que eles possuem são fatores que contribuem para uma concepção de justiça específica de determinado grupo social. Assim, “a variedade de comunidades às quais possa pertencer um homem determina a variedade de formas de justiça que também possa haver em cada uma” dessas comunidades⁴².

Sob esta perspectiva, o grau de justiça varia de acordo com a maior ou menor proximidade entre os indivíduos, isto é, de acordo com a afeição e amizade que entre eles existem:

Há também uma diferença, por conseguinte, entre os atos que são injustos para com cada uma dessas classes de associados, e a injustiça cresce de ponto quando se manifesta para com os que são amigos num sentido mais pleno; por exemplo, é mais detestável defraudar um camarada do que um concidadão, mais odioso deixar de ajudar um irmão do que um estranho, e mais abominável ferir o próprio pai do que a qualquer outro. E as imposições da justiça também parecem aumentar com a intensidade da amizade, o que implica que a amizade e a justiça existem entre as mesmas pessoas e são co-extensivas⁴³.

Ou seja, a injustiça praticada por um indivíduo contra o seu semelhante parece ser mais reprovável do que injustiça praticada contra um ser humano que não pertença à mesma comunidade do ofensor.

No entanto, à parte das semelhanças comungadas pela amizade e pela coisa justa, não se pode esquecer que a noção de igualdade está em uma relação de inversão com essas duas últimas virtudes⁴⁴. Isso porque a justiça e amizade agem em dois domínios distintos. A amizade age junto às comunidades, figurando um caráter privado. Já a justiça ope-

⁴² BITTAR, Eduardo C. B. *A Justiça em Aristóteles*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 171.

⁴³ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 148.

⁴⁴ As diferentes concepções de igualdade na amizade e no justo: “Mas a igualdade não parece assumir a mesma forma nos atos de justiça e na amizade. De fato, na esfera da justiça o que é igual no sentido primário é o que está em proporção com o mérito, enquanto a igualdade quantitativa é secundária; mas na amizade a igualdade quantitativa é primária, e a proporção ao mérito, secundária.” In ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 146

ra na comunidade política, tendo, portanto, um caráter público. É nesse espaço público que a amizade não substitui a justiça⁴⁵.

Cada pequena comunidade particular a que o homem pode pertencer está inserida em um contexto público maior, isto é, na comunidade política. O bem geral e comum pertencente à comunidade política é o justo, que é útil para todos. Assim, percebe-se a passagem do aspecto particular para o geral: da amizade restrita à amizade mais abrangente, que faz do justo localizado o justo genérico, comum a todas as comunidades particulares⁴⁶.

Essa percepção do justo genérico, envolvendo os diferentes aspectos de caráter dos mais diversos grupos particulares, também é abordada, ainda que de forma implícita, pela doutrina do Direito Internacional Privado, como veremos no tópico que se segue.

1-A AMIZADE E O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: O DIREITO DA TOLERÂNCIA

A ideia de justiça em Aristóteles, relacionada ao conceito de amizade, relaciona-se com o Espírito da Tolerância e com o Princípio da Proximidade, valores que, segundo Jacob Dolinger, são aprofundados quando se estuda o Direito Internacional Privado⁴⁷.

Isso porque o contato com ordenamentos jurídicos de diversas partes do mundo nos faz perceber e compreender não só o direito pátrio, como também a maneira de refletir e de agir de outras culturas, de outros povos e conseqüentemente de suas expressões políticas e jurídicas.

Em meio a um conflito de leis, faz-se uso das regras de conexão para indicar a lei aplicável em determinado tipo de relação ou situação jurídica transnacional. São essas regras de conexão (previstas nos códigos, nas leis internas e, modernamente, nas convenções que criam o direito internacional privado uniformizado) que vão apontar ao internacionalista o direito mais apropriado para cada situação jurídica com algum elemento de estraneidade⁴⁸.

⁴⁵ NETO, Benedito Augusto da Silva. *Justiça e Amizade na Ética Aristotélica*. 50 f. Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Filosofia Moderna do Direito do Centro de Filosofia, da Universidade Estadual do Ceará - UECE, como requisito parcial para obtenção do grau de especialista em Direito. Fortaleza/CE, 30/04/2007, p. 43.

⁴⁶ BITTAR, Eduardo C. B. *A Justiça em Aristóteles*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 172.

⁴⁷ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 38.

⁴⁸ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado – do princípio da proximidade ao futuro da humanidade*. In *Direito e Amor e outros temas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 145-146.

Dentre as diversas regras de conexão previstas em inúmeras legislações, há aquelas que determinam como a lei aplicável para dirimir determinada controvérsia a lei que possui maior conexão e proximidade com o caso ou com as partes nele envolvidas⁴⁹.

A ideia de laços mais íntimos, mais estreitos, mais vinculados, mais próximos entre as partes e o direito a ser aplicado em muito se relaciona com o conceito de justiça em Aristóteles. Ora, se na concepção aristotélica o grau de justiça varia de acordo com a maior ou menor proximidade entre os indivíduos, isto é, de acordo com a afeição e amizade que entre eles existe, tudo nos leva a concluir que a escolha da lei mais próxima ao contexto do fato ou ato jurídico internacional em questão é a escolha que confere às partes envolvidas maior possibilidade de se resolver o litígio da forma mais justa possível, considerando as diferenças culturais e sociais que existem entre eles.

E, ainda, se na concepção aristotélica, tal como foi explicitado acima, a concepção de justiça dentro de um determinado grupo particular e fechado é determinada conforme as diferentes maneiras de as pessoas se relacionarem e, portanto, conforme os laços de amizade entre os indivíduos, no conceito mais amplo e geral pode-se enxergar o Princípio da Proximidade como o elemento que promoverá o justo genérico, dentro de um contexto público maior, isto é, na comunidade política. Isso porque, como bem menciona Jacob Dolinger, a proximidade possui um outro significado que não o de encontrar a lei mais adequada à relação jurídica: por meio deste princípio é possível promover a aproximação entre os povos⁵⁰. Nas palavras do internacionalista⁵¹:

Ao construirmos um sistema pelo qual as pessoas, físicas e jurídicas, de diferentes origens, diferentes domicílios e localizações, podem casar, contratar, comprar e vender, representar uns aos outros, pagar indenizações por danos causados, encontram-

⁴⁹ Para exemplificar, sabe-se que o critério da maior conexão ou maior proximidade com o caso é encontrado: na Lei Italiana de Direito Internacional Privado, de 1995, em seu artigo 29; no art. 14 da lei de introdução ao código civil alemão, de 1986; na Convenção de Roma sobre a Lei aplicável às Obrigações Contratuais, de 1980; na lei venezuelana de direito internacional privado, em seu art. 30.

⁵⁰ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado – do princípio da proximidade ao futuro da humanidade*. In Direito e Amor e outros temas. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 152.

⁵¹ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado – do princípio da proximidade ao futuro da humanidade*. In Direito e Amor e outros temas. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 152.

do para cada relação jurídica uma lei apropriada, equitativa, estamos facilitando estes relacionamentos, atraindo pessoas de diferentes culturas, trazendo-as juntas debaixo de um grande guarda-chuva e, assim, facilitando suas transações civis e comerciais. E a aproximação entre os povos em suas relações econômicas e sociais há de manifestar seus benefícios na arena política. Os negócios internacionais aproximam os povos distantes, ajudam a se entenderem mutuamente, e assim criam condições melhores para a paz.

Dessa forma, a tolerância entre os indivíduos pertencentes a diferentes culturas, expressa na compreensão e aplicação das leis de outras nações e no reconhecimento de sentenças das cortes de outras jurisdições, são contribuições relevantes para trazer fim à repulsa e ao ódio⁵².

Não seria, portanto, equivocado assumirmos que o Princípio da Proximidade e, por consequência, o Direito Internacional Privado, seria uma forma de promover a amizade e o liame harmonioso entre os indivíduos dentro do conceito aristotélico de comunidade política, isto é, dentro da comunidade geral que abarca todas as outras comunidades mais particulares e que é entendida como uma expressão da justiça uma vez que intenta promover o bem geral comum.

Assim, tem-se o Direito Internacional Privado como a ciência e a arte que tem como seu desiderato filosófico-político a aproximação entre os povos do mundo⁵³.

2- CONCLUSÃO

Após a análise do significado da amizade sob a perspectiva aristotélica, percebe-se que o filósofo afirma que a verdadeira amizade é aquela fundada no bem querer: entende-se um determinado indivíduo como verdadeiro amigo de outro porque ele deseja o bem deste outro sem que deseje nada em troca. A amizade baseada, portanto, no útil ou no agradável, como se viu, é uma amizade que tende a acabar rapidamente, pois que baseada somente em interesses específicos.

⁵² DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado – do princípio da proximidade ao futuro da humanidade*. In Direito e Amor e outros temas. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 153.

⁵³ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado – do princípio da proximidade ao futuro da humanidade*. In Direito e Amor e outros temas. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 153.

Ao se observar o verdadeiro sentido aristotélico da amizade em relação com a justiça, concluiu-se que o grau de confiança entre os indivíduos e os variados interesses que eles possuem são fatores que contribuem para uma concepção de justiça específica de determinado grupo social. Nesse sentido, o grau de justiça varia de acordo com a maior ou menor proximidade entre os indivíduos, isto é, de acordo com a afeição e amizade que entre eles existem.

Ao trazer esses conceitos para a perspectiva do Direito Internacional Privado, pode-se concluir que, em havendo o conflito de leis, a escolha da lei mais próxima ao contexto do fato ou ato jurídico internacional em questão é a escolha que confere às partes envolvidas maior possibilidade de se resolver o litígio da forma mais justa possível, considerando as diferenças culturais e sociais que existem entre eles.

Sob este aspecto, na chamada comunidade política de Aristóteles, onde a justiça seria a única forma de harmonizar as diferentes micro-comunidades de interesses e concepções distintas entre si, vê-se no Direito Internacional Privado, por meio do Princípio da Proximidade, uma forma de tentar promover não necessariamente a amizade, mas ao menos a tolerância e compreensão entre as comunidades particulares. O Direito Internacional Privado seria, sob este aspecto, o grande condutor do direito privado para um mundo em que as pessoas estenderão as mãos umas para as outras e os juristas de diferentes nações poderão aplicar leis de ordenamentos jurídicos diversos, visando à solução adequada e justa dos mais diversos conflitos⁵⁴.

3- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Marcos Alexandre. Justiça: equidade e amizade em Aristóteles. *Orbis Revista Científica*, Campina Grande, Paraíba, vol. 3, número 1, p. 433-450, 2012.

ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, São Paulo: Nova Cultural, 1987.

B. MARTINS, Maria Manuela. Amicitia nostra vera ac sempiterna erit: As fontes da amizade espiritual em Agostinho de Hipona. *Revista*

⁵⁴ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado – do princípio da proximidade ao futuro da humanidade*. In *Direito e Amor e outros temas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 153.

Portuguesa de Filosofia, Universidade Católica Portuguesa: Lisboa, Vol. 64, p. 209-240, 2008.

BITTAR, Eduardo C. B. *A Justiça em Aristóteles*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado – do princípio da proximidade ao futuro da humanidade*. In *Direito e Amor e outros temas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 2003.

NESCHKE-HENTSCHKE, Ada. *Die uneingeschränkt beste Polisordnung (VII–VIII)*. In *Aristoteles: Politik*. Akademie Verlag GmbH, p. 169-186, 2001.

NETO, Benedito Augusto da Silva. *Justiça e Amizade na Ética Aristotélica*. 50 f. Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Filosofia Moderna do Direito do Centro de Filosofia, da Universidade Estadual do Ceará - UECE, como requisito parcial para obtenção do grau de especialista em Direito. Fortaleza/CE, 30/04/2007.

POLO, Leonardo. La amistad en Aristóteles. *REV – Anuario Filosófico*, Universidad de Navarra, Pamplona, Espanha, vol. 32, n. 2, p. 477-485, 1999.

WHITING, Jennifer. *A concepção nicomaqueia de philia*. In *Aristóteles – A ética a Nicômaco*; Richard Kraut [et al.]; tradução de Alfredo Storck [et al.]. Porto Alegre: Artmed, 2009, p. 254-280.

WOLF, Ursula. *A Ética a Nicômaco de Aristóteles*. Tradução de Enio Paulo Giachini. São Paulo: Edições Loyola, 2010.

Artigo enviado em 23/03/2013 – Aceito em 08/04/2013.

**DIREITO CIVIL E DIREITO DO TRABALHO:
CAMINHOS QUE SE CRUZAM**
Civil Law and Labor Law: paths that cross

Márcio Túlio VIANA¹

RESUMO

Embora sirvam ambos ao sistema capitalista, Direito Civil e Direito do Trabalho têm origem e destino diferentes. O primeiro nasceu, basicamente, de cima para baixo, da elite para o povo. O segundo, ao contrário, foi produto da luta operária contra a exploração da fábrica. Hoje, no entanto, cada qual contém elementos do outro. No caso do Direito do Trabalho, sua parte “civil” avança, enquanto sua parte “trabalhista” sofre fortes tensões.

PALAVRAS CHAVE: Direito Civil - Direito do Trabalho - flexibilização

ABSTRACT: While serving both the capitalist system, Civil Law and Labor Law have different origin and destination. The first was born, basically, from the top to the bottom, from the elite to the people. The second, in contrast, was the product of workers' struggle against exploitation. Today, however, each of which contains elements of the other. In the case of Labor Law, its “civil” part progresses, while its “labor” part suffers tensions.

KEYWORDS: Civil Law - Labor Law - flexibilization

¹ Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG e Professor Adjunto da Faculdade de Direito da PUC-Minas. Doutor em Direito pela UFMG. Pós doutor junto às Universidades de Roma I e II. Maiores informações na Plataforma Lattes.

1. AS PALAVRAS QUE SE ESTRANHAM

Diz uma velha frase, atribuída a Afonso Arinos: "Liberdade, igualdade, fraternidade - palavras que se surpreendem de estarem juntas..."

Surpresa igual, provavelmente, sentiram as palavras "Direito Civil" e "Direito do Trabalho", quando - em fins do século XIX - viram-se juntas pela primeira vez, opondo-se e compondo-se entre si.

De fato, tanto o Direito Civil como o Direito do Trabalho, cada qual a seu modo, deram ao capitalismo sua base jurídica e também ideológica; e, no entanto, desde o começo, cada um se mostrava quase o avesso do outro.

Como dizia outra frase famosa, a igualdade, para o Direito Civil, era "o ponto de partida"; já para o Direito do Trabalho, era "a meta de chegada". Ou pelo menos assim parecia ser.

Na verdade, o Direito do Trabalho nunca desejou a igualdade plena, pois ela implicaria romper com um sistema do qual ele é filho - um filho rebelde, mas não desnaturado. O que o Direito do Trabalho sempre perseguiu, por isso, foi a igualdade possível.

Quanto ao Direito Civil, não tinha uma "meta de chegada", a não ser que a identifiquemos com a tão falada "paz social"; mas mesmo essa "paz" viria não tanto pelas constrictões da lei quanto pelas liberdades que a própria lei permitia, numa espécie de versão jurídica da "mão invisível" de Adam Smith..

Assim, normas imperativas de um lado, dispositivas de outro. Enquanto o Direito do Trabalho incorporava desigualdades jurídicas para compensar o desequilíbrio econômico², o Direito Civil basicamente refletia e reforçava a ordem existente.

É certo que no centro de um e de outro estava (e está) a figura do contrato. Mas o contrato de trabalho traz as cores da subordinação, o que abala a própria convicção de que seja mesmo o que diz ser³; e o seu principal sujeito - o empregado - não deixa de ter, no fundo, algo de objeto, o que também traz arrepios à tradição civilista.

A grosso modo, se retomarmos o lema da Revolução Francesa, talvez possamos dizer que o Direito Civil, especialmente em sua versão clássica, preferia enfatizar a liberdade e a igualdade formal -

² Se o diagnóstico da "questão social" foi expresso muito bem numa frase de Lacordaire - "entre o fraco e o forte, entre o rico e o pobre, é a liberdade que oprime, é a lei que liberta" -, a terapêutica foi resumida na elegante fórmula de Galart Folch - "superioridade jurídica para compensar a inferioridade econômica".

³ Entre os autores modernos que retomam essa discussão, cf. especialmente Barakat, Eduardo Milléo: A boa fé no contrato de trabalho. S. Paulo: LTr, 1998, *passim*

deixando para o Direito do Trabalho a fraternidade e um pouco de igualdade real. Mas essa divisão meio a meio também poderia ser, por sua vez, fracionada. E assim teríamos, de uma parte, o Direito Individual do Trabalho, garantindo em alguma medida a igualdade real; e de outra o Direito Coletivo do Trabalho, construído pela fraternidade - ou solidariedade - entre os trabalhadores.

Por outro lado, as palavras que falam da origem do Direito do Trabalho também surpreendem as que descrevem o nascimento do Direito Comum. É que, como sabemos, quem construiu, basicamente, as normas trabalhistas, não foram os que detinham as rédeas do poder, mas aqueles que o poder oprimia. Nesse sentido, o Direito Coletivo, construído pela comunhão de lutas e identidades, foi também veículo de construção do próprio Direito Individual.

Tiros, mortes, bombas, pancadas e ameaças estão presentes ao longo da história do Direito do Trabalho, em proporção imensamente maior que na evolução do Direito Civil. E não é de se estranhar. Afinal, enquanto o Direito Civil pode ser usado da mesma forma por qualquer cidadão, o Direito do Trabalho serve de anteparo ao choque profundo e sem fim entre o capital e o trabalho, vale dizer, entre os que têm e os que não têm os meios de produção.

O papel da classe operária na construção das normas protetivas está bem presente na greve, verdadeira metáfora da revolução e do conformismo⁴. Carnelutti a chamou certa vez de "direito contra direito". Ainda assim, o Estado teve de aceitá-la, fosse para domá-la, como a um potro bravo, fosse por ter sido, em alguma medida, também domado por ela. Mas a greve, mais que um direito, é "processo de criação de direitos"⁵. E também aqui o Direito do Trabalho mostra sua face rebelde - subversiva, mesmo - quebrando o monopólio estatal de ditar leis, através do acordo e da convenção coletiva.

E por ter sido construído assim, através da pressão dos miseráveis, nada mais natural que o Direito do Trabalho fosse chamado, no início, de "Direito Operário". Essas palavras, que em si mesmas também traziam um paradoxo, não descreviam apenas o sujeito a ser protegido - quase sempre um trabalhador de fábrica - mas a própria norma que o protegia, e que tal como ele se mostrava simples, de pés no chão, rente à vida.

⁴ Revolução enquanto se movimenta na liberdade, negando não só a subordinação, mas o próprio trabalho, e conformismo enquanto repropõe a vida na fábrica, ou seja, o trabalho subordinado.

⁵ A expressão é de Washington L. da Trindade (O superdireito nas relações de trabalho. Salvador: Editora Distribuidora de Livros Salvador, 1982, *passim*)

AS PRÁTICAS DIFERENTES

Mesmo entre nós não foi muito diferente. Ao criar a CLT, Vargas não apenas respondia a pressões emergentes da classe operária, mas tratava de evitá-las no futuro. De resto – e o que é mais importante – as normas que o país importava, um tanto ou quanto artificialmente, traziam traços de sangue dos trabalhadores europeus. Assim, fosse por uma razão ou por outra, o nosso Direito nasceu também *Operário*.

Como não poderia deixar de ser, o Processo do Trabalho refletiu a mesma origem do Direito Material, com sua tônica na conciliação, na celeridade e na simplicidade, ideais que hoje o Processo Civil incorpora com grande aparato e sem *citar a fonte*. Até mesmo a Justiça do Trabalho, por mais pomposa que possa parecer ao cidadão comum, sempre foi muito mais ágil, criativa e modesta que a Justiça Civil.

Na verdade, os próprios advogados *civilistas* costumam ser diferentes dos *trabalhistas* – especialmente os que defendem empregados. Os primeiros, habituados ao formalismo maior da Justiça Comum, tendem a se apresentar também mais formais. Entre os últimos, por várias razões, parecem ser mais numerosos os jovens e as mulheres, assim como – no outro ponto da linha – muitos profissionais que já cruzaram a meia idade, mas que por algum motivo *não deram certo*, e assim transitam de juiz em juiz com suas velhas pastas, seus paletós amassados e suas barbas por fazer, vivendo das migalhas de mingua-dos acordos.

Naturalmente, um Direito, um Processo e uma Justiça que têm como centro de gravidade o trabalho subordinado; que se destinam especialmente aos que não possuem os meios de produção; e que foram criados, em grande parte, graças à pressão dos homens simples, não poderiam mesmo desfrutar, numa sociedade de mercado, do mesmo prestígio conferido ao Direito, ao Processo e à Justiça Civil.

Não é à toa que – salvo algumas exceções – a disciplina “Direito do Trabalho” tem menos consideração nas Escolas, embora seja uma das que mais oportunidades ofereçam ao jovem bacharel. O próprio Juiz do Trabalho costuma ser menos respeitado ou admirado que o Juiz de Direito.⁶

⁶ Talvez isso explique o movimento *interna corporis* de inserir um “Federal” no título do juiz de primeiro grau e um “Desembargador” no de segundo. Aliás, a ausência de previsão legal para essas denominações já indicava, talvez, o mesmo preconceito.

Conta a História que, nos tempos antigos, as atividades que exalavam mau cheiro – como os curtumes – ou as que usavam o fogo – como a metalurgia – só podiam se instalar do lado de fora das cidades, onde também viviam os seus trabalhadores – em geral mal vistos ou desprezados. Na Grécia Antiga, em certo período, até os escultores eram pouco valorizados – em face dos pintores, por exemplo – por que seu trabalho tocava mais de perto a matéria.

Analogamente, podemos dizer que o objeto do Direito do Trabalho – ou seja, o trabalho por conta alheia, subordinado, em geral prestado por pessoas pobres – contamina os sujeitos que o tocam. Por mais que isso tenha mudado com os tempos, até hoje o juiz, o advogado, o estagiário, o procurador, o servidor, o demandante, o professor e até mesmo a CLT, o fórum, o livro de doutrina e a editora trabalhistas carregam em alguma medida a marca operária, que é a marca de uma vida e de um trabalho de *segunda classe*.

Mas não são essas, possivelmente, as únicas razões da distância entre o Direito Civil e o Direito do Trabalho, em termos de prestígio e força – dentro ou fora da área jurídica. Outras razões podem ser encontradas no modo positivista de se ver o Direito em geral, e na percepção de seu papel na sociedade.

Nesse sentido, observa Supiot que até à época da Declaração de Filadélfia, em 1944, os direitos sociais viviam sob o descaso ou a suspeita da doutrina conservadora. Afinal, superando a idéia do Direito como ciência pura, sem compromisso com a justiça, os novos juristas pareciam vê-lo como uma espécie de arte; em outras palavras, não mais apenas um “sistema de normas que não podiam ser desobedecidas”, mas “um conjunto de objetivos a atender”⁷. Tidas quase como “falsos direitos”, ou direitos pela metade, muitas das normas sociais tendiam a ser consideradas apenas programáticas, virtualmente sem força normativa. E essa marca de origem talvez nunca tenha deixado completamente de existir.

Com o passar do tempo, porém, à semelhança de um sistema de vasos comunicantes, Direito Civil e Direito do Trabalho foram se contaminando mutuamente. Na verdade, essas misturas refletiam o metabolismo do próprio sistema, que absorvia as críticas que lhe eram feitas e se tornava um pouco mais humano, ou um pouco menos desumano, e – por consequência – mais legitimado e menos ameaçado pelo *socialismo real*.

⁷ Supiot, Alain. *L'esprit de Philadelphie: la justice sociale face au marché total*. Paris: Seuil, 2010, p. 118-119.

E foi assim que, do ventre do Direito Civil, brotaram leis como as do inquilinato e mais tarde as do consumidor, incorporando traços daquele mesmo espírito tutelar e intervencionista das normas trabalhistas; ao passo que o Direito do Trabalho se tornava – por razões diferentes, como veremos – sempre mais permeável a direitos tipicamente civis, baseados na igualdade formal e na liberdade individual.

Um exemplo clássico desses implantes, no campo trabalhista, é a norma da equiparação salarial. Embora a discriminação, no caso, parta do empregador, a regra tem natureza antes comutativa que distributiva; toma em consideração dois trabalhadores entre si, e não o trabalhador em face de quem os explora.

Mais recentemente, esse processo de mistura se tornou ainda mais importante.

AS TENDÊNCIAS QUE SE OPÕEM

No que diz respeito ao seu conteúdo *civilista*, o Direito do Trabalho se expande; não se flexibiliza, não recua, não transige. Ao contrário, parece cada vez mais forte e coerente. Mas é preciso notar que só por vias travessas ele cumpre, aqui, o seu próprio ideal de repartição de riquezas⁸, pois o foco de luz que o atrai não é o mesmo que ilumina as normas típicas de proteção.

Movimento inverso acontece, no entanto, quando se trata de outros tipos de normas – estas, sim, *trabalhistas* em sentido próprio, destinadas a reduzir a mais valia, distribuindo melhor as riquezas. Aqui, embora ainda possa ensaiar um ou outro passo à frente, o Direito do Trabalho recua ou no mínimo estremece, abalado pelas pressões que acompanham cada novo surto de crise.

Esse duplo fenômeno tem causas econômicas, políticas e ideológicas, mas também se relaciona com os novos modos de pensar e de sentir. Em tempos pós-modernos, marcados pela radicalização das ideias e aspirações de liberdade e igualdade, o homem se torna avesso a regras, ignora as hierarquias, questiona as instituições, hipervaloriza o contrato.

Além disso, como vivemos também um profundo processo de subjetivação, todos nós nos sentimos muito mais sensíveis a temas como discriminações, assédios e invasões de privacidade. E, na medida em que isso acontece, as normas que coíbem essas condutas tam-

⁸ A propósito desse importante papel do Direito do Trabalho, cf. Delgado, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. S. Paulo: LTr, 2012; e Maior, Jorge Luiz Souto. Curso de Direito do Trabalho, vol. I, Parte I. São Paulo: LTr, 2011, *passim*.

bém avançam para além do Direito Civil, invadindo, como dizíamos, as fronteiras do Direito do Trabalho.

O próprio neoliberalismo entra em sintonia com essas emoções, ao ressuscitar suas receitas de mercado autorregulado, autonomia da vontade e competição generalizada. Dentro desse contexto, o Direito do Trabalho fala em flexibilizar – exatamente o verbo que as pessoas, hoje, mais conjugam em suas vidas – e a política exige um Estado mínimo, o que soa aos nossos ouvidos como um Estado menos impositivo, mais aberto, mais libertário; uma verdadeira música.

E já que os sentimentos mais íntimos parecem coincidir com as idéias gerais, tudo então interage e se potencializa, reforçando-se mutuamente. Assim como acontece com os discursos em favor de um Direito mais flexível e de um Estado menos interventor, toda a lógica neoliberal parece atender aos desejos de liberdade e igualdade, antes restrito – em termos de intensidade e no plano concreto – a minorias como artistas, filósofos, poetas e *hippies*. Daí a sua força de atração e o seu inigualável charme.

Se fosse outro o nosso enfoque, poderíamos avançar alguns passos nessa discussão, lembrando, por exemplo, que também são elementos pós-modernos a maquiagem, o disfarce, a aparência, o *show*. Ou poderíamos, talvez, citar o velho Millor Fernandes, que nas páginas da revista “O Cruzeiro” nos encantava semanalmente com uma página de deliciosas charges, sob o título de “As aparências enganam”...

Mas o nosso tema é mais restrito. Assim, voltando a ele, parece-nos interessante notar que essas idéias e emoções pós-modernas podem estar presentes – no fundo da cena – até mesmo quando os autores do nosso tempo enfatizam a importância dos princípios, em detrimento das regras, pois isso significa dar mais liberdade e poder ao intérprete, sobretudo ao intérprete-juiz⁹.

Assim, o fenômeno que hoje atinge o Direito do Trabalho é ambivalente: as pressões o tensionam de formas diferentes e contrárias, para cima e para baixo, para frente e para trás, o que o leva a repetir, curiosamente, os mesmos movimentos da linha de montagem toyotista.¹⁰

⁹ Anota Ferrarese que a tendência em favor de um Direito assim, mais *soft*, eleva a um patamar inédito a Constituição, na medida em que ela é reduto do geral, do político, do principiológico. (Ferrarese, M. R. Il diritto al presente: globalizzazione e tempo delle istituzioni. Bologna: Il Mulino, 2002, *passim*).

¹⁰ Nessa linha, segundo autores como Coriat, o fluxo de materiais desce do monte para o vale, enquanto as informações sobre as necessidades de cada segmento sobem

Já o Direito Civil vive outro tipo de dualidade. Tanto as suas normas típicas (como aquelas já referidas, ligadas à discriminação etc) avançam em forma e em força, como suas normas de natureza protetiva (como as que se dirigem ao consumidor) se mantêm firmes.

Quanto às primeiras, a tendência se explica pelas mesmas razões que as fizeram invadir o Direito do Trabalho. Como dizíamos, elas atendem - hoje, mais do que nunca - aos sentimentos e pensamentos da sociedade pós-moderna, ajustando-se ao movimento libertário geral (inclusive da economia) e o fortalecendo.

Quanto às segundas, a tendência talvez se explique pelo fato - já observado - de que o Direito Civil, ao contrário do que sucede com o Direito do Trabalho, serve a gregos e troianos, embora mais a gregos que a troianos, se pensarmos nos primeiros como *vencedores*.¹¹

Em resumo, o mesmo contexto que impulsionou para frente aqueles direitos ligados à personalidade - inclusive lhes assegurando maior proteção constitucional - pressiona para trás os direitos trabalhistas. Como diriam os chineses, *yin e yang* andam juntos outra vez.

4. CONCLUINDO

Assim, enquanto o Direito Civil avança em termos de igualdade formal, e ainda se dá ao luxo de ensaiar alguns passos no sentido de uma igualdade material que não parece incomodar os grandes interesses, o Direito do Trabalho o acompanha apenas no primeiro sentido.

Talvez se possa dizer (é algo ainda a se estudar) que a ênfase que o próprio Direito do Trabalho tem dado às questões *civis*, que não importam - exceto marginalmente - distribuição de renda, abre-lhe uma espécie de crédito para ignorar os temas realmente *trabalhistas* - o que não significa, é claro, que se deva tratá-los com menos interesse. Esse *crédito* tranqüiliza as consciências e descansa o legislador, o doutrinador e o juiz.

do vale para o monte (Coriat, Benjamin. *Penser à l'envers*. Paris: C. Bourgois, 1991, *passim*)

¹¹ Queremos dizer, com isso, que um operário ou um engenheiro "usa" o mesmo direito para tomar um café, embora, naturalmente, o direito de propriedade seja "usado" de forma maior por quem detém o poder econômico. Outra observação, também simples, é a de que as posições jurídicas se misturam e se invertem com muito mais frequência no Direito Civil que no Direito do Trabalho: hoje sou credor, amanhã posso ser devedor (de uma obrigação civil), mas dificilmente passarei de operário a empresário, ou vice e versa.

Talvez possamos concluir, também (é mais um tema a se pensar), que a expressão "gerações de direitos" - cunhada por Bobbio e superada pela idéia de "dimensões de direitos" - seja hoje mais condizente com a realidade: afinal, menos que *conviver* com os direitos de "segunda geração", os da "primeira" retomam a dianteira e pretendem - *sozinhos* - ganhar a corrida.

Mas essas tendências, é claro, são apenas tendências, se é que realmente o são; atendê-las ou pervertê-las depende também do jurista, que hoje se move com muito mais liberdade do que antes, transformando-se, de fato, num *operador* do Direito - com todos os significados (médicos, inclusive) que essa expressão, tão criticada, pode nos sugerir.

A propósito, ensina Eduardo Couture, num pequeno-grande livro, que

"O juiz é um homem que se move dentro do direito como o prisioneiro dentro de seu cárcere. Tem liberdade para mover-se e nisso atua sua vontade; o direito, entretanto, lhe fixa limites muito estreitos, que não podem ser ultrapassados. O importante, o grave, o verdadeiramente transcendental do direito não está no cárcere, isto é, nos limites, mas no próprio homem" ¹²

De uns tempos para cá, o cárcere do juiz se tornou bem mais amplo; ele dá passos mais largos, alcança espaços inéditos, inventa novos movimentos. Às vezes, como costumam fazer os presos - em fotos tão trágicas, exibidas nos jornais - ele enfia as mãos por entre as grades; e chega a tocar o mundo proibido, *de fora dos autos*, conhecendo o que antes não sabia.

Como dizíamos, a valorização dos princípios sobre as regras expressam bem essa tendência. Ela abre espaços quase inéditos à interpretação, e nesse sentido - para além de seus fundamentos teóricos - talvez responda aos anseios libertários do *próprio juiz*, que não são diferentes, basicamente, de seus anseios como homem comum, quando elege um canal de TV ou prefere certo relógio entre cem outros modelos na vitrine.

Essa liberdade maior - bem ao gosto dos novos tempos - pode ser usada para transformar a sociedade de forma positiva, mesmo

¹² Couture, Eduardo. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951, p. 87.

porque nem tudo na pós-modernidade é mau, como nem tudo na modernidade foi bom. Mas também é possível, infelizmente, usá-la em sentido destruidor, mesmo com suporte em velhos e sólidos princípios: basta interpretá-los ao avesso, como às vezes tem sido feito¹³, usando-se a mesma liberdade acrescida.

Escreve Eric Fromm¹⁴, valendo-se do mito bíblico, que o primeiro ato realmente humano foi a desobediência: ao comer a maçã, Adão afirmou sua vontade, e a partir de então se viu condenado a andar sempre para diante, escolhendo, a cada passo, o seu caminho. Ainda que tentasse voltar, não poderia fazê-lo: dois anjos, com espadas flamejantes, guardavam as portas do Paraíso.

Hoje, talvez mais do que nunca, o juiz *escolhe* – e ao fazê-lo assume, querendo ou não, o seu minúsculo (mas tão importante) grão de responsabilidade pelo que acontece no mundo.

¹³ É o que se vê, por exemplo, na idéia de que, para proteger o empregado, é preciso proteger a fonte de emprego, o que significa, quase sempre, desproteger o empregado. Outros autores chegam a negar a própria existência do princípio protetor, o que também implica, na prática, afirmar o seu contrário.

¹⁴ Fromm, Eric. O medo à liberdade. S. Paulo: Zahar, (s.d.), pp. 37-38.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CORIAT, Benjamin. Penser à l'envers. Paris: C. Bourgois, 1991
- COUTURE, Eduardo. Introdução ao Estudo do Processo Civil. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951,
- DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. S. Paulo: LTr, 2012
- FERRARESE, Maria. Rosaria. Il diritto al presente: globalizzazione e tempo delle istituzioni. Bologna: Il Mulino, 2002
- FROMM, Eric. O medo à liberdade. S. Paulo: Zahar, (s.d.),
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. Curso de Direito do Trabalho, vol. I., Parte I. São Paulo: LTr, 2011
- SUPIOT, Alain. L'esprit de Philadelphie: la justice sociale face au marché total. Paris: Seuil, 2010
- TRINDADE, Washington L. da. O superdireito nas relações de trabalho. Salvador: Distribuidora de Livros Salvador, 1982

Artigo recebido em 31/01/2013 – Aprovado em 27/02/2013

O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A RESPONSABILIDADE APLICADA ÀS ATIVIDADES EXERCIDAS PELAS AGÊNCIAS DE TURISMO¹

Maria Aline Araújo de Oliveira GEOFFROY²

Isabella Lambert de ANDRADE³

RESUMO

Trata-se de uma comparação dos sujeitos e os requisitos da relação de consumo com os elementos do sistema turístico, a fim de caracterizar a atividade realizada pelas agências de turismo, partindo do pressuposto de que as mesmas exercem função incompatível com a teoria finalista adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, em virtude de realizarem atividade de intermediação entre o consumidor e o fornecedor direto do serviço. Será feita uma análise dos dispositivos legais que versam sobre a relação de consumo regulamentada pelo CDC e a responsabilidade dessas agências, demonstrando como pode se tornar onerosa a obrigação de indenizar prejuízos dos consumidores em razão de defeito do serviço, e uma possibilidade de relativizar essa responsabilidade, comparando à legislação portuguesa.

PALAVRAS-CHAVE: Código de Defesa do Consumidor. Agência de turismo – responsabilidade civil. Agência de turismo - Função intermediária.

¹ Este trabalho é um recorte das investigações realizadas pela autora para o Trabalho de Conclusão de Curso do Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos/Campus Barbacena, intitulada "A responsabilidade civil das agências de turismo", defendida no segundo semestre de 2012.

² Doutora em Ciências Jurídico-Sociais pela UMSA, Mestre em Direito, Estado e Cidadania pela Gama Filho, Professora Titular na Universidade Presidente Antônio Carlos, em Barbacena, Tabela Substituta do Cartório do Primeiro Ofício de Notas de Barbacena.

³ Acadêmica do 10º período do Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC/Campus Barbacena.

INTRODUÇÃO

Devido à importância do setor turístico para o desenvolvimento nacional vemos que há necessidade de uma normatização mais específica, a fim de atribuir maior segurança jurídica às relações entre consumidores e agências de turismo, incrementando ainda mais o potencial turístico do país.

Há algumas questões que serão esclarecidas ao longo de tal artigo, quais sejam, se as leis que regulamentam a relação entre consumidor e agência de turismo atualmente proporcionam a segurança jurídica necessária para a cobertura de eventuais danos que possam ocorrer durante a prestação dos serviços contratados; e se a responsabilidade atribuída às agências de turismo pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) é proporcional à atividade por ela prestada.

O ponto de partida é a comparação entre o sistema legal adotado pelo CDC e da atividade exercida pelas agências de turismo, analisando se tal dispositivo legal é compatível com a atividade intermediária exercida pela mesma, a fim de demonstrar o impacto que a utilização de uma lei geral pode causar na relação entre agência e consumidor.

1. AS AGÊNCIAS DE TURISMO

O Decreto 84.934/80 que dispõe sobre as atividades e serviços das Agências de Turismo em seu art. 4º diz que agência de turismo é gênero que se subdivide em duas espécies, quais sejam, agência de viagens e agência de viagens e turismo. Hoje em dia o vocábulo mais utilizado é agência de turismo e operadoras de viagens. Portanto, neste trabalho, as expressões utilizadas serão agências de turismo (gênero) e operadoras.

1.1 Conceito jurídico da agência

O *caput* do artigo 27 da Lei 11771/08 (Lei Geral do Turismo), traz o conceito jurídico atual das agências de turismo: "Compreende-se por agência de turismo a pessoa jurídica que exerce a atividade econômica de intermediação remunerada entre fornecedores e consumidores de serviços turísticos ou os fornece diretamente" (grifo nosso).

Note-se que o papel da agência é o de oferecer o serviço que melhor se encaixe no perfil do consumidor, tendo com o mesmo um

contato primário e direto, bem como com os fornecedores elas devem ter tal contato direto. Insta salientar que são as agências que conhecem os perfis consumidores, e elas que são a mola mestra do mercado de consumo, posto que é através delas que os fornecedores tomam conhecimento dos anseios do mercado.

1.2 Diferença entre agências e operadoras

Operadoras são as pessoas jurídicas que tem como atividade essencial a organização, contratação e execução de pacotes turísticos.

Já agências de turismo são aquelas que tem por função primordial a venda dos pacotes. Nada obsta que algumas empresas de turismo organizem ou criem pacotes turísticos, mas a função mais comum das mesmas é de atuar como vendedora de um pacote formulado pela operadora.

2 A RELAÇÃO DE CONSUMO TURÍSTICA

2.1 As partes envolvidas na relação de consumo

2.1.1 Consumidor

Infere-se do artigo 2º do CDC, o conceito de consumidor, qual seja, "consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". Ante tal conceito, a doutrina pátria formulou duas correntes que advêm da expressão "destinatário final", descrito na parte final do artigo supramencionado.

Segundo a teoria finalista ou subjetiva, como tal nome diz, leva-se em conta a pessoa que está adquirindo ou utilizando os bens ou serviços, adotando-se um conceito mais restrito de consumidor, qualificando-o como destinatário final.

Já na teoria maximalista ou objetivista, o conceito legal de consumidor pode ser interpretado da forma mais ampla possível, como destinatário fático do produto, deixando de lado o aspecto subjetivo do consumidor como ente vulnerável, pois ainda que a aquisição de bens ou serviços promova um incremento da atividade negocial do adquirente, o mesmo poderá ser considerado consumidor. Descaracterizando o conceito restrito que afirmava ser consumidor somente o destinatário final da aquisição de bens ou serviços.

Cumpramos ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor utiliza-se da teoria finalista para conceituar consumidor, porém, o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais estão entendendo que tal teoria

deve ser aplicada de forma mais branda ou flexível, ampliando a interpretação de destinatário final para reconhecer que, ante a vulnerabilidade de alguns profissionais ou empresas que não são destinatários finais, posto que transformam o produto em outro, caracterizando-se como consumidores⁴.

Isso posto, conclui-se que consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire produtos ou utiliza serviços, demonstrando certa vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica.

2.1.2 Fornecedor

Tem-se agora a necessidade de conceituar fornecedor, que se encontra muito bem qualificada no artigo 3º, *caput*, do CDC, que assim dispõe:

“Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

Pode-se inferir do artigo que a controvérsia havida ao conceituar o consumidor, não existe em tal caso. Isto porque o CDC ao conceituar fornecedor, procurou fazê-lo de modo mais amplo possível. Tal atitude se explica pela lógica de que se o consumidor é hipossuficiente da relação, o mesmo deve ser conceituado de forma a determinar quem é esse sujeito que necessita de proteção. Por outro ponto, para que tal proteção seja efetiva, tem-se o conceito de fornecedor, no sentido mais amplo possível, associando-o ao sujeito que pratica atividades empresariais típicas, já que o mesmo tem como objeto precípua a obtenção de lucro que advém do proveito obtido da relação de consumo.

Há uma identificação entre o conceito de empresário e o conceito de fornecedor disposto no CDC, desta forma o empresário sem-

pre pode determinar-se como fornecedor, motivo pelo qual, se faz tal associação. Porém, não se pode restringir o campo de incidência do conceito de fornecedor, ao empresário em geral, nem à finalidade lucrativa, pois há situações especiais, como dos artistas que prestam serviços autônomos e específicos, dos entes sem fins lucrativos, fundações, e cooperativas.

Daí se parte para uma questão interessante, por ser o conceito de fornecedor amplo, é que se torna relevante a qualificação do mesmo em espécies, que, segundo Brito (2001, p.39, *apud* PROENÇA, 2009, p.105), facilitará na forma de responsabilização dos mesmos, bem como, na via regressiva, a fim de que seja obtida a proteção que o CDC visa a oferecer aos consumidores.

Para melhor compreensão vale a pena citar o caso comum de grandes supermercados que comercializam produtos que não são de sua fabricação, mas por ter o consumidor a confiança no estabelecimento adquire seu produto. Sendo assim, o supermercado é, em regra, responsabilizado solidariamente pelos danos causados ao consumidor pelo produto colocado em comercialização por ele.

Portanto conclui-se que o conceito de fornecedor está atrelado ao sujeito que tem ligação direta ou indireta, fornecendo produto ou prestando serviço, com ou sem fins lucrativos, demonstrando certa “superioridade” com relação ao consumidor.

Na relação de consumo turística classificam-se como fornecedor a agência, que tem o contato primário e direto com o cliente, as operadoras que criam os pacotes turísticos e contratam os serviços de terceiros, e os hotéis e afins que são os verdadeiros prestadores do serviço contratado pelo consumidor, que é o turista ou o usuário desses serviços.

2.2 As atividades prestadas pelas agências de turismo

As agências são prestadoras de serviços turísticos e em regra exercem atividades de intermediação, mas podem exercer de forma complementar outras atividades ligadas ao ramo turístico.

São atividades de intermediação prestadas pelas agências: as ofertas, reservas e venda de passagens, meios de hospedagem, bem como programas educacionais e de aprimoramento profissional, todas elas elencadas no parágrafo 3º do artigo 27 da Lei Geral do Turismo.

⁴ Vide REsp 541.867-BA, rel. Min. Barros Monteiro –RSTJ vol. 200/260, *apud* PODESTÁ, 2010, p. 59: “A aquisição de bens ou utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como atividade de consumo intermediária” (grifo nosso).

Já as atividades complementares estão dispostas no parágrafo 4º, do artigo 27, da mesma lei. Podemos citar algumas como: obtenção de passaportes, vistos ou qualquer outro documento necessário à realização de viagens; transporte turístico; desembaraço de bagagens em viagens e excursões; locação de veículos; obtenção ou venda de ingressos para espetáculos públicos, artísticos, esportivos, culturais e outras manifestações públicas; dentre outras, que não são atividades típicas, mas podem ser exercidas pelas empresas turísticas.

2.3 Contratos de turismo

Via de regra os contratos de turismo são, segundo a classificação de Atheniense (2004, p. 39/40), atípicos, já que não possui dispositivos legais específicos, seguindo a regra geral; bilaterais, pois as vontades das duas partes envolvidas estão presentes; onerosos, posto que cria obrigações para ambas as partes; e comutativos, possuindo prestações previamente conhecidas. Há também quem os classifique como contrato de adesão, qual seja, aquele ao qual o consumidor adere a todas as cláusulas ao assiná-lo, já que não há possibilidade de modificação de uma cláusula sem prejudicar o contrato num todo.

Hoje em dia, está difundido a modalidade de contrato de turismo na forma de pacote turístico. Tal contrato é formulado pelas operadoras, e garantem prestações feitas por terceiros, como fornecedores de passagens aéreas, bilhetes de parques, e etc. E vem sendo muito utilizado pelo fato de conter vários serviços que serão usufruídos pelos consumidores no local de destino que não precisam ser contratadas pessoalmente pelo turista, já que a própria operadora se encarrega de contratar. Além disso, nessa modalidade de contratação as operadoras, na maioria das vezes, conseguem preços melhores, já que fazem uma contratação de grande vulto.

A operadora após elaborar o pacote turístico, envia-o para as agências que realizam a venda direta. Observa-se que há uma relação em teia nesse tipo de contratação, que para ser bem visualizada temos o exemplo: a operadora contrata com a bilheteria do parque, com o hotel da cidade e com a van que transportará o turista do hotel para o parque, esse contrato tem o nome de pacote turístico. Esse pacote é repassado às agências que ao serem contactadas pelos turistas, vendem os pacotes de serviços contratados pelas operadoras. Tem-se, então, formada a relação contratual turística.

Sobre a responsabilidade civil por dano eventual ocorrido na prestação do serviço no caso de contratação de pacote turístico, Marques (1999 p. 255, *apud* ATHENIENSE, 2004, p. 40) afirma:

“[...] No caso, a relação contratual do consumidor é com a agência de viagem, podendo exigir desta a qualidade e a adequação da prestação de todos os serviços que adquiriu no pacote turístico contratado, como se os outros fornecedores seus prepostos fossem [...] O resultado prático da inversão de papéis e da imposição legal de novos deveres aos fornecedores, também no ramo de turismo, foi reconhecida pela jurisprudência de uma nova responsabilidade (própria e solidária) para agências de viagem às quais comercializaram os chama de pacotes turísticos e passam a ser responsáveis pela atuação de toda uma cadeia de fornecedores por eles escolhidos e previamente contratados.”

Conclui-se, portanto, que a agência, mesmo não sendo a contratante direta do serviço, responde pelos danos causados pelos prestadores diretos dos serviços, por deter do turista a confiança.

2.4 O Código de Ética do agente de viagens

Em 1992, foi realizado o XX Congresso Brasileiro de Agências de Viagens, quando foi aprovado o Código de Ética do agente de viagens, que em seus artigos 25 a 34 cuidou de regulamentar as relações existentes entre as agências e os consumidores.

Algumas das regras impostas por tal Código são: clareza nas ofertas, destacando as restrições; orientação aos consumidores na hora da escolha do serviço; oferecer serviços que tenha condições de cumprir; informar os documentos e requisitos necessários à viagem; emissão de recibos detalhados.

Nota-se que há várias imposições que decorrem dos deveres legais de informações claras, da presteza dos serviços e tantos outros princípios consagrados no CDC.

Ressalta-se que em virtude do contato direto com o consumidor ser feito pela agência, o Código a atribuiu um papel de garanti-

dora dos serviços turísticos, tal papel está explícito no artigo 31, de tal Código de Ética (1992) 5, a seguir:

“As reclamações formuladas pelos consumidores deverão ser respondidas com presteza pelas agências de viagens que venderam os serviços, vedada a simples transferência de responsabilidade para a agência de viagens operadora dos serviços ou para os seus fornecedores, sem prejuízo de regresso.”

Portanto, apesar do Código de Ética não ser um ato normativo emanado do Poder Legislativo, o mesmo deve ser observado obrigatoriamente por todas as filiadas à Associação Brasileira de Agências de Viagens – ABAV, e aplicado em caráter subsidiário nos demais casos de não filiadas, já que tem como condão reafirmar os princípios protecionistas e garantir maior segurança aos consumidores.

3. A RESPONSABILIDADE IMPUTADA ÀS AGÊNCIAS DE TURISMO EM VIRTUDE DA RELAÇÃO DE CONSUMO EXISTENTE E DA CLASSIFICAÇÃO DA ATIVIDADE POR ELAS EXERCIDAS

Adentrando-se na esfera da responsabilidade civil das agências de turismo, importante ressaltar, que há dois tipos de responsabilidade, a interna, que decorre da relação entre os demais fornecedores e a externa, que decorre da relação com o consumidor. A responsabilidade interna é a solidária. Já a externa é sempre objetiva, que é a regra aplicada às relações de consumo.

3.1 A responsabilidade das agências perante o consumidor

3.1.1 Aspectos históricos da responsabilidade civil na relação de consumo

Antes de surgir o Código de Defesa do Consumidor, a relação de consumo era regulamentada pelas regras gerais de responsabilidade, não havendo ainda a proteção do consumidor como hipossuficiente.

Em síntese, o caminho percorrido pela responsabilidade até se chegar ao vínculo jurídico direto entre o fabricante e o produto foi longo, e segundo Cavalieri Filho (2010, p. 483), houve um deslocamento de responsabilidade da conduta para o fato danoso:

⁵ <http://www.abav-pr.com.br/index.php?opcao=codigo>

S” [...] Aos poucos a responsabilidade foi deslocada da conduta do autor do dano para o fato causador do dano. Identificou-se um dever de guarda pela coisa perigosa, uma cláusula de incolumidade na atividade de risco, até se chegar a um dever de segurança ou garantia de idoneidade pelo produto lançado no mercado.”

Com o Código Civil de 1916 foi implementada a responsabilidade direta pelo exercício da atividade de risco, aproximando-se mais ao conceito de responsabilidade objetiva atual, que adveio com a Constituição de 1988 atribuindo aos entes da administração pública em seu artigo 37, §6º, responsabilidade direta pelos atos de seus agentes, resguardando direito de regresso.

Inspirado em todas essas mudanças e optando pelo tipo de responsabilidade que melhor se encaixasse no sistema protecionista, é que o CDC se valeu da responsabilidade objetiva direta, fundada na teoria do risco do empreendimento.

A teoria do risco do empreendimento complementa a responsabilidade objetiva, instituindo o dever de responder por eventuais danos àquele que exerce atividade de consumo, ou seja, a assunção da responsabilidade ante o possível risco normal que se possa ter na relação de consumo.

3.1.2 Alguns princípios da relação consumerista aplicados à atividade das agências de turismo

3.1.2.1 Princípio da reparação integral

Aplica-se com a cumulação de dois dispositivos do CDC, os artigos 6º, inciso VI e o artigo 51, I.

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...] VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o con-

sumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;"

De tal princípio infere-se a impossibilidade de pactuação que exonere, ou atenua a responsabilidade de indenizar, vedando, assim, as cláusulas de não indenizar, exigindo a reparação integral do dano.

3.1.2.2 Princípio da informação

Disposto no inciso III, do artigo 6º, do mesmo Código, é também direito do consumidor ter acesso às informações necessárias, adequadas, e ostensivas, de forma clara.

Está intimamente ligado ao princípio da prevenção, posto que o consumidor estará ciente dos eventuais riscos do consumo de certo produto ou serviço, os quais que se estiverem claramente informados, poderão prevenir a ocorrência de eventuais danos.

Tal princípio é importantíssimo para a relação de consumo, já que no caso em que o fornecedor estiver informado corretamente e claramente, o mesmo não responde pelos riscos inerentes ao produto ou serviço.

3.1.2.3 Princípio da segurança

Extrai-se da interpretação do §1º, do artigo 14, do CDC, que dispõe expressamente que: "O serviço é defeituoso quando não oferece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:[...]" (grifo nosso)..

Tem-se o dever de segurança considerado como o fundamento da responsabilidade do fornecedor por Cavalieri Filho (2010, p. 486/487), que assim dispõe:

"[...] O risco, como sempre repetimos, por si só não gera a obrigação de indenizar. A responsabilidade só surge quando há violação do dever jurídico correspondente. Que dever jurídico é esse? Quando se fala em risco, o que se tem em contrapartida é a ideia de segurança. Por isso, o dever jurídico que se contrapõe ao risco é o dever de segurança. E foi justamente esse dever que o CDC estabeleceu para o fornecedor de produtos e serviços. Em suma,

para quem se propõe fornecer produtos e serviços no mercado de consumo, o CDC impõe o dever de segurança; de só fornecer produtos e serviços seguros, sob pena de responderem independentemente de culpa pelos danos que causar ao consumidor."

3.1.3 A Responsabilidade adotada pelo CDC

O CDC adota o sistema da responsabilidade objetiva, ou seja, para que haja o dever de indenizar basta a existência da conduta ilícita do agente e o nexo de causalidade entre a conduta e dano sofrido, que fundamenta o dever de indenizar no risco da atividade. E no caso da relação de consumo, existindo tal risco o mesmo não poderá ser transferido para o consumidor ante a sua hipossuficiência.

Em virtude do sistema protecionista e com relação à adoção da teoria da responsabilidade objetiva, importante citar o comentário feito por Podestá (2010, p. 137):

"Na consideração dos interesses dos agentes econômicos e por conta do atual contexto socioeconômico não há dúvida, portanto, que a melhor forma de promover o equilíbrio é a consagração da responsabilidade objetiva a qual, em termos de eficiência bem se associa a função relacionada ao risco e a possibilidade legalmente consagrada pelo Código do Consumidor de conferir meios de defesa ao fornecedor para exonerar-se do dever de indenizar, todos eles em si, direcionados a caracterização do nexo causal."

A escolha da adoção da responsabilidade objetiva para ser aplicada ao CDC como regra, bem como a forma como tal tema foi abordado no referido diploma legal, segundo Podestá, foram compatíveis com os seus princípios, fornecendo a segurança jurídica necessária à relação de consumo.

Insta salientar a figura da responsabilidade solidária, expressa no parágrafo único do artigo 7º, e parágrafo 1º do art. 25, ambos do CDC, que se baseia no fato de que todos os causadores do fato danoso devem reparar os danos causados, sendo o tipo responsabilidade indivisível, consagrando, mais uma vez, a proteção ao hipossuficiente.

3.1.4 Casos de alteração ou cancelamento do programa de viagem

Quanto à possibilidade de alteração contratual, observaremos as seguintes hipóteses admitidas pela Deliberação Normativa 161/85, EMBRATUR, item 5.1 e seguintes⁶:

Alteração na sequência de programa para manter ou melhorar a qualidade da programação ou atender caso fortuito ou força maior;

Variações cambiais, aumento de tarifas públicas e aumento de preço de hotéis no exterior, em descumprimento a acordo anteriormente firmado com a operadora nacional, desde que previamente justificados perante a EMBRATUR.

O caso de cancelamento de programa também admitido pela Deliberação supracitada, ocorre quando não atinge o número mínimo de participantes quando este for requisito do programa, desde que previamente comunicado ao consumidor, de acordo com o direito de informação, antes da contratação, o consumidor deve ser comunicado de tudo o que está contratando, já que a boa fé contratual impera.

A hipótese acima descrita poderá não ser cancelada, se por opção do consumidor, o mesmo requeira que o preço seja recalculado com base no número de participantes do programa.

Todas as alterações e cancelamentos deverão ser previamente comunicadas ao consumidor, mais uma vez, obrigação decorrente dos princípios protecionistas do CDC e das regras contratuais da boa-fé.

Há outros casos de cancelamento do contrato que excetuam o caso fortuito ou força maior, mas para eles poderá ter sanções no caso de culpa de uma das partes, decorrentes da quebra da boa-fé contratual, são as chamadas cláusulas penais, que poderão vir expressas no contrato.

Tais casos estão expressos nos itens 7.1 e 7.2 da Deliberação Normativa 161/85⁷:

“7.1 - Constituirão motivos para o cancelamento, por parte do usuário, decorrente de culpa ou iniciativa da agência:

a) modificações de preço, não previstas no item 5.2, e/ou nas condições para seu pagamento;

b) não realização da viagem ou excursão;

c) redução do número de localidades ou atrativos turísticos, ou sua substituição, não verificada na forma do item 5.1,

d) alterações nos tipos e categorias dos empreendimentos turísticos e das demais áreas, instalações, equipamentos e serviços prometidos, ressalvada a ocorrência comprovada de caso fortuito ou de força maior, em que se admitirá a substituição por estabelecimento similar, em localização, tipo e categoria, inclusive quanto as acomodações a serem oferecidas, no caso de meios de hospedagem.

7.2 - Constituirão motivos para o cancelamento, por parte da agência de turismo, decorrentes de culpa ou iniciativa do usuário:

a) não pagamento do preço na forma e valores acordados;

b) desistência do usuário antes, na hora de embarque ou durante a viagem ou excursão;

c) não cumprimento, pelo usuário, de suas obrigações durante a excursão, inclusive em decorrência de conduta inconveniente, descumprimento de horários e outros procedimentos previstos no programa de viagem ou excursão.”

Ocorridas as hipóteses anteriormente citadas, por culpa das partes, antes do início do programa, por iniciativa da agência, a mesma deverá reembolsar o que foi pago; ou oferecer um programa alternativo; ou conceder crédito ao consumidor para os próximos programas, sendo que todos os valores deverão ser atualizados e corrigidos. Se for antes do programa, mas por iniciativa do usuário, deverá o mesmo comunicar à agência a sua substituição, no caso em que puder ser substituído por outrem; ou entrar em acordo com a agência para participar de um outro programa; ou perda em favor da agência dos valores pagos, conforme pactuado, ou de acordo com as normas legais.

No caso de ocorrência das hipóteses após o início do programa, se for por iniciativa da agência, a forma de reparação será idêntica à citada anteriormente, já no caso de iniciativa do usuário, além da perda em favor da agência do valor pago, quando for programa turístico especial, os ressarcimentos, pagamentos e indenizações obedecerão a disposições próprias a serem submetidas à aprovação prévia da

⁶ <http://www.portaleducacao.com.br/turismo-e-hotelaria/artigos/4275/deliberaacao-normativa-n-161-de-09-de-agosto-de-1985>

⁷ <http://www.portaleducacao.com.br/turismo-e-hotelaria/artigos/4275/deliberaacao-normativa-n-161-de-09-de-agosto-de-1985>

EMBRATUR pelas representações de classe das agências de turismo ou pelas empresas interessadas.

Importante lembrar que tais regras supracitadas estão estabelecidas na Deliberação Normativa 161/85, anteriores ao CDC, já que o mesmo é de 1990. Com o advento do CDC, o mesmo tornou-se regra para as relações de consumo em geral, inclusive para as relações entre agências e turistas. Portanto, aplicam-se as regras do CDC e subsidiariamente as disposições da Deliberação Normativa por configurar norma específica.

Convém observar, que as regras do CDC não são diferentes das apresentadas pela Deliberação, posto que no caso de vício ou fato do serviço, cabe ao consumidor com fulcro no art. 20, "a reexecução dos serviços; a restituição imediata da quantia paga, atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; e o abatimento proporcional do preço". Se for o caso de recusa do cumprimento da oferta, o consumidor poderá escolher alternativamente: "Exigir o cumprimento forçado da obrigação; aceitar a prestação de serviço equivalente; ou rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos".

Portanto, tanto o CDC quanto a Deliberação Normativa, apresentam soluções plausíveis, sendo que a Deliberação poderá auxiliar melhor na fixação de cláusulas contratuais, já que não vão de encontro com o CDC, que é a norma geral e garantem maior segurança jurídica à relação, por ser mais específica ao caso.

3.2 A responsabilidade das agências nas relações internas

3.2.1 Responsabilidade solidária

Decorre do princípio da solidariedade a invalidade de cláusulas que eximem o fornecedor de se responsabilizar sobre eventuais danos, bem como a indivisibilidade da responsabilidade, sendo todos os fornecedores envolvidos na relação, responsáveis em igualdade, cabendo ao que for acionado o direito de regresso em face dos outros.

No caso das agências de viagens, o fato do dano ocorrer, por exemplo, no hotel, não a exime de ter responsabilidade, posto que quem contrata o serviço do hotel é a agência, e mesmo que o responsável pelo dano seja identificado, como ocorre no exemplo dado, a mesma como fornecedora, responde de acordo com o CDC,

solidariamente em virtude de um fato ou vício do serviço. Após, cabe à agência o direito de regresso contra o hotel, que também atuou como fornecedor do serviço.

É bem comum nos depararmos com uma cadeia de fornecedores no sistema turístico, fato que, na maioria das vezes, confunde o consumidor, fazendo com que ele recorra ao fornecedor com quem teve o contato direto, ou seja, a agência, já que a mesma foi quem vendeu o serviço ou o pacote de viagem.

A legislação nacional é preocupada com essa situação, pois há uma grande possibilidade de onerar a agência mais do que ela pode suportar. Em virtude desse argumento é que o § 6º, do art. 27, do Projeto da lei Geral do Turismo, previa que a responsabilidade solidária só se aplicaria no caso da agência, se não houvesse a possibilidade de identificação do fornecedor direto do serviço, ou se fosse empresa estrangeira sem representação no país.

Outro Projeto de Lei que tentou afastar a aplicação da responsabilidade solidária do CDC, foi o de nº 5.120-C/018, que em seu art. 13, assim dispôs: "A agência de Viagens vendedora de serviços turísticos de terceiros, incluindo os comercializados pelas operadoras turísticas, é mera intermediária desses serviços e não respondem pela sua prestação e execução".

Ambos os projetos não tiveram apoio suficiente para vigorarem como lei, pelo argumento de que não estavam em consonância com o princípio da proteção ao consumidor consagrado pela Carta Magna, já que as agências poderiam em virtude de não terem mais a obrigação de reparar os danos causados pelos prestadores diretos do serviço, não se preocupar mais em oferecer serviços de qualidade, prejudicando assim, o consumidor.

Portanto, o sistema legal de responsabilidade da agência de turismo atualmente é o CDC, que tem como regra a responsabilidade objetiva e solidária.

3.2.2 A responsabilidade das agências pelos atos dos prepostos

Mesmo que autônomos, as agências são responsabilizadas pelos atos de seus prepostos, e com a aplicação do art. 34 do CDC, as operadoras também são responsabilizadas pelos atos dos terceiros prepostos, de forma solidária.

⁸ www.camara.gov.br - Comissão de Turismo e Desporto

Sobre tal assunto, mister se faz citar a Deliberação Normativa nº 161/85 da Embratur, em seu Anexo I, itens 1.2, 1.3 e 2.29:

“1.2 A agência de turismo é diretamente responsável pelos atos de seus prepostos, inclusive os praticados por terceiros por eles contratados ou autorizados, ainda que na condição de autônomos, assim entendidas as pessoas físicas por ela credenciadas, tácita ou expressamente, limitada essa responsabilidade enquanto os autônomos ou prepostos estejam nos estritos limites de exercício do trabalho que lhes competir, por força da venda, contratação e execução do programa turístico operado pela agência. [...]1.3 A agência de turismo é responsável: a) pelo transporte, hospedagem, refeições, traslados, passeios locais e demais serviços turísticos, quando incluídos no programa da viagem ou excursão; b) pelo transporte e garantia das bagagens dos participantes [...]2.2 Cumprir o programa de viagem ou excursão, na forma em que foi acordado, bem como nas condições previstas em qualquer oferta ou divulgação do programa de viagem ou excursão, especialmente as referentes: a) aos serviços oferecidos;”

4.A LEGISLAÇÃO PORTUGUESA

Em 06 de maio de 2011, o Governo de Portugal procedeu-se uma revisão da Lei que regulava as agências de turismo e viagem, editando o Decreto Legislativo 61/1110.

O Decreto prevê entre outras disposições, a criação de um Fundo de Garantia de Viagens e Turismo (FGVT), formado por contribuições de todas as empresas que atuam no mercado intermediando a venda de serviços turísticos, cujo valor total é proporcional ao número de agências registradas, com o fim de ressarcir o consumidor, na ocorrência de casos de descumprimento de obrigações pelos fornecedores.

⁹ <http://www.portaleducacao.com.br/turismo-e-hotelaria/artigos/4275/deliberacao-normativa-n-161-de-09-de-agosto-de-1985>

¹⁰ <http://www.turismodeportugal.pt/Portugu%C3%AAs/conhecimento/legislacao/licenciamentoeutilidadeturistica/agenciasdeviagenseturismo/Pages/Ag%C3%AAsdeViagenseTurismo.aspx>

Segundo a nova legislação as agências tem que contribuir com um montante estipulado no art. 32, 111, qual seja com € 6000 as agências vendedoras; e com € 10 000 as agências organizadoras e as que sejam simultaneamente vendedoras e organizadoras.

O fundo será gerido pelo Estado, representado por um órgão público vinculado ao Ministério da Economia, da Inovação e do Desenvolvimento, responsável pelas políticas da atividade turística no país.

A responsabilidade do Fundo é solidária, e configura-se pelo pagamento da totalidade dos créditos dos consumidores, resultantes do inadimplemento das obrigações, reforçando a fiscalização e atribuindo à autoridade competente a aplicação de medidas cautelares ou de urgência, garantindo um efetivo ressarcimento dos consumidores

Há também, um outro tipo de garantia de ressarcimento dos danos causados aos consumidor, que já tinha uma previsão legal no Decreto anterior, mas que foi aprimorado, qual seja, o seguro de responsabilidade civil. Esse seguro obrigatório cobrirá os danos morais e patrimoniais cobrindo os riscos da atividade (despesas com repatriamento e assistência 15 dos clientes e assistência médica e medicamentos necessários em caso de acidente ou doença ocorridos durante a viagem), cujo montante mínimo de cobertura é de € 75 000, de acordo com o artigo 3512 do Decreto.

Quanto à responsabilidade civil, a regra geral foi que as agências são responsáveis diretamente pelo correto cumprimento das obrigações resultantes da venda de viagens turísticas. Porém faz a distinção que no caso de viagens organizadas as agências vendedoras respondem pelos fatos causados por terceiros, sem prejuízo do direito de regresso, ou quando for comprovado o erro ou culpa da mesma, e que a agência organizadora responde solidariamente com as vendedoras.

Nota-se a preocupação com a satisfação dos consumidores, e com a realização das atividades turísticas de forma mais efetivas, já que na parte introdutória a lei dispõe da seguinte forma:

¹¹ <http://www.turismodeportugal.pt/Portugu%C3%AAs/conhecimento/legislacao/licenciamentoeutilidadeturistica/agenciasdeviagenseturismo/Pages/Ag%C3%AAsdeViagenseTurismo.aspx>

¹² <http://www.turismodeportugal.pt/Portugu%C3%AAs/conhecimento/legislacao/licenciamentoeutilidadeturistica/agenciasdeviagenseturismo/Pages/Ag%C3%AAsdeViagenseTurismo.aspx>

“Menos burocracia, procedimentos mais rápidos e desmaterializados, o deferimento tácito, o acesso mais fácil ao exercício da actividade e uma maior responsabilização dos agentes económicos pela actividade que desenvolvem tornam o mercado de serviços mais competitivo, contribuindo para o crescimento económico e para a criação de emprego. Complementarmente, são intensificados os instrumentos de fiscalização e garante-se aos consumidores uma maior transparência e mais informação.”

Como nem todas as leis conseguem satisfazer todos os interesses, a crítica com relação a tal diploma legal, foi com base na alegação de “os justos pagariam pelos pecadores”, já que se uma empresa precisasse poderia retirar do fundo o capital necessário para indenização, contribuição feita por todas as empresas, não só por ela. Por outro lado, após a retirada do capital, a empresa tem um prazo de restituição ao fundo, ou seja, o dinheiro será restituído para que todos possam usufruir do fundo se necessário.

5. CONCLUSÃO

Ante todo o conteúdo exposto, demonstra-se de um lado a preocupação com o fato de que se relativizarem a responsabilidade da agência a mesma poderia deixar de se preocupar em proporcionar o melhor serviço ao consumidor, causando ainda mais insegurança às relações. Preocupação muito interessante, posto que já que a Constituição adota o princípio da proteção do consumidor, se houver alguma mudança quanto à aplicação de regras às relações de consumo, que seja para dar maior segurança.

De outro lado, o que ocorre é que as pequenas agências nem sempre tem o poder de escolher os fornecedores dos serviços, muitas das vezes eles são escolhidos pelas operadoras de viagem, e como a contratação é feita na agência, o consumidor ao ingressar na via judicial a fim de ter seu dano reparado, aciona, via de regra, a agência. Porém a mesma, por ser empresa intermediária, corre o risco de não suportar os ônus das indenizações, desequilibrando a relação existente, e não satisfazendo o consumidor, que mesmo tendo uma sentença procedente ao executá-la, não consegue ser ressarcido. Tudo por causa da responsabilidade recaída sobre as agências ser desproporcional à atividade por ela desenvolvida.

Verifica-se que a preocupação quanto ao ressarcimento efetivo dos consumidores, não é só no âmbito jurídico nacional, mas no internacional também, como é exemplo a lei portuguesa.

A solução dada pelo dispositivo português é muito interessante, já que visa equilibrar o sistema empresarial turístico no país, fazendo com que novas empresas tenham acesso ao mercado e com que a relação dessas empresas com o consumidor seja segura, para que haja maior concorrência e maior qualidade na prestação de serviços. Tudo isto é importante para o crescimento do setor turístico no país.

Desta forma, assim como Portugal, pelo Brasil ser um país com um grande potencial turístico, é que se deve atentar para questões relativas à segurança jurídica das relações entre as agências e os consumidores, e para que cada vez haja mais empresas qualificadas no ramo turístico, posto que, quanto maior o número de possibilidades, mais o consumidor ganha, e havendo concorrência, as empresas saem da sua zona de conforto, e buscam serviços cada vez mais qualificados para oferecer.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRIGHI, Fátima Nancy. O CDC e o STJ. **Jus Navigandi**, Teresina, 19 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9176>> acesso em: 2 jul. 2012.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIA DE VIAGENS. **Código de Ética do Agente de Viagem**. Disponível em: <<http://www.abav-pr.com.br/index.php?opcao=codigo>>. Acesso em: 27 ago. 2012.
- ATHENIENSE, Luciana Rodrigues. **A responsabilidade jurídica das agências de viagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa, 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 03 jul. 2012.
- _____. Presidência da República. **Código de Defesa do Consumidor, Lei 8078/90**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 03 jul. 2012.
- _____. Presidência da República. **Lei geral do Turismo**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11771.htm> acesso em: 27 ago. 2012.
- _____. Presidência da República. **Decreto nº 84.934, de 21**

de julho de 1980. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=84934&tipo_norma=DEC&data=19800721&link=s> acesso em: 27 ago. 2012.

_____. Presidência da República. **Deliberação Normativa nº 161, de 09 de agosto de 1985 EMBRATUR**. Disponível em: <<http://www.portaleducacao.com.br/turismo-e-hotelaria/artigos/4275/deliberacao-normativa-n-161-de-09-de-agosto-de-1985>> acesso em: 27 ago. 2012.

_____. Presidência da República. **Projeto de Lei 5120-c**. Disponível em: <www.camara.gov.br> comissão de turismo e desporto. Acesso em: 27 ago. 2012.

_____. Presidência da República. **Projeto da lei geral do turismo**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichaDetramitacao?idProposicao=388364>>. acesso em: 27 ago. 2012.

_____. Presidência da República. **Guia Viaje legal**. Disponível em: <<http://www.viajelegal.turismo.gov.br/hospedagem.html>>. acesso em: 27 ago. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=m%20de%20bordar>. Acesso em: 03 jul. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 297**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=@docn&tipo_visualizacao=RESUMO&menu=SIM>. Acesso em: 03 jul. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 321**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=@docn&tipo_visualizacao=RESUMO&menu=SIM>. Acesso em: 03 jul. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 469**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=@docn&tipo_visualizacao=RESUMO&menu=SIM>. Acesso em: 03 jul. 2012.

BRITO, José Geraldo, **Código brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.3.

MAMEDE, Gladston. **Direito do consumidor no turismo**: código de defesa do consumidor aplicado aos contratos, aos serviços e ao marke-

ting do turismo. São Paulo: Atlas, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.

MORAIS, Ezequiel; PODESTÁ, Fábio Henrique; CARAZAI, Marcos Marins. **Código de defesa do consumidor**: comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 479 p.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO TURISMO. **Introdução ao turismo**. Trad. Dolores Martins Rodriguez Córner. São Paulo: Roca, 2001. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rcct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CGQQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.nav.tur.br%2Findex%2Fdownload%3Ftipo%3Dapplication%2Foctetstream%26tamanho%3D120832.000%26arquivo%3DConceitos%2520e%2520Defini%25E7%25F5es%2520do%2520Turismo.doc&ei=B6LkTK8Db46QG9vpD0Cg&usg=AFQjCNFPa_eeruKfNmmy5-54Gu8GUv1Ucg>

PORTUGAL. Presidência da República. **Decreto Legislativo 61/2011**. Disponível em: <http://www.turismodeportugal.pt/Portugu%C3%AAs/conhecimento/legislacao/licenciamentoeutilidadeturistica/agenciasdeviagenseturismo/Anexos/RNAVTDL61_2011.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2012.

_____. Ministério da Economia e Emprego. **Agências de Viagens e Turismo**. Disponível em: <<http://www.turismodeportugal.pt/Portugu%C3%AAs/conhecimento/legislacao/licenciamentoeutilidadeturistica/agenciasdeviagenseturismo/Pages/Ag%C3%AAsciasdeViagenseturismo.aspx>>. Acesso em: 27 ago. 2012.

PROENÇA, José Marcelo Martins. **Direito comercial I**. Coordenação de Edilson Mougenot Bonfim. 3.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v.8. 133 p. (Curso & Concurso; v.8).

PÚBLICO. **Fundo de garantia para proteger turistas disponível a partir de hoje**. Disponível em: <http://economia.publico.pt/Noticia/fundo-de-garantia-para-protger-turistas-disponivel-a-partir-de-hoje_1497692>. Acesso em: 27 ago. 2012.

REINALDO FILHO, Demócrito. **A Responsabilidade Civil das Agências de Turismo - A Solução da Nova Lei Portuguesa**. Editora Magister - Porto Alegre - RS. Publicado em: 22 jun. 2011. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=1023>. Acesso em: 03 jul. 2011.

Artigo recebido em 19/10/2012 - Aprovado em 18/03/2013.

A DEMOCRACIA EM PERIGO: DIREITOS FUNDAMENTAIS E EXECUÇÃO DO ORÇAMENTO PÚBLICO NO BRASIL

Paulo Daniel da COSTA¹

Carlos Alberto ESTEVES²

INTRODUÇÃO

Todos os direitos reconhecidos pelos ordenamentos jurídicos de um Estado têm uma razão social de existirem. O Direito é um fato social, uma ciência e um instrumento de regulamentação da vida social e como tal nasce de demandas oriundas da evolução histórica da sociedade e do próprio ser humano. Nessa evolução, valores e ideologias ganham e perdem aceitação pela sociedade, de forma que o Direito e o Estado devem estar preparados para reconhecer e levar a efeito essas mudanças³. O processo de evolução de um direito não é

¹ Cursando o 7º período de graduação do curso de Direito da Universidade Federal de Viçosa; Bolsista de Iniciação Científica do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico dos editais de 2010 e 2011.

² Cursando o 9º período de graduação do curso de Direito da Universidade Federal de Viçosa; Monitor-bolsista de Teoria Geral do Direito.

³ Deve-se ter em mente que, na sociedade contemporânea, essas mudanças na ordem jurídica e estatal devem sempre respeitar princípios e direitos fundamentais para o respeito à dignidade da pessoa humana.

linear; ele pode sofrer retrocessos em seu reconhecimento e efetivação como também mudar o seu curso.

O estudo desenvolvido neste trabalho consiste em uma proposta de análise do modelo brasileiro de execução orçamentária, com o objetivo de estabelecer quais são as possibilidades e os limites de efetividade dos direitos fundamentais no contexto jurídico e político brasileiro.

Tal proposta se insere num contexto político e jurídico de crise, em que a democracia e a separação dos poderes, nos moldes como são desenvolvidos, já não respondem aos anseios populares.

Na sociedade moderna, constata-se a importância das dotações orçamentárias e do desenvolvimento de políticas públicas a fim de promover, numa perspectiva individual e coletiva, a efetividade dos direitos fundamentais esculpido na Carta Constitucional. Se, por um lado, essas políticas governamentais estão ligadas à vontade política-legislativa de dotação orçamentária, por outro lado, dependem também da liberação desses gastos em sede de execução. Diante disso, destaca-se a imprescindibilidade do casamento entre construções jurídicas e econômicas para a construção de uma estratégia política de desenvolvimento social que seja marcada por traços de uma comunidade livre, igualitária e, por isso, justa.

Mas as dificuldades da efetividade dos direitos fundamentais, enquanto categoria normativa unitária e indivisível, começam na própria teoria do direito, quando se separa essas normas em diferentes dimensões de direito, distinguindo-as com base em critérios financeiros. O reflexo dessa linha de pensamento atinge os poderes políticos, nos quais se concretizará a desigualdade de tratamento no momento de escolhas dos investimentos públicos.

Neste sentido, necessário se mostra estudar o modelo de execução orçamentária brasileiro numa tentativa, quiçá frutífera, de enxergar as possibilidades e os limites de efetivação dos direitos fundamentais no sistema político orçamentário brasileiro.

1 - A POSITIVIDADE DOS DIREITOS E A APLICAÇÃO IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Primeiramente, uma nota terminológica. O termo “positividade” é usado neste trabalho não como referência ao binômio filosófico “direitos positivos e direitos naturais”, mas, sim, como o agir do Estado, prestações materiais para implementação de alguma situação fático-jurídica.

As normas constitucionais podem ser classificadas em três categorias: normas constitucionais organizacionais, normas constitucionais programáticas e normas constitucionais definidoras de direito. Esta última categoria caracteriza-se por definir os direitos fundamentais da pessoa humana, isto é, traça um círculo de direitos que protege os cidadãos perante o Poder Público (eficácia vertical) e também os protege perante os seus semelhantes (eficácia horizontal). Os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, direitos subjetivos e elementos essenciais da ordem constitucional objetiva⁵, representando uma reserva de justiça entre as pessoas e o Poder Público.

Diversas são as classificações existentes para sistematizar os direitos fundamentais expressos na Constituição. A que ganhou destaque, desde a promulgação da Carta Constitucional de 1988, foi a que divide os direitos fundamentais conforme a geração de custos para o Estado. Assim, dividem-se os direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos prestacionais, segundo um modelo proposto pelo professor gaúcho Ingo Sarlet⁶.

Os primeiros abarcariam o rol de direitos civis e políticos e caracterizam-se por exigirem uma abstenção do Poder Público para a sua plena eficácia. Em outras palavras, têm eles a finalidade precípua de manter fora da esfera de atuação do Poder Público determinadas posições subjetivas, “seja pelo (a) não-impedimento da prática de determinado ato, seja pela (b) não-intervenção em situações subjetivas⁷ ou pela não-eliminação de posições jurídicas”⁸. Desse modo, eles são identificados por apresentar um caráter eficaz negativo. Alega-se que os direitos de defesa não demandam prestações positivas do Estado, de modo que a efetividade destes não depende de previsão orça-

⁴ BARROSO, Luís Roberto de. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 104.

⁵ MENDES, Gilmar. Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 23, julho/agosto/setembro de 2010. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-23-JULHO-2010-GILMAR-MENDES.pdf>>. Acesso em: 14 mar 2012. p.1.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 270.

⁷ Situação subjetiva é, segundo Miguel Reale, a possibilidade de ser, pretender ou fazer algo, de maneira garantida, nos limites atributivos das regras de direito. São aqueles comportamentos que encontram respaldo ao modo de ser abstratamente descrito numa ou mais regras de Direito. *Vide*. REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2001. p. 261.

⁸ MENDES, Gilmar. *Op.cit.* p. 2.

mentária. Grosseiramente, indisponibilidade de dinheiro público não é um problema para a eficácia dos direitos negativos.

Os segundos representariam os direitos sociais, econômicos e culturais e são identificados por precisarem de uma conduta ativa dos seus destinatários para que seu núcleo de sentido obtenha plena eficácia. Tais direitos podem ser realocados em duas subcategorias diferentes: os direitos a prestações em sentido amplo, que exigem – do Poder Público – uma prestação de natureza normativa (*normative Handlungen*); e os direitos a prestações em sentido estrito, que exigem uma prestação fática, material (*faktische positive Handlungen*) para serem plenamente realizados⁹. De modo geral, nesta última categoria encontram-se grande parte dos direitos sociais, aqueles de natureza prestacional, como o direito à educação, saúde, moradia, alimentação, segurança, ao trabalho digno, tendo como berço o artigo 6º da Constituição vigente.

Entretanto, tal classificação, com o devido respeito àqueles que a expõe, merece ser severamente criticada porque gera um posicionamento inconsciente que privilegia a implementação dos direitos civis e políticos em detrimento dos direitos sociais, na medida em que aqueles, supostamente, não gerariam custos.

A visão de que os direitos civis têm caráter negativo remonta as suas origens revolucionárias francesas, pois a sua proteção foi uma conquista do Estado liberal frente ao Estado autoritário monárquico, quando se buscava a autonomia dos cidadãos e a participação mínima das instituições políticas na vida privada frente ao modelo de Estado interventor. Os direitos civis, nascidos desse contexto histórico-político, dividem o status de fundamentalidade com os direitos sociais, erigidos na segunda metade do século XIX em virtude do aprofundamento das precariedades sociais e desigualdades econômicas.

O modelo de distinção positivo-negativo entre as dimensões de direitos fundamentais prevaleceu no momento de elaboração e promulgação da Carta Constitucional de 1988. O reflexo mais importante dessa estrutura de pensamento nesse diploma normativo foi o estabelecimento do §1º do artigo 5º, que prescreve que os direitos e as garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.

O *caput* do artigo 5º é o dispositivo que arrola os direitos civis fundamentais. A inserção da regra da imediatidade submersa no *caput* do artigo 5º não é ocasional, pois se acreditava na desnecessidade de previsão orçamentária para proteção dos direitos civis e, por isso, so-

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p. 270.

mente eles poderiam ser aplicados imediatamente. Mais tarde, doutrina e jurisprudência reconheceram que a regra se estende aos direitos sociais, conclusão essa questionável sob a perspectiva financeira, pois, como se pretende demonstrar, todos os direitos geram custos e precisam de uma estrutura orçamentária para sua proteção.

Hodiernamente, busca-se desconstruir a diferenciação baseada nessa tipologia. O raciocínio é que “todos os direitos têm custos porque todos pressupõem o custeio de uma estrutura de fiscalização para implementá-los”¹⁰. Nesse quadro, se analisados os orçamentos estatais, verifica-se que os gastos com a proteção de direitos civis, especialmente a propriedade privada, superam, curiosamente, o montante despendido com a garantia de direitos de moradia.

Assim, em respeito à igualdade normativa e ontológica de ambas as dimensões de direitos, não faz sentido diferenciá-los por um elemento financeiro, pois gera mais desigualdade, afinal o nível de efetividade dos direitos civis é relativamente maior se comparado à efetividade dos direitos sociais.

Por isso, no atual estágio de estudo da teoria dos direitos fundamentais, reconhecer que todos os direitos geram custos é passo importante no cumprimento das promessas da modernidade traçadas à alçada constitucional. Superar a neutralidade financeira dos direitos civis e reconhecer a positividade de todos os direitos é medida que se impõe para uma análise equânime de ambas as dimensões, na perspectiva política e na jurídica. Talvez uma das maiores contribuições do direito financeiro à teoria do direito seja essa: direitos não nascem em árvores¹¹.

A proposta então é afastar a diferenciação classificatória que se baseia no critério financeiro, reconhecendo que todos os direitos geram custos, e estabelecer uma diferenciação meramente histórica. Nesse raciocínio, a disponibilidade material, levantada somente quando em pretensão a satisfação de direitos sociais, deve ser repensada, pois, visto a positividade de todos os direitos, é situação que desrespeita a equifundamentalidade dessas normas jurídicas. Manter a reserva do possível somente aos direitos sociais representa uma situação discriminatória injustificada e de cunho ideológico, porque não encontra ratificação científica e empírica.

¹⁰ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p.39.

¹¹ A frase é de autoria do professor Flávio Galdino. V. GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Renovar: Rio de Janeiro, 2002. pp. 139-223.

Visto que todos os direitos geram custos e que todos pressupõem uma estrutura orçamentária de custeio para implementá-los, analisar como tem caminhado a política orçamentária brasileira é imprescindível, não só para tomada de consciência cidadã e para controle da eficiência dos gastos governamentais, mas em respeito ao *status* de importância desses direitos na ordem constitucional brasileira.

2- PLANEJAMENTO DO ORÇAMENTO GERAL DA UNIÃO

O Orçamento Geral da União (OGU), disposto nas Leis Orçamentárias Anuais (LOA), compreende o Orçamento Fiscal, referente aos Poderes da União, seus órgãos e ministérios; a Seguridade Social, compreendendo todas as entidades e todos os órgãos vinculados à previdência, à saúde e à assistência; e pelo Orçamento de Investimentos das Empresas nas quais a União detenha maioria do capital social com direito a voto.

O processo de planejamento do Orçamento inicia-se com a elaboração da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), cuja função é fixar parâmetros para a elaboração da proposta orçamentária, feita de maneira exclusiva pelo chefe do Executivo. Enviada a proposta às casas do Congresso Nacional, inicia-se a fase de discussão parlamentar acerca da distribuição dos recursos públicos para diversos órgãos, ministérios e entidades, intimamente relacionados com a execução das políticas públicas dos seus eixos de trabalho. Atribuir, por exemplo, determinada quantia para o Ministério da Educação, órgão vinculado ao Poder Executivo central, é também determinar a quantia que será empregada em cada programa, função, subfunção e unidade associados a esse órgão¹².

O processo de elaboração da Lei Orçamentária Anual é denso e, não raramente, surgem conflitos sobre as prioridades de investimento entre os parlamentares. Conforme estabelecido no texto constitucional, é vedado aos congressistas realizarem alterações no projeto presidencial que acarretem em aumento de gastos, salvo hipóteses excepcionais, que não se enquadram em matérias de debate político¹³. Terminada essa fase, segue o projeto de lei, já discutido e revisado, para sanção presidencial.

¹² V. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília-DF: Senado, 1988. Artigos 165, § 5º, e 166.

¹³ V. Idem. *Ibidem*. Artigos 63 e 166, §3º.

Para fins metodológicos, optou-se por escolher alguns órgãos ministeriais a fim de verificar sua dotação orçamentária. Tal análise é importante na medida em que se faz necessário verificar a extensão da proteção dos direitos fundamentais pelos poderes políticos no exercício de suas funções e prerrogativas. Além disso, deve-se verificar se há um equilíbrio entre o que está sendo dotado na Lei Orçamentária e o montante que, de fato, tem sido liberado no momento da sua execução. Para tanto, selecionou-se alguns Ministérios, cujo trabalho se desenvolve na promoção dos direitos sociais, econômicos e culturais, a fim de saber o montante financeiro destinado a esses órgãos para o financiamento e gestão de suas políticas públicas. São eles: Ministério do Trabalho e Emprego, Ministério da Educação e Ministério da Saúde.

2.1. Ministério do Trabalho e Emprego

O Ministério do Trabalho e Emprego é um importante órgão vinculado ao Poder Executivo na implementação dos direitos sociais. Tem como função primordial a proteção das relações de trabalho em face de situações de exploração e hipossuficiência dos trabalhadores. Em 2008, a LOA destinou R\$ 38,115 bilhões ao Ministério. Em 2009, 42,032 bilhões de reais. E em 2010, cerca de R\$ 46,523 bilhões.

Primeiramente, vê-se que os recursos destinados à promoção do trabalho e do emprego são altos. São recorrentes as intervenções do Estado brasileiro nas relações de trabalho entre particulares, limitando a autonomia privada e a liberdade contratual em situações nas quais os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana possam ser desrespeitados. Esse entendimento, segundo o qual os direitos fundamentais apresentam eficácia horizontal, é aplicado majoritariamente nos tribunais brasileiros¹⁴.

Além disso, o legislador, em atenção a sua obrigação de prestação normativa (*normative Handlungen*), tece normas jurídicas que regulamentam essas relações trabalhistas, protegendo o trabalhador de explorações indevidas.

O Ministério do Trabalho e Emprego assume grandes responsabilidades nesse cenário. As principais políticas públicas nacionais

¹⁴ Ementa: REVISTA PASSADA EM REVISTA - SUPERAÇÃO DO IUS UTENDI ET ABUTENDI - INVASÃO E PREDOMÍNIO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO-TRABALHISTA - COLISÃO E SOLUÇÃO - IMPORTÂNCIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. TRT - MG. RO nº 00576 2008-102-03-00-7. Relator: Luis Otávio Linhares Renault. DJ: 16 de mar de 2009.

de proteção ao trabalho são administradas por esse órgão, como a "Rede de Proteção ao Trabalho", "Democratização das relações de trabalho", "Erradicação do Trabalho Infantil", "Economia Solidária em Desenvolvimento", "Erradicação do Trabalho Escravo", "Combate a Discriminação".

Entretanto, algumas considerações devem ser tecidas. Programas importantes que tem o fito de proteger crianças e adultos de explorações trabalhistas escravas não contam com grande financiamento. Os programas de Erradicação do Trabalho e Infantil e Erradicação do Trabalho Escravo, que atendem pessoas em situações de indignidade completa, juntos representam 0,036% do montante destinado a esse Ministério em 2010. Além disso, outros programas, como o "Segurança e Saúde no Trabalho", também não contam com grandes verbas, cerca de 0,13%. Esses programas, se bem implementados, teriam um papel importante na fiscalização e penalização de empregadores que não oferecem estrutura de segurança e proteção aos trabalhadores, o que reduziria os já vultuosos gastos para o Ministério da Previdência Social com auxílios-doença, auxílios-acidente, aposentadorias por invalidez, que, com frequência, advêm de situações de más condições de trabalho.

2.2. Ministério da Saúde

O Ministério da Saúde é o órgão do Poder Executivo Central responsável pela criação e gestão de programas de políticas públicas que visem à proteção e implementação do direito fundamental à saúde. Nos últimos três anos obteve um aumento de recursos orçamentários na ordem de 23%. Contou, em 2010, com R\$ 66,703 bilhões, o que representa 3.77% do Orçamento Geral. É, hoje, o segundo Ministério que mais recebe recursos.

O direito à saúde é o direito fundamental social que mais gera discussões no universo jurídico, seja na seara jurisprudencial, seja no campo doutrinário Talvez por ser um dos Ministérios que mais gera despesas, os problemas envolvendo a saúde no Brasil são extremamente complexos, de modo que as discussões entre tributaristas, constitucionalistas, economistas, dentre tantos outros, sobre a possibilidade de intervenção do Judiciário nessa questão não está perto de encerrar.

Um dos parâmetros mais defendidos sobre a atuação judicial em matéria de direitos sociais é a proteção do mínimo existencial, que não está acobertado pela cláusula de reserva do possível, por consti-

tuir núcleo essencial da dignidade da pessoa humana. Auferir o que está acobertado pela proteção do mínimo existencial, principalmente em um país multicultural em que as necessidades sociais diferem dentro do próprio espaço geográfico, é um desafio à academia e à jurisprudência. Dentro da área da saúde, esse fato fica ainda mais claro quando se observa que doenças típicas de países subdesenvolvidos, como malária e doença de Chagas, já estão superadas na região Sudeste do país, mas ainda fazem muitas mortes na região Norte e Nordeste.

Destarte, as políticas públicas desenvolvidas na área da saúde variam no espaço brasileiro e dependem de outras variáveis, como mão de obra qualificada, o que torna difícil uma análise minimamente satisfatória da efetividade destas. Apesar de os recursos ao Ministério estarem aumentando gradualmente, os problemas relacionados à prestação de serviços à saúde no país são evidentes e conhecidos.

2.3. Ministério da Educação

O Ministério da Educação é o órgão vinculado ao Poder Executivo Central responsável pelo desenvolvimento dos serviços educacionais no país. Suas áreas de competência são política nacional da educação, educação infantil, educação em geral, compreendendo ensino fundamental, médio e superior, ensino de jovens e adultos, educação profissional, educação especial e educação à distância, além de pesquisa e extensão universitária.

Os gestores públicos têm, nas últimas décadas, prometido muito em matéria educacional. Nos últimos anos, os recursos destinados para a educação na Lei Orçamentária Anual aumentaram 62,3%, variando de R\$ 31 bilhões, em 2008, para R\$ 50 bilhões, em 2010. Foram criadas políticas afirmativas e assistencialistas no Ministério, de forma que as oportunidades têm crescido àqueles que antes não tinham acesso à escolaridade básica. Os investimentos públicos nas universidades federais também aumentaram consideravelmente. Nesse intervalo de três anos, os recursos para a educação básica triplicaram e as políticas voltadas para a promoção dos direitos individuais, coletivos e difusos aumentaram dez vezes.

Entretanto, talvez de todos os desafios que o Brasil deverá enfrentar para seu desenvolvimento social, a melhoria da qualidade

educacional será o maior. Conforme publicação recente¹⁵, das metas quantitativas do Plano Nacional da Educação, no período de 2001 a 2008, somente 33% foram cumpridas. Das metas qualitativas, nada foi conseguido no mesmo período: as taxas de repetência e de evasão no ensino médio aumentaram de 21,7% para 27,7% e de 10% para 13,2%, respectivamente.

Vale lembrar, neste estágio, que os problemas envolvendo a efetivação dos direitos sociais vão além de simples disponibilização de recursos financeiros. Na verdade, a existência de dinheiro é um pressuposto para a implementação. Em sede de direitos sociais, especialmente o direito à educação, é preciso capacitação pedagógica de professores e diretores, incentivo à dedicação exclusivamente educacional aos professores, conscientização, acompanhamento e ajuda às famílias do educando e tantas outras atividades sem as quais os investimentos findam em si mesmos, isto é, não cumprem com sua função social.

2.4. Análise das opções de gastos feitas pelo Legislativo

O pensamento dominante na economia tem a Lei da escassez como um dos seus fundamentos epistemológicos. Se todos os bens fossem livres e abundantes, o problema fundamental da ciência econômica - quanto, como e para quem produzir - deixaria de existir. Os recursos escassos são os fatores de produção utilizados no processo produtivo de determinado bem ou serviço, destinados à satisfação das necessidades dos consumidores¹⁶.

Um dos principais fatores de produção é o capital, conjunto de bens e serviços necessários para a produção de outros bens e serviços: dinheiro, exemplo por excelência. Tendo em vista que todos os direitos custam dinheiro para sua efetivação, pode-se dizer que (i) os recursos públicos (fatores de produção) não são suficientes para implementação de todos os direitos; e, sendo assim, (ii) todo direito vive entre o limite da escassez e da preferência. "Escassez" aqui não deve ser entendida estritamente - ou seja, como ausência absoluta de fatores

¹⁵ SALLES, Rubens. Da educação que temos para a sociedade que queremos. *Le Monde Diplomatique Brasil*. São Paulo, n. 37, ago. 2010.

¹⁶ PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. *A Economia Arbitragem: escolha racional e geração de valor*. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 4, n. 1, Jun. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322008000100002&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 maio 2012.

para a satisfação das necessidades de todos os cidadãos - mas em sentido técnico: é preciso alocar recursos escassos entre fins alternativos.

Além disso, a Lei da escassez, quando transportada para sua análise econômico-jurídica, não remete somente a recursos financeiros. A escassez, em uma visão macroeconômica, atinge mão de obra qualificada, tecnologias, recursos naturais, leitos de hospitais, vagas para o ensino, órgãos para transplante, e muito mais. A exiguidade desses fatores de produção, distribuídos desigualmente pelos países, é inerente ao cotidiano sociopolítico de cada Estado. Dessa forma, a escassez aparece como uma realidade intrínseca aos recursos necessários à satisfação das necessidades públicas¹⁷, especialmente quando se lida com administração de políticas públicas de direitos sociais, pois a carência envolve, como visto, fatores financeiros e fatores não orçamentários, como mão de obra qualificada, professores capacitados, equipamentos e tecnologias especializadas.

Não obstante, pelo fato dos recursos serem escassos e não satisfazerem todas as necessidades sociais, a escassez exige que o Estado faça escolhas de investimentos, decisões alocativas, o que pressupõe preferências, mas, também, pressupõe preteridos¹⁸. A escassez submete o Estado a seu jugo, em que a escolha por um bem ou serviço, pretere a proteção de outro bem ou serviço¹⁹. São escolhas disjuntivas e escolhas trágicas, noção de *trade-off*, como chamariam os estadunidenses.

Ao escolher, por exemplo, investir em política pública de melhoria da qualidade das rodovias do país, os recursos para investimentos em políticas públicas habitacionais, educacionais, culturais, de saúde, dentre outras opções, serão menores. Assim sendo, a economia, enquanto Ciência, não faz considerações éticas ou morais acerca das preferências de investimento feitas pelo Estado e, logo, não determina quais são as alocações que devem ou não ser efetuadas. Cabem

¹⁷ AMARAL, Gustavo. *Op. cit.* p. 95.

¹⁸ WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito GV*. São Paulo, n. 4, Jul-Dez 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a09v4n2.pdf>>. Acesso em: 10 mar 2012.

¹⁹ Em consonância, pode-se ler: "Cada decisão explicitamente alocativa de recursos envolve também, necessariamente, uma dimensão implicitamente desalocativa. Em palavras mais toscas, sendo curto o cobertor, cobrir o nariz implica deixar os pés de fora." SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Orgs.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 556.

às demais ciências humanas, ao Direito (em consonância com a ideia dos círculos secantes de Miguel Reale²⁰), à Sociologia, à Política, estudar e fazer essas considerações.

Por trás de toda escolha política, é indubitável: há uma fundamentação de ordem ideológica. Para se fazer uma escolha alocativa, que investe em um fim em detrimento de outro, os valores e as intencionalidades políticas dos legisladores e administradores deixam-se revelar. O papel dos legisladores, ao autorizar os planejamentos orçamentários, e dos administradores, ao executá-los, demonstra o rumo que estes querem dar ao país. À população cabe não só conhecer o trabalho que está sendo efetivado pelos seus representantes, mas também intervir na composição desses Poderes de maneira consciente quanto aos trabalhos que serão desenvolvidos pelos seus eleitos.

Pois bem. Ao analisar o Orçamento Geral da União dos últimos três anos, observa-se que, de certo modo, os legisladores têm se preocupado em destinar mais recursos para o desenvolvimento e a efetivação das políticas públicas que envolvem direitos sociais. Os investimentos em saúde e educação, talvez as necessidades que mais representem a situação de subdesenvolvimento do país, estão aumentando gradualmente, o que pode significar, vale reiterar, uma preocupação dos legisladores em corrigir tais situações de hipossuficiência.

Apesar disso, muito mais poderia estar sendo investido, mas não é. Os três ministérios analisados representam, juntamente com o Ministério da Justiça e o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 12,04% do Orçamento Geral da União. Isto é, os órgãos do Poder Executivo, intimamente ligados à satisfação das condições materiais mínimas de existência e dos pressupostos para se viver com liberdade e autonomia, recebem uma pequena parte no montante total, tendo em vista que cerca de 50% são direcionados, sem cortes - ressalta-se -, para o pagamento de juros da dívida e encargos financeiros da União. Resta analisar o papel do Executivo em dar execução a esse planejamento de gastos.

Não se deve pensar, nesse passo, que os representantes do povo têm discricionariedade absoluta para decidir "com o que" e "como" gastar. O constituinte originário traçou limites formais e materiais para delinear o momento de escolhas de investimento, feitas eminentemente pelos legisladores²¹. Ainda assim, o grau de discri-

²⁰ REALE, Miguel. *Op. cit.* p. 42.

²¹ São duas categorias de limites constitucionais ao Legislador no que tange a escolha das despesas públicas: (i) limites formais, representados pelas regras que demarcam percentuais a serem seguidos pelo Legislador para que determinado direito seja pro-

cionariedade é ainda muito alto e parâmetros racionais de escolhas de prioridades orçamentárias, que respeitem os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, muitas vezes não são aplicados.

O que se deve estimular é um debate sobre as prioridades de investimento no país. Como as necessidades são sempre maiores do que as possibilidades, por trás de toda escolha há uma matéria privilegiada e outra preterida. A consciência desse raciocínio econômico é importante na medida em que contribui para o processo de desconstrução do mito de que somente os direitos sociais geram custos para o Estado, enquanto que os direitos civis estariam sob uma margem de neutralidade financeira. É preciso dar esse passo à frente, consagrando a isonomia entre as dimensões de direitos fundamentais. Conjuntamente, deve-se estimular a atividade cívica popular para que haja um processo de discussão sobre prioridades orçamentárias, retirando das instituições legislativas a exclusividade da deliberação.

Além disso, a simples previsão na Lei Orçamentária Anual não vincula o Poder Executivo central a dar execução ao planejamento. O atual sistema brasileiro confere ampla flexibilidade na execução orçamentária, o que tem permitido inúmeros cortes pelo chefe do executivo, principalmente nas políticas públicas envolvendo estrutura habitacional básica, cultura e meio ambiente, sem nenhuma justificativa. Tratar-se-á dessa questão no próximo tópico.

3. A EXECUÇÃO DO ORÇAMENTO E A DISCRICIONARIEDADE DO CONTINGENCIAMENTO: O MODELO E SEU CONTROLE INTERNO

Concluída e sancionada a Lei Orçamentária Anual, pode se questionar se a função do Legislativo em matéria orçamentária termina, ou se tal Poder tem a prerrogativa de fiscalizar e controlar a execução do planejamento. A Constituição no artigo 70 estabelece como função do Congresso Nacional promover a "fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial", na missão de autotutela da legalidade e da eficácia da gestão financeira²².

O controle interno de execução do orçamento recebe pouca atenção constitucional, legal e doutrinária, de modo que, na ausência

tegido (v.g. artigo 60, 77 e 212); e (ii) limites materiais, representados pelos princípios e valores fundamentais protetores da dignidade da pessoa humana, do pluralismo político e da democracia.

²² TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 175

de um procedimento delineado, não se tem fiscalizado a execução do orçamento. Não obstante esse quadro, o orçamento no Brasil tem um caráter meramente autorizativo, isso porque a sua execução fica a critério de juízos de conveniência e oportunidade do Poder Executivo, podendo este liberar todo o recurso previsto para determinada atividade bem como não executar nada. O orçamento autorizativo atribui ao Executivo a faculdade de não fazer nada²³.

Por outro lado, importante destacar que o administrador não pode aplicar o dinheiro não gasto em outras atividades sem que haja aprovação formal do Legislativo nesse sentido. O sistema jurídico reconhece a possibilidade de imprevistos ocorrerem durante a gestão anual, o que pode acarretar a necessidade de realizar gastos não autorizados na Lei Orçamentária ou de se complementar os recursos ali autorizados. Os mecanismos retificadores são conhecidos como créditos adicionais. Ainda assim, a Lei Orçamentária desempenha um papel relevante, servindo como limite máximo e pré-condição para os gastos²⁴.

Acontece que, diante dessa matemática legislativa, os congressistas têm representado um papel meramente decorativo quando aprovam o orçamento. Contingenciando dotações e retendo liberações financeiras a seu bem querer e sem mesmo expor as razões motivadoras, o Executivo direciona os gastos públicos conforme sua visão das necessidades sociais do país²⁵. À primeira vista, é difícil imaginar que o Executivo não liberaria os recursos para determinadas áreas, pois poderia comprometer sua situação política com as pessoas atingidas pelo corte. Entretanto, como se pretende demonstrar, isso tem ocorrido com certa frequência. Em um país em que as precariedades são infinitas e os recursos são finitos, regulares alterações orçamentárias simbolizam, na maioria das vezes, o descaso e a indiferença do gestor com o equilíbrio entre os poderes.

Com a participação quase nula do Judiciário em matéria orçamentária e a não fiscalização do Legislativo na gestão pública, muitas decisões políticas majoritárias relacionadas à implementação de direi-

²³ MENDONÇA, Eduardo. Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O Esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Orgs.). *Op. cit.*, p. 232.

²⁴ Idem. *Ibidem*, p. 234.

²⁵ PISCITELLI, Roberto Bocaccio. *Orçamento autorizativo X orçamento impositivo. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados*. Brasília, Set 2006. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1636/orcamento_autorizativo_piscitelli.pdf?sequence=1>. Acesso em: 05 abr 2012.

tos sociais são preteridas e não executadas, ano após ano²⁶. A Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar n. 101, de 04 de Maio de 2000, fixa em seu artigo 8º que, em até trinta dias depois de aprovado o orçamento, o Poder Executivo deve traçar sua programação financeira e o cronograma mensal de desembolso. É principalmente nesse momento que os cortes e as alterações são anunciados. Mas isso não impede, também, que novas alterações sejam feitas no decorrer do ano. A tabela abaixo demonstra a execução do Orçamento Geral da União (OGU) no ano de 2010. Os dados foram obtidos da análise da execução orçamentária de 2010, contido na LOA de 2012, em comparação com a LOA de 2010.

Tabela 1 – Análise da execução orçamentária do OGU de 2010²⁷

Estrutura/Programa	LOA 2010	Execução 2010	Variação (%)
Presidência Da República	7.351.078.834	7.744.495.704	105,351824
Secretaria Especial Dos Direitos Humanos	226.617.584	177.115.187	78,155977
Secretaria Especial De Políticas Para As Mulheres	88.312.429	75.849.029	85,887150
Fundo Nacional Para A Criança E O Adolescente - FNCA	47.261.000	29.562.126	62,550783

²⁶ MENDONÇA, Eduardo. Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O Esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Orgs.). *Op. cit.*, p. 232.

²⁷ A tabela foi feita com dados colhidos por este autor. Mas a sistemática de organização é de Eduardo Mendonça. V. Idem, *Ibidem*.

Ministério Da Ciência E Tecnologia	7.603.638.170	7.462.664.132	98,145965
Fundo Nacional De Desenvolvimento Científico E Tecnológico	2.751.103.740	2.699.127.213	98,110702
Ministério Da Justiça	10.057.742.321	9.750.482.076	96,945037
Departamento De Polícia Rodoviária Federal	2.244.826.071	2.455.601.277	109,389378
Departamento De Polícia Federal	3.987.508.712	4.067.810.699	102,013838
Defensoria Pública Da União	171.162.157	186.116.884	108,737169
Fundo De Defesa De Direitos Difusos	33.376.258	7.955.385	23,835461
Fundo Penitenciário Nacional	254.580.305	90.439.164	35,524807

Fundo Nacional De Segurança Pública	436.015.526	207.293.349	47,542653
Ministério Da Previdência Social	258.408.698.130	267.565.847.733	103,543669
Instituto Nacional Do Seguro Social	10.435.224.712	12.416.465.182	118,986083
Fundo Do Regime Geral De Previdência Social	247.632.326.803	254.819.860.904	102,902502
Departamento Nacional De Infra-Estrutura De Transportes - DNIT	11.210.167.875	12.687.152.110	113,175398
Ministério Da Cultura	2.232.085.302	1.497.314.209	67,081406
Fundo Nacional De Cultura	900.168.255	470.311.056	52,247016
Ministério Do Meio Ambiente	3.521.708.469	1.967.644.754	55,871880

Fundo Nacional De Meio Ambiente - FNMA	15.079.442	5.218.871	34,609178
Ministério Do Desenvolvimento Social E Combate à Fome	38.926.287.018	39.410.556.003	101,244066
Fundo Nacional De Assistência Social	24.004.001.722	24.137.570.963	100,556445
Ministério da Saúde	66.703.266.347	67.327.785.773	100,936265
Fundo Nacional De Saúde	58.886.049.141	59.467.726.961	100,987802
Saneamento Básico Urbano	996.004.506	860.661.428	86,411399
Gestão da Política de Saúde	612.115.485	490.553.681	80,140707
Ministério da Educação	50.903.730.817	54.214.414.179	106,503812
Fundo Nacional De Desenvolvimento Da Educação	15.814.058.949	18.120.991.511	114,587858

Ensino Fundamental	974.408.016	1.003.244.875	102,959423
Ensino Superior	15.431.008.111	16.508.638.522	106,983538
Ministério Das Cidades	15.361.731.974	13.141.189.678	85,544974
Fundo Nacional De Habitação De Interesse Social - FNHIS	721.331.095	175.457.223	24,324089
Saneamento ambiental urbano	2.138.693.545	1.744.079.849	81,548843
Reabilitação de áreas urbanas centrais	19.508.463	278.713	1,428677

Os dados demonstram a tamanha discricionariedade do Executivo para gerir o orçamento público e como esse Poder tem agido negativamente na liberação de recursos para o suprimento dos gastos. O orçamento brasileiro é marcado pelas recorrentes alterações orçamentárias, prejudicando o planejamento aprovado pelos congressistas após meses de discussões. Por ora, melhores análises merecem ser realizadas.

Primeiramente, as observações quanto aos cortes orçamentários. As grandes cifras monetárias destinadas aos programas e às políticas públicas não podem ocasionar uma perda de referencial no leitor. Por exemplo, o corte de 2,2 bilhões de reais para o Ministério das Cidades pode representar pequena quantia frente aos 13 bilhões de reais executados pela Administração Pública. Não se pode esquecer, entretanto, que essa quantia não executada ainda sim poderia representar um diferencial muito grande para os investimentos na política

nacional de planejamento municipal. E mais. Deve-se atentar à política pública de reabilitação de áreas urbanas centrais, de relevância inquestionável, que não obteve seus planejamentos em quase nada executados. Isso sem nenhuma justificativa do Executivo.

Sendo assim, os índices de execução não devem ser analisados isoladamente²⁸. Uma execução de 86% do montante previsto pelo Legislativo pode parecer boa, mas questiona-se acerca dos 14% não investidos e os efeitos macro sociais que essa verba não liberada poderia representar.

Não obstante, deve-se ter em mente que o Executivo tem poderes políticos, assim como o Legislativo, para fazer opções de investimentos. As opções de cortes feitas pelo Executivo são eminentemente políticas e podem ter sido motivadas por diversos outros fatores, como controle do superávit primário, controle dos juros sobre a dívida e da inflação monetária, surgimento de outras necessidades mais urgentes. A crítica, portanto, não recai especificamente sobre os cortes, isto é, que eles não devem ser realizados sob nenhuma hipótese. A crítica reside na discricionariedade que o Executivo tem, sendo ele capaz de ignorar completamente as previsões do Legislativo sem ao menos ser preciso indicar os motivos para tanto.

Da análise dos cortes, verifica-se que os contingenciamentos atingem áreas carentes na sociedade brasileira, áreas essas abrangidas no âmbito de proteção normativa dos direitos sociais, econômicos e culturais e que foram consideradas importantes pelo Congresso Nacional na distribuição dos recursos, enquanto que os programas direcionados à satisfação dos direitos individuais e políticos são pouco afetados pelos contingenciamentos²⁹. O Executivo tem tomado decisões

²⁸ MENDONÇA, Eduardo. Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O Esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas. In: SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Orgs.). *Op. cit.* p. 240.

²⁹ Nos quatro primeiros meses de 2011, uma análise da execução orçamentária levada a efeito pela Presidenta demonstra que o Ministério dos Transportes é o que mais recebeu investimentos até então, contando com uma liberação na ordem de R\$ 3,8 bilhões, enquanto que saúde e educação, se somados os recursos liberados, não chegam a R\$ 2,8 bilhões. O resultado da execução do primeiro semestre demonstra séria situação de desrespeito à LOA. As atividades que já efetuaram pagamentos contam com execução de menos de 10% do estipulado na lei. Um dado mais agravante: cerca de 957 atividades que tiveram dotações não receberam nenhum pagamento no primeiro semestre. Nesse rol, incluem-se importantes políticas do governo em Educação e Saúde, como o ProInfância e os programas de construção de Unidades Básicas de Saúde e Unidades de Pronto Atendimento. *Vide.* <http://www.9senado.gov.br/portal/page/portal/orcamento_senado>.

que, muitas vezes, se sustentam sob o ponto de vista político, mas não se justificam sob o ponto de vista econômico e social³⁰.

Os maiores cortes concentram-se no Fundo Penitenciário Nacional, Fundo Nacional de Cultura, Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, Fundo Nacional de Habitação e Saneamento ambiental urbano. São indiscutíveis e, não raras vezes, notórias as precariedades relacionadas à falta de efetividade dos direitos à moradia, ao acesso à justiça, à cultura e às condições dignas nas penitenciárias e, ainda assim, são os primeiros alvos de cortes do Executivo.

Ademais, importante fazer uma análise sobre os créditos adicionais orçamentários. Os créditos adicionais podem ser visualizados naqueles programas orçamentários que tiveram execução cuja variação superou os 100%³¹. Dispõe a Lei 4.320, de 17 de Março de 1964, em seu artigo 40, que são créditos adicionais as autorizações de despesas não computadas ou insuficientemente dotadas na Lei de Orçamento. Representam, em outras palavras, alterações orçamentárias, solicitadas pelo Executivo às casas Legislativas, para promover gastos além do previsto para determinado programa/unidade. A execução de grandes quantias fracionárias em programas ou políticas públicas orçamentárias, para além daquelas autorizadas inicialmente no planejamento anual, pode simbolizar, ao primeiro olhar, desenvolvimento socioeconômico e organização financeira do governo. Todavia, isso é um dos principais sinais da atrofia do Legislativo, característica do sistema político nacional.

O Executivo não só tem a conveniência e a oportunidade de não seguir o planejamento autorizado pelo Legislativo, liberando menos capital, como tem a possibilidade de redistribuir esses recursos conforme particular plano de gestão. Essa redistribuição, diferente do contingenciamento, não é feita de maneira discricionária: serão abertos créditos adicionais por meio de decreto executivo, que deverá conter a justificativa para a alteração, e submetidos à autorização por meio de lei aprovada pelo Legislativo.

³⁰ Não são poucos os economistas e cientistas políticos que estão tecendo críticas acerca da atuação do Executivo nos cortes realizados. Miriam Leitão comenta (atenção para o título da reportagem): "É uma decisão estapafúrdia, porque vai reduzir a arrecadação de um imposto que tem um fim importante: investimento em infraestrutura e transportes. Não faz sentido essa mágica que o governo vai fazer. Pode ser explicada pela política, não pela economia". LEITÃO, Miriam. Governo vai tirar dinheiro da infraestrutura para subsidiar gasolina. *O Globo*. Abr 2011. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/miriam/posts/2011/04/15/governo-vai-tirar-dinheiro-de-infraestrutura-para-subsidiar-gasolina-374991.asp>>. Acesso em: 15 abr 2011.

³¹ V. Tabela 1.

Todavia, estudos recentes demonstram que o Executivo detém o poder de agenda político-institucional brasileiro, entendendo-se por "agenda" a capacidade de determinar não só as propostas que serão analisadas pelo Congresso, mas também quando o serão³². Esse quadro funciona na relação de variáveis diretamente proporcionais: quanto maior a concentração de poder de agenda sob as instituições executivas, maior a probabilidade de haver influência dessas instituições sobre os trabalhos legislativos. Como aponta Figueiredo e Limongi³³, tal processo induz os parlamentares a cooperar com as propostas presidenciais, o que prejudica o equilíbrio e a autonomia entre os Poderes e suas respectivas funções.

Para corroborar esse raciocínio, vale mencionar que, das leis aprovadas no período pós-Constituinte, 85,2% foram propostas pelo Executivo, sendo que a probabilidade de uma proposta presidencial ser recusada é de 0,026%³⁴.

Assim, resta demonstrado que o jogo político-orçamentário brasileiro tem sido protagonizado pelo Executivo, pois é ele quem tem atuação de destaque na elaboração, na execução e na alteração do plano financeiro anual. Considerando que todos os direitos dependem de uma estrutura de custeio para alcançarem plena efetividade, o fato de as escolhas financeiras estarem concentradas sob as escolhas de apenas um Poder reflete uma situação de desequilíbrio político e de perigo ao regime democrático.

4. CONTROLE ORÇAMENTÁRIO, DEMOCRACIA E EQUILÍBRIO ENTRE OS PODERES

Frente a essa situação, questiona-se se há alguma forma de controle ou fiscalização que possam ser exercidos não só pelos Poderes da União, mas também pela população.

A Constituição brasileira, a despeito dessa realidade orçamentária, estabelece mecanismos de controle interno e externo das atividades desenvolvidas pela Administração Pública Federal. A matéria é regulada nas funções do Poder Legislativo e foi denominada pelos constituintes de *Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária*. O arti-

³² FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora FGV, 1999. p. 22.

³³ Idem. *Ibidem*. p. 26.

³⁴ Idem. *Ibidem*. p. 24.

go 7435 é claro ao demarcar que cabe não só aos órgãos da Administração Pública fiscalizar as atividades financeiras e orçamentárias da União, como também cabe tal controle ao Legislativo, ao Judiciário e a todo e qualquer cidadão, partido político, sindicato ou associação.

Cabe, assim, perquirir se esse "sistema de controle interno", de que fala o *caput* do artigo em análise, é (i) um sistema que deve ser criado e regulamentado pelo Legislativo, assim como é o Tribunal de Contas da União no controle externo da Administração Pública, ou se é (ii) um sistema que não precisa de regulamentação, de forma que o controle já está pronto para ser exercido nos moldes estabelecidos pelo artigo. Se for o caso da primeira alternativa, ainda há que se falar se essa regulamentação já existe.

Em outros termos, está a se discutir se o artigo 74 da Carta Maior brasileira é uma norma constitucional de eficácia limitada ou se é uma norma de eficácia plena.

A resposta para esse questionamento é muito importante, pois se esse "sistema" não estiver regulamentado, sendo o artigo 74 uma norma constitucional de eficácia limitada, a falta de fiscalização estaria relacionada à falta de regulamentação, o que sem dúvida, nessa situação, poderia ensejar a mora inconstitucional do Legislador. Por outro lado, se o artigo for de eficácia plena, o controle interno não estaria sendo realizado por falta de aparelhamento normativo, e sim por falta de vontade política, o que ainda provocaria uma omissão inconstitucional dos Poderes, haja vista que o artigo não demarca uma faculdade, mas sim uma obrigação, sob pena de responsabilidade civil solidária.

A doutrina não estabeleceu resposta para essa questão deveras importante e, de certo, nem se atentou para ela. Em pesquisa realiza-

³⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília-DF: Senado, 1988. Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional. § 1º - Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária. § 2º - Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União. (grifo do autor).

da viu-se que o professor Celso Antônio Bandeira de Mello³⁶ indica algumas leis que estabelecem normas gerais para o controle interno da Administração Pública, como a Lei n. 4.320, de 17 de Março de 1964, que contém normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle de orçamentos e balanços; a Lei Complementar n. 101, de 04 de Maio de 2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal; e a Lei n. 10.180, de 06 de Fevereiro de 2001, que organiza e disciplina os Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Contabilidade Federal e de Controle Interno do Poder Executivo Federal.

A conclusão a que se chega é pela falta de vontade política dos agentes públicos em promover esse controle interno. Se por um lado há carência de legislação que regulamente, por meio de normas gerais e especiais, os mecanismos jurídicos e políticos de controle da gestão orçamentária, por outro lado não se pode dizer que não há meios nem instrumentos para a promoção eficaz desse controle.

A par da existência dessas leis, fato é que o controle interno da Administração Pública, especialmente no que diz respeito à execução do orçamento, não tem sido levado a efeito pelos Poderes. Tanto é assim que uma execução de quase zero por cento e cortes orçamentários de mais de setenta por cento do planejamento legislativo não podem ser consideradas ações acobertadas pela legalidade, nem pela juridicidade e, outrossim, são ações que não conquistam eficiência na gestão do dinheiro público. O que se vive hoje no Brasil é verdadeira situação de inconstitucionalidade na gestão orçamentária, agravada pela ausência de controle interno da execução desse orçamento.

Como se vem afirmando ao longo deste trabalho, essas ações e omissões flagrantemente inconstitucionais têm prejudicado a concretização do princípio jurídico da dignidade da pessoa humana, especialmente no que toca ao seu núcleo de sentido, e, assim, têm obstado a conquista da efetividade dos direitos sociais, que são os primeiros alvos de cortes pelo Executivo.

A falta desse controle interno tem enfraquecido um dos papéis do direito constitucional que é a consagração da democracia como forma ideal de prática política. A crise do Estado Democrático de Direito brasileiro tem como principais fatores a falta de representatividade dos agentes políticos, a burocratização excessiva da Administração Pública, impedindo acesso e controle dos cidadãos comuns sobre as

³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 929.

atividades públicas por falta de conhecimento técnico, e a concepção de democracia e de cidadania reduzida aos processos eleitorais de formação de governos³⁷.

Como afirma Anna Maria Campos³⁸, a falta de controle interno efetivo por parte dos agentes estatais e a ausência de penalidade pelo descumprimento dessas obrigações tem enfraquecido o ideal democrático do governo pelo povo, porque expõe os cidadãos aos perigos da burocracia.

Além disso, o controle interno, embora importante, não basta para que os serviços públicos³⁹ sejam oferecidos conforme as necessidades populares. Ele não garante que o Poder será exercido para o bem do povo e conforme as necessidades e prioridades deste. É necessário um tipo de controle que vai além dos mecanismos estatais de fiscalização de legalidade e juridicidade: o controle social.

A ideia de controle social é considerada um conteúdo mínimo nas teorias acerca de democracia⁴⁰. Pode ser definido como a possibilidade de o povo exercer algum tipo de controle e fiscalização não jurídica sobre a atuação dos agentes políticos. São formas de controle social: manifestações, passeatas, protestos ou outras maneiras de desobediência civil, normalmente organizadas por movimentos sociais e estudantis, sindicatos, sociedades civis organizadas e organizações não-governamentais, que chamam a atenção desses agentes para as vontades e necessidades do povo. É a população demonstrando suas prioridades de gastos aos governantes. Qualquer tipo de repressão policial contra essas formas de controle social fere nuclearmente o princípio democrático e o sistema constitucional brasileiro.

Entretanto, é bom ressaltar que o controle social vem sofrendo, ao longo das últimas décadas, intenso processo de estigmatização e enfraquecimento. Além das violentas repressões policiais que esses

³⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. *Democratizar a Democracia. Os caminhos da democracia participativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p.44.

³⁸ CAMPOS, Anna Maria. *Accountability – Quando poderemos traduzi-la para o português?* *Revista de Administração Pública*, n. 24, 1999. pp. 30-50.

³⁹ "Serviços públicos são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocados pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade". In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O conceito de Serviços Públicos no Direito Constitucional Brasileiro*. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*, n. 17, 2009. Disponível em: <www.direitodoestado.com/redae>. p. 31. Acesso em: 15 jun 2012.

⁴⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *Papéis do Direito Constitucional no Fomento do Controle Social Democrático: algumas propostas sobre o tema da informação*. *LRBarroso*. Disponível em: <www.lrbarroso.com.br>. p. 6. Acesso em: 15 maio 2012.

movimentos sofrem, o próprio acesso do povo aos órgãos e às contas públicas é difícil porque a burocracia é muito grande. Nesse particular, é necessário fazer uma rápida digressão, apontando para um contraponto: o governo federal, sobretudo, entende que o dever de fiscalização/ controle social é exercido porque está disponibilizado, no chamado "Portal da Transparência"⁴¹, todos os repasses de verbas para os entes federados. Contudo, esse raciocínio revela-se reducionista, uma vez que apenas realça o caráter de transparência que deve caracterizar os gastos públicos. Ao revés, não tem o condão de proporcionar um efetivo controle por parte de toda a população, já que este controle só se dá, de forma efetiva, a partir dos mecanismos acima mencionados.

Por conseguinte, as precariedades sociais têm sido apresentadas para o Poder Judiciário, nas ações individuais e coletivas, pedindo proteção às situações de indignidade, ocasionando o fenômeno da judicialização dos direitos sociais, muito pela falta de confiança política nos representantes do Legislativo e Executivo. É um tipo de controle que a sociedade pode exercer perante a Administração Pública, mas o controle jurídico não é ideal, não devendo tornar-se a regra, por problemáticas que extrapolam a temática eleita para este trabalho.

Cabe ressaltar, ainda, que essa realidade de fragilidade entre o que é dotado e o que é executado revela uma situação de grande periculosidade para a recente democracia nacional: o desequilíbrio entre os Poderes, visto que as escolhas de um podem ser preteridas pela atividade de outro. O Legislativo, enfatiza-se, tem cumprido papel meramente ornamental no que toca ao processo orçamentário brasileiro.

Por fim, do ponto de vista normativo, não se verifica na ordem constitucional ou na ordem infraconstitucional nenhum dispositivo que atribui esse amplo poder discricionário ao Executivo na gestão do orçamento público⁴². Pelo contrário, essa realidade fere princípios constitucionais fundamentais, em seus núcleos semânticos. É necessário e urgente que se repense esse modelo de execução orçamentário desenvolvido e trace limites mais claros nos juízos de conveniência e oportunidade do Executivo. Para tanto, a participação da sociedade é imprescindível a fim de que as promessas da modernidade traçadas na Constituição sejam efetivamente alcançadas.

⁴¹ V. <<http://www.portaltransparencia.gov.br/>>.

⁴² MENDONÇA, Eduardo. Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O Esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Orgs.). *Op. cit.*, p. 260.

5. CONCLUSÃO

Ainda hoje, predominante é o pensamento que diferencia os direitos fundamentais quanto à geração de custos para o Estado. Dessa linha, forma-se um posicionamento que privilegia a efetivação dos direitos individuais em detrimento dos direitos sociais, que aqui se chama de tratamento diferenciado dispensado aos direitos sociais. A eficácia diferenciada entre ambas as dimensões de direitos vale-se, principalmente, do tratamento desigual que elas recebem dentro de espaços jurídicos e políticos.

A recente teoria dos custos desconstrói essa distinção baseando-se, para tanto, na positividade de ambas as dimensões de direitos e, não obstante, persiste o tratamento que prejudica a efetivação dos direitos sociais.

Afirmada e confirmada a premissa de que todos os direitos demandam recursos estatais para implementação e a partir da análise de como é a atuação dos Poderes nas escolhas de investimento, conclui-se que a natureza e a raiz desse posicionamento diferenciador têm índole ideológica⁴³.

Fatores ideológicos, contudo, não devem preponderar quando o que está em jogo é a satisfação de necessidades essenciais para a existência humana. Não estão sob a margem de escolhas de investimento do Legislativo ou do Executivo determinados direitos subjetivos, pois a satisfação desses direitos envolve um objetivo constitucional muito maior, que é fundamento do Estado brasileiro: a dignidade da pessoa

⁴³ Tercio Sampaio assevera: "Como é intuitivo, sendo os valores núcleos significativos muito abstratos, é preciso ainda outro mecanismo integrador, capaz de conferir-lhes um mínimo de consistência concreta, ainda que genérica. Isso é função das *ideologias*. Estas são conjuntos mais ou menos consistentes, últimos e globais de avaliações dos próprios valores. Assim, enquanto os valores, por sua abstração, são expressões abertas e flexíveis, as ideologias são rígidas e limitadas. Elas atuam, ao avaliar os valores, no sentido de tornar conscientes os valores, estimando as estimativas que em nome deles se fazem, garantindo assim o consenso dos que precisam expressar seus valores, estabilizando, assim, em última análise, os conteúdos normativos. Temos, pois, a justiça no *sentido liberal, comunista, fascista etc.* As ideologias, portanto, conjugam os valores, hierarquizando-os, permitindo que se os identifique, quando em confronto, que se opte pela justiça contra a ordem ou pela ordem contra a liberdade, pela dignidade contra a vida etc. Ao contrário dos valores, que são núcleos significativos mais abstratos e podem, por isso, representar mais genericamente o sentido do consenso social, as ideologias são fechadas, delimitadas, não dialogam, mas polemizam entre si e buscam a hegemonia de umas sobre as outras" (grifos no original). In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 112-113.

humana, cuja representação em termos materiais consiste na garantia de um mínimo existencial.

O problema político social brasileiro não é a escassez de recursos, e sim como esses recursos são administrados e manejados. A crise de eficácia dos direitos sociais e, juntamente, a pobreza não encontram suas causas no déficit de fatores de produção, mas num sistema econômico individualista e desigual⁴⁴.

Tendo em vista que todos os direitos precisam de uma estrutura de previsão orçamentária para que possam ser efetivados por meio das políticas governamentais, verifica-se a importância do debate financeiro para a concretização dos direitos fundamentais. Tal análise econômica dos direitos fundamentais possibilita o reconhecimento das possibilidades de eficácia desses direitos num cenário social no qual os recursos são finitos e as necessidades infinitas.

Entretanto, o modelo de execução orçamentário brasileiro revela um desequilíbrio inadmissível entre os Poderes. O sistema orçamentário nacional caracteriza-se por concentrar a função política de escolhas de investimento no âmbito de Poder Executivo, realidade essa que não se distancia muito do regime autoritário presente anterior a Constituição de 1988. Isso tem prejudicado cabalmente os projetos legislativos, na medida em que esse Poder exerce função meramente simbólica no sistema político nacional. A harmonia e a independência entre os poderes, postulados máximos componentes da ideia de separação dos poderes - princípio erigido como cláusula pétrea no sistema constitucional brasileiro (artigo 60, §4º) -, são elementos que não se enxerga diante dessa realidade indubitavelmente inconstitucional.

Os cortes executivos são altos, principalmente nas políticas públicas que envolvem a efetivação de direitos sociais. O Executivo tem discricionariedade ampla para realizar esses contingenciamentos, não precisando sequer justificar ou motivar suas escolhas. Nesse cenário, alguns direitos fundamentais têm perdido muitos investimentos,

⁴⁴ "A pobreza e a desigualdade estão sendo retiradas da arena pública e do seu domínio próprio que é o da justiça, da igualdade e da cidadania, e se transformando numa questão que é técnica ou filantrópica. Em algum momento se anunciou que os pobres eram cidadãos e que, portanto, deveriam ver reconhecidos os seus direitos. Hoje, cada vez mais passam a ser apresentados não mais como cidadãos, mas como carentes que devem ser atendidos pela caridade, seja ela pública ou privada." In. DAGNINO, Evelina. Para retomar a reinvenção democrática: qual cidadania, qual participação? **Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas. Fórum Social Nordeste**. Disponível em: <https://www.ibase.br/userimages/evelina_dagnino_port.pdf>. Acesso em: 10 abr 2012.

como se demonstrou pela tabela 1 supra, em detrimento do projeto político particular do Poder Executivo. Simultaneamente, outras áreas recebem créditos adicionais, o que torna ainda mais claro que é o Executivo que tem o poder de agenda sobre os projetos políticos desenvolvidos no território nacional.

Por fim, verifica-se que a crise de efetividade dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais, é parte de outras complicações também grandes, como a falta de representatividade dos agentes políticos, a extrema burocratização, o combate policial para reprimir formas de controle social pela população, a concepção estrita de cidadania, e, principalmente, um sistema de execução orçamentária no qual prevalecem as ideologias em detrimento das prioridades constitucionais. Tais fatores demarcam o principal traço da crise do Estado Democrático de Direito brasileiro. É necessário repensar o sistema político nacional, revisando-o em consonância à ideia da força cogente dos direitos fundamentais, como paradigma de transformação política.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. 125 p.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O conceito de Serviços Públicos no Direito Constitucional Brasileiro*. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo**, n. 17, 2009. Disponível em: <www.direitodoestado.com/redae>. p. 31. Acesso em: 15 jun 2012.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Papéis do Direito Constitucional no Fomento do Controle Social Democrático: algumas propostas sobre o tema da informação. **LRBarroso**. Disponível em: <www.lrbarroso.com.br>. p. 6. Acesso em: 15 maio 2012.
- BARROSO, Luís Roberto de. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 368 p.
- CAMPOS, Anna Maria. *Accountability – Quando poderemos traduzi-la para o português?* **Revista de Administração Pública**, n. 24, 1999. pp. 30-50.
- DAGNINO, Evelina. Para retomar a reinvenção democrática: qual cidadania, qual participação? **Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas. Fórum Social Nordeste**. Disponível em: <https://www.ibase.br/userimages/evelina_dagnino_port.pdf>. Acesso em: 10 abr 2012.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora FGV, 1999. 232p.
GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Renovar: Rio de Janeiro, 2002. pp. 139-223.

LEITÃO, Miriam. Governo vai tirar dinheiro da infraestrutura para subsidiar gasolina. **O Globo**. Abr 2011. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/miriam/posts/2011/04/15/governo-vai-tirar-dinheiro-de-infraestrutura-para-subsidiar-gasolina-374991.asp>>. Acesso em: 15 abr 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 1102p.

MENDES, Gilmar. Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 23, julho/agosto/setembro de 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-23-JULHO-2010-GILMAR-MENDES.pdf>>. Acesso em: 14 mar 2012.

MENDONÇA, Eduardo. Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O Esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Orgs.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. pp. 231-279.

PISCITELLI, Roberto Bocaccio. *Orçamento autorizativo X orçamento impositivo*. **Biblioteca Digital Câmara dos Deputados**. Brasília, Set 2006. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1636/orcamento_autorizativo_piscitelli.pdf?sequence=1>. Acesso em: 05 abr 2012.

PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. *A Economia Arbitragem: escolha racional e geração de valor*. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 4, n. 1, Jun. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322008000100002&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 maio 2012.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2001. 391p.

SALLES, Rubens. Da educação que temos para a sociedade que queremos. **Le Monde Diplomatique Brasil**. São Paulo, n. 37, ago. 2010.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Democratizar a Democracia. Os caminhos da democracia participativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. 678p.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 501 p.

SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Orgs.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 385 p.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. 464 p.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista Direito GV**. São Paulo, n. 4, Jul-Dez 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a09v4n2.pdf>>. Acesso em: 10 mar 2012.

Artigo recebido em 20/09/2012 – Aprovado em 10/10/2012.

A IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DOS ESTADOS: A PRÁTICA ESTATAL BRASILEIRA E INTERNACIONAL

Pedro Guimarães VIEIRA¹

Sumário

1- A ORIGEM DA IMUNIDADE ESTATAL: AS PRIMEIRAS DECISÕES DE CORTES NACIONAIS.....	2
1.1-O caso Schooner Exchange v. McFaddon	3
1.2-O caso United States v. Planters' Bank of Georgia.....	4
1.3 - O Entendimento da Comissão de Direito Internacional.....	5
2-A PRÁTICA ESTATAL BRASILEIRA: DA IMUNIDADE ABSOLUTA À IMUNIDADE LIMITADA.....	7
3-A RELATIVIZAÇÃO DA IMUNIDADE ESTATAL POR ATOS JURE IMPERII.....	11
3.1- As Decisões das Cortes Nacionais Italianas e Gregas.....	11
3.2 - As Decisões da Corte Européia de Direitos Humanos.....	12
3.3- A Decisão da Corte Internacional de Justiça.....	15
3.3.1 - O Princípio Territorial do Ato Ilícito.....	15
3.3.2. A Violação de Normas Jus Cogens.....	17
3.3.3. O Último Recurso Disponível.....	20
4 - CONCLUSÃO.....	20

¹ Aluno de Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

A IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DOS ESTADOS: A PRÁTICA ESTATAL BRASILEIRA E INTERNACIONAL

RESUMO

A imunidade de jurisdição dos Estados perante cortes nacionais estrangeiras surgiu como uma regra consuetudinária absoluta, não admitindo, conseqüentemente, nenhum tipo de limitação. Todavia, o Direito Internacional Costumeiro evoluiu de modo a estabelecer uma separação entre atos *jure imperii*, ações do Estado enquanto entidade soberana, e atos *jure gestionis*, ações do Estado enquanto ente privado. De acordo com a teoria da imunidade de jurisdição limitada, estas ações não estariam mais imunes à jurisdição dos tribunais de outros Estados, enquanto aquelas permaneceriam imunes. Atualmente, alega-se que o Direito Internacional Consuetudinário apresenta uma tendência de desconsiderar a imunidade de jurisdição em relação a certos atos *jure imperii*, conforme já reconhecido em algumas decisões de cortes nacionais e em opiniões dissidentes de julgamentos internacionais. Portanto, o objetivo desse artigo é analisar o posicionamento da jurisprudência brasileira dessa temática e avaliar a prática estatal internacional para determinar se já existe uma norma costumeira no Direito Internacional que restringe as hipóteses em que o Estado pode alegar a imunidade de jurisdição por atos *jure imperii* ou se há somente um processo ainda incipiente de evolução.

PALAVRAS-CHAVE - Imunidade de Jurisdição Estatal. Prática Brasileira. Decisões de Cortes Nacionais Estrangeiras. Corte Européia de Direitos Humanos. Corte Internacional de Justiça.

THE JURISDICTIONAL IMMUNITY OF STATES: BRAZILIAN AND INTERNATIONAL STATE PRACTICE

ABSTRACT

The Jurisdictional Immunity of States before domestic courts of foreign States has arisen as an absolute international customary rule, which did not accept, consequently, any kind of limitation. However, Customary International Law has evolved so as to establish a distinction between *jure imperii* acts, which are carried out by the State as a sovereign entity, and *jure gestionis* acts, which the State commits as a private entity. Pursuant to the theory of the Limited Jurisdictional Immunity of State,

the latter actions may be adjudged before domestic courts of other States, whereas the former are protected against any lawsuit brought before foreign national courts. Currently, it has been ascertained that Customary International Law presents a tendency of disregarding jurisdictional immunity in relation to certain *jure imperii* acts, as it has been recognized in the decisions of some domestic courts and in dissenting opinions of international judgments. Therefore, the aim of this article is to analyze the understanding of Brazilian tribunals and assess State practice regarding this issue in order to determine whether there is a customary rule of International Law restraining the hypothesis in which a State may allege jurisdictional immunity for *jure imperii* acts or if it is just an inchoate TREND IN INTERNATIONAL LAW.

KEYWORDS - Jurisdictional Immunity of States. Brazilian Practice. Decisions of Foreign National Courts. European Court on Human Rights. International Court of Justice.

1- A ORIGEM DA IMUNIDADE ESTATAL: AS PRIMEIRAS DECISÕES DE CORTES NACIONAIS

A origem da imunidade de jurisdição encontra-se nos Estados Absolutistas, nos quais o governante era a própria representação do Estado, não podendo, por essa razão, responder civil ou penalmente por seus atos. Todavia, com o passar do tempo, a figura do governante foi sendo substituída pela idéia abstrata do Estado enquanto pessoa jurídica de direito internacional público.²

Os doutrinadores de Direito Internacional divergem quanto ao modo de constituição inicial da Imunidade de Jurisdição. Para uma primeira corrente, ela teria surgido como uma consequência lógica da idéia de que os Estados são iguais e independentes. Dentro dessa linha de pensamento, submeter um Estado à jurisdição de outro ente soberano implicaria estabelecer uma relação de inferioridade daquele para com este, enfraquecendo, outrossim, a sua noção de independência. Assim sendo, a imunidade de jurisdição nos seus primórdios teria

²SHAW, Malcolm N. International Law, 6ª ed (New York: Cambridge University Press, 2008), pp. 697-698.

um caráter absoluto³, o qual fica evidente no brocado "*par in parem non habet imperium*" (entre pares não há superior).⁴

Uma segunda, corrente, no entanto, alega que o conceito de imunidade de jurisdição absoluta foi desenvolvido apenas nos países de Common Law, sobretudo os Estados Unidos, principalmente a partir da decisão da Suprema Corte Americana no caso *Schooner Exchange v. McFaddon*. De acordo com esse entendimento, os demais países, entre a segunda metade do século XIX e a primeira metade do século XX, desenvolveram uma noção de imunidade relativa, como se pode ver em decisões na Itália, Bélgica, Suíça, Argentina, Egito e Irlanda.⁵

Todavia, há ainda uma terceira corrente que questiona se os países de Common Law desenvolveram inicialmente um conceito de imunidade de jurisdição absoluta.⁶ Para corroborar essa tese, cumpre analisar as decisões da Suprema Corte Americana nos casos *Schooner Exchange v. McFaddon* e *United States v. Planters' Bank of Georgia*.

1.1. O caso *Schooner Exchange v. McFaddon*

Esta ação foi interposta em 24 de Agosto de 1811 pelos Srs. John McFaddon e William Greetham, os quais eram proprietários da escuna *Exchange* que, enquanto velejava rumo à Espanha, foi tomada à força por pessoas agindo sob as ordens de Napoleão Bonaparte. Diante dessa situação, os autores, por meio da presente demanda, buscavam restabelecer seu controle sobre a escuna, que, tendo sido transformada em um navio de guerra, aportou na Filadélfia dois anos mais tarde para reparar certos danos sofridos em decorrência de uma tempestade.

Ao analisar este quadro fático, a Suprema Corte Americana entendeu que havia uma diferença entre atos do Estado, ou de seu

³ A única hipótese, de acordo com este entendimento, em que poderia haver o julgamento de um Estado perante as cortes domésticas de outro Estado seria se aquele consentisse em submeter a questão ao julgamento daquele. Neste sentido, ver nota 12 infra.

⁴ *Ibid.*, p. 701.

⁵ BYERS, Michael. Custom, power and the power of rules. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 110-111; Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with commentaries, pp. 37-38. Yearbook of the International Law Commission, 1991, vol. II, Part Two.

⁶ MURRAY, Michael D. Jurisdiction under the foreign sovereign immunities act for nazi war crimes of plunder and expropriation. *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, New York, v. 7, issue 2, p. 223-286, 2004. p. 225.

governante propriamente, enquanto indivíduo privado e os atos típicos inerentes ao aparato estatal, como as ações de suas forças armadas. Assim sendo, esta Corte pareceu estabelecer, ainda que de modo tênue, a separação entre os atos *jure gestionis* e os atos *jure imperii*, sendo que estes são imunes à jurisdição das cortes nacionais de outro Estado e aqueles não. Neste sentido, cumpre transcrever o trecho da decisão em que esta conclusão foi feita:

"Sem indicar qualquer opinião sobre a questão, pode ser seguramente afirmado que há uma distinção manifesta entre uma propriedade privada de uma pessoa que porventura é um príncipe e aquela força militar que suporta o poder soberano e mantém a dignidade e a independência de uma nação. Um príncipe, ao adquirir uma propriedade privada em um país estrangeiro, pode ser considerado como submetendo esta propriedade à jurisdição territorial; ele pode ser considerado com despendo-se do príncipe e assumindo o caráter de um indivíduo privado, mas isso ele supostamente não pode fazer com relação a qualquer porção da força armada que sustenta sua Coroa e a nação que ele foi confiado a governar."⁷ (tradução livre)

Desse modo, a Corte julgou que não poderia conhecer do recurso, porquanto o ato sob análise fora praticado pelas forças armadas francesas. Transcreve-se abaixo o parágrafo final do referido julgamento:

"Se o raciocínio precedente está correto, o *Exchange*, sendo um navio de guerra público a serviço de um ente soberano estrangeiro com o qual o governo dos Estados Unidos está em paz, e tendo entrado em um porto americano aberto a sua recepção,

⁷ "Without indicating any opinion on this question, it may safely be affirmed that there is a manifest distinction between the private property of the person who happens to be a prince and that military force which supports the sovereign power and maintains the dignity and the independence of a nation. A prince, by acquiring private property in a foreign country, may possibly be considered as subjecting that property to the territorial jurisdiction; he may be considered as so far laying down the prince and assuming the character of a private individual, but this he cannot be presumed to do with respect to any portion of that armed force which upholds his Crown and the nation he is entrusted to govern." Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/11/116/case.html>. Acessado em: 13/09/2012.

nos termos sob os quais os navios de guerra têm geralmente sua entrada permitida nos portos de uma potência amiga, deve-se considerar que ele veio ao território americano sob a promessa implícita de que, enquanto necessariamente dentro deste país e comportando-se de maneira amigável, deveria estar isento da jurisdição desse país.”⁸ (tradução livre)

1.2. O caso *United States v. Planters' Bank of Georgia*

Esta ação foi interposta após a aprovação da emenda nº 11 à Constituição Americana, a qual assegura que os Estados da Federação americana não podem ser processados por cidadãos de outros Estados desta Federação ou por cidadãos de Estados Estrangeiros. Neste contexto, uma ação foi interposta contra o *Planter's Bank of Georgia*, do qual o governo do Estado americano da Geórgia era um dos sócios. Assim sendo, a Suprema Corte, mantendo o posicionamento do caso *Schooner Exchange v. McFaddon*, entendeu que:

“É, nós pensamos, um princípio consolidado que quando o governo torna-se sócio em qualquer empresa de comércio, ele se desveste, no que se refere a transações da empresa, de seu caráter soberano e participa dela como um cidadão privado. Ao invés de comunicar para a companhia seus privilégios e prerrogativas, o estado desce ao nível daqueles com os quais ele se associa e adquire o caráter que pertence aos seus associados, e ao negócio que está para ser transacionado. Assim, muitos Estados desta União que têm um interesse em bancos podem ser processados mesmo em suas próprias cortes; e, ainda, nunca isentam a corporação de qualquer

⁸ “If the preceding reasoning be correct, the *Exchange*, being a public armed ship in the service of a foreign sovereign with whom the government of the United States is at peace, and having entered an American port open for her reception on the terms on which ships of war are generally permitted to enter the ports of a friendly power, must be considered as having come into the American territory under an implied promise that while necessarily within it and demeaning herself in a friendly manner, she should be exempt from the jurisdiction of the country.” Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/11/116/case.html>. Acessado em: 13/09/2012.

ação. O Estado da Geórgia, ao dar ao seu banco a capacidade de processar e ser processado, voluntariamente tirou seu caráter soberano no que se refere às transações do banco e abdica todos os privilégios de seu caráter. Como membro de uma corporação o governo nunca exerce sua soberania. Ele age meramente como um sócio, e somente exerce os poderes de gerenciamento dos negócios da corporação que são expressamente concedidos pelo ato de incorporação. O governo da União detém ações no velho Banco dos Estados Unidos, mas os privilégios do governo não se comunicam ao banco. Os Estados Unidos não são parte nos procedimentos trazidos pelo ou contra o banco no sentido da Constituição. Então, em relação ao presente banco, processos instaurados por ou contra ele não são entendidos como instaurados por ou contra os Estados Unidos. O governo, ao se tornar um sócio, abandona sua soberania em relação às transações da corporação, e não exerce nenhum poder ou privilégio que não deriva do ato constitutivo. Nós pensamos, assim, que o *Planter's Bank* da Geórgia não está isento de ser processado perante cortes federais pelo fato de um Estado ser seu sócio.”⁹ (tradução livre)

⁹ “It is, we think, a sound principle that when a government becomes a partner in any trading company, it divests itself, so far as concerns the transactions of that company, of its sovereign character and takes that of a private citizen. Instead of communicating to the company its privileges and its prerogatives, it descends to a level with those with whom it associates itself and takes the character which belongs to its associates, and to the business which is to be transacted. Thus, many states of this Union who have an interest in banks are suable even in their own courts; yet they never exempt the corporation from being sued. The State of Georgia, by giving to the bank the capacity to sue and be sued, voluntarily strips itself of its sovereign character so far as respects the transactions of the bank and waives all the privileges of that character. As a member of a corporation, a government never exercises its sovereignty. It acts merely as a corporator, and exercises no other power in the management of the affairs of the corporation than are expressly given by the incorporating act. The government of the Union held shares in the old Bank of the United States, but the privileges of the government were not imparted by that circumstance to the bank. The United States was not a party to suits brought by or against the bank in the sense of the Constitution. So with respect to the present bank. Suits brought by or against it are not understood

1.3 – O Entendimento da Comissão de Direito Internacional

A partir da análise das decisões supramencionadas da Suprema Corte Americana, conclui-se que a prática jurisprudencial desse país no início do século XIX oferece suporte à teoria limitada da imunidade de jurisdição. Entretanto, alguns doutrinadores afirmam que esta mesma Corte em decisão de 1926 no caso *Berizzi Bros. Co. v. SS Pesaro* adotou a teoria da imunidade de jurisdição absoluta ao sustentar que um navio estatal utilizado para o transporte de mercadorias e passageiros, tinha imunidade perante cortes domésticas de outro país.¹⁰ Neste sentido, cumpre transcrever uma parte do acórdão:

“A decisão do [caso] *The Exchange*, portanto, não pode ser considerada como excluindo navios mercantes mantidos e usados pelo governo dos princípios ali anunciados. De modo contrário, se tais navios enquadram-se nesses princípios, deve-se entender que eles têm a mesma imunidade de um navio de guerra, na ausência de um tratado ou es-

to be brought by or against the United States. The government, by becoming a corporator, lays down its sovereignty so far as respects the transactions of the corporation, and exercises no power or privilege which is not derived from the charter. We think, then, that the Planters' Bank of Georgia is not exempted from being sued in the federal courts by the circumstance that the state is a corporator.” Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/22/904/case.html>. Acessado em: 12/09/2012.

¹⁰MURRAY, Michael D. Jurisdiction under the foreign sovereign immunities act for nazi war crimes of plunder and expropriation. *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, New York, v. 7, issue 2, p. 252, 2004, nota 21. Há quem afirme, todavia, que esta decisão manteve a adoção da teoria da imunidade de jurisdição limitada, porquanto simplesmente considerou que as ações comerciais praticadas pelo Estado para aumentar a circulação de mercadorias entre seu povo e para obter dinheiro para investir em seu bem-estar deve ser considerada ato *jure imperii* e estar, portanto, imunes à jurisdição de um Estado estrangeiro. Esta conclusão parece ter sido tirada do trecho da decisão: “We think the principles are applicable alike to all ships held and used by a government for a public purpose, and that when, for the purpose of advancing the trade of its people or providing revenue for its treasury, a government acquires, mans, and operates ships in the carrying trade, they are public ships in the same sense that war ships are. We know of no international usage which regards the maintenance and advancement of the economic welfare of a people in time of peace of any less a public purpose than the maintenance and training of a naval force.” Disponível em: <http://supreme.vlex.com/vid/berizzi-brothers-v-pesaro-20025153>. Acessado em 20/09/2012.

tatuto dos Estados Unidos evidenciando uma intenção diversa.”¹¹(tradução livre)

Esta opinião foi corroborada pela Comissão de Direito Internacional (CDI) em seu comentário aos artigos do projeto de Tratado sobre Imunidade Estatal, no qual ela mencionou que:

“O primeiro claro pronunciamento sobre a imunidade limitada pela Suprema Corte Americana, baseada na distinção entre atos *jure imperii* e atos *jure gestionis*, veio em 1921 no caso *The ‘Pesaro’* (Estados Unidos da América, *The Federal Reporter*, vol. 277 (1922), 473, p. 479-480; veja também *AJIL* (Washington, D.C), vol. 21 (1927), p. 108). Essa distinção foi sustentada pelo Departamento de Estado, mas rejeitada pela Suprema Corte em 1926, no [caso] *Berizzi Brothers Co. v. The S.S. ‘Pesaro’* (Estados Unidos da América, *Reports*, vol. 271 (1927), p. 562).”¹² (tradução livre)

Ademais, ressalte-se que a jurisprudência dos demais países apresenta oscilações consideráveis entre imunidade de jurisdição absoluta e limitada, sendo difícil precisar o modo como o instituto da imunidade configurou-se em sua origem. Neste sentido, a CDI assim se posicionou:

“A formulação do artigo 5, que expressa o princípio principal da Imunidade Estatal, tem sido difícil, como ela se refere a um problema delicado. Teorias legais existentes sobre a exata natureza e base da imunidade. Há um comum acordo que em relação

¹¹“The decision in *The Exchange* therefore cannot be taken as excluding merchant ships held and used by a government from the principles there announced. On the contrary, if such ships come within those principles, they must be held to have the same immunity as war ships, in the absence of a treaty or statute of the United States evincing a different purpose.” Disponível em: <http://supreme.vlex.com/vid/berizzi-brothers-v-pesaro-20025153>. Acessado em 20/09/2012.

¹²“The first clear pronouncement of restrictive immunity by a United States court, based on the distinction between *acta jure imperii* and *acta jure gestionis*, came in 1921 in *The ‘Pesaro’* case (United States of America, *The Federal Reporter*, vol. 277 (1922), pp. 473, at 479-480; see also *AJIL* (Washington, D.C.), vol. 21 (1927), p. 108). This distinction was supported by the Department of State, but rejected by the Supreme Court in 1926 in *Berizzi Brothers Co. v. The S.S. ‘Pesaro’* (*United States Reports*, vol. 271 (1927), p. 562).” Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with commentaries, p. 37, nota 15. Yearbook of the International Law Commission, 1991, vol. II, Part Two.

a atos executados no exercício de *prerogatives de la puissance publique* [prerrogativas de poder público] ou 'autoridade soberana do Estado', há inquestionavelmente imunidade. Além ou ao redor do ponto central da imunidade, parece haver uma zona cinzenta em que opiniões, decisões existentes e legislações ainda variam. Algumas dessas indicam que a imunidade constitui uma exceção ao princípio da soberania territorial do Estado do foro e, em razão disso, deveria ser demonstrada em cada caso concreto. Outros referem-se à imunidade estatal como um regra geral ou um princípio geral de direito internacional. Essa regra não é absoluta, de todo modo, pois mesmo a mais ampla teoria de imunidade admite uma importante exceção, qual seja, o consentimento, que forma as bases de outro princípio do direito internacional.¹³ (tradução livre)

Desse modo, pretende-se agora analisar as decisões dos tribunais superiores brasileiros para perceber qual é a posição adotada pelo Brasil e também sua evolução ao longo do tempo. Posteriormente, analisar-se-á decisões de cortes nacionais de outros países e de tribunais internacionais, como a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Internacional de Justiça, para entender como tem se dado a evolução normativa no campo da imunidade de jurisdição.

¹³ "The formulation of article 5, which expresses the main principle of State immunity, has been difficult, as it is a delicate matter. Legal theories abound as to the exact nature and basis of immunity. There is common agreement that for acts performed in the exercise of the *prerogatives de la puissance publique* or "sovereign authority of the State", there is undisputed immunity. Beyond or around the hard core of immunity, there appears to be a grey area in which opinions and existing case law and, indeed, legislation still vary. Some of these indicate that immunity constitutes an exception to the principle of territorial sovereignty of the State of the forum and as such should be substantiated in each case. Others refer to State immunity as a general rule or general principle of international law. This rule is not absolute in any event since even the most unqualified of all the theories of immunity admits one important exception, namely, consent, which also forms the basis for other principles of international law." Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with commentaries, p. 23. Yearbook of the International Law Commission, 1991, vol. II, Part Two.

2- A PRÁTICA ESTATAL BRASILEIRA: DA IMUNIDADE ABSOLUTA À IMUNIDADE LIMITADA

O Ordenamento Jurídico Brasileiro não inviabiliza o exercício da atividade jurisdicional em face de uma Pessoa Jurídica de Direito Internacional Público, como se depreende dos dispositivos constitucionais abaixo transcritos:

"Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

II - julgar, em recurso ordinário:

(...)

c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País;"

"Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

(...)

II - as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País;"¹⁴

Entretanto, o instituto da Imunidade de Jurisdição é aplicado pelos Tribunais pátrios, que recepciona o costume internacional¹⁵ no direito interno. Assim sendo, o Supremo Tribunal Federal sustentou durante décadas a doutrina tradicional da Imunidade de Jurisdição, a qual considera tal costume internacional como absoluto, não havendo qualquer exceção à sua aplicação. Neste sentido, cumpre mencionar o entendimento dos acórdãos, cujas ementas seguem abaixo:

¹⁴ Constituição da República Federativa do Brasil, arts. 105,II,C, e 109,II.

¹⁵ O costume internacional é formado por dois elementos: a prática estatal e a *opinio iuris*. A prática estatal corresponde ao elemento objetivo, que pode ser mensurada por atos dos representantes legais do Estado no plano internacional, bem como por decisões das cortes internas do país. Ressalte-se que esta prática estatal não precisa ser unânime, bastando que seja uma prática homogênea compartilhada pela comunidade internacional. A *opinio iuris*, por sua vez, refere-se ao aspecto subjetivo, diz respeito, portanto, à noção íntima que os representantes do Estado têm de que eles agem de determinada forma em virtude de uma norma que os obriga a agir daquela maneira. Neste sentido, ver: SHAW, Malcolm N. *International Law*, 6ª ed (New York: Cambridge University Press, 2008), [doravante, SHAW], pp.72-93. As decisões da Corte Internacional de Justiça são também bastante instrutivas no que concerne os elementos formadores de uma norma consuetudinária, como nos acórdãos: *Continental Shelf (Libyan Arab Jarnahiriyyu v. Malta)*, Merits, ICJ Reports 1985,13, pp. 29-30, para. 27; *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark/ Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Merits, ICJ Reports, 1969, 3, pp. 41/43.

“IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. AÇÃO DE PARTICULAR CONTRA ESTADO ESTRANGEIRO. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA CONTRA A USAID. Não se encontra o estado estrangeiro sujeito à jurisdição da Justiça do Brasil, para responder, perante ela, a ações trabalhistas propostas por empregado seu. Extinção do processo, com base no art. 267, inciso iv, do CPC.”¹⁶

“IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. Ação de particular contra estado estrangeiro, vindicando direitos decorrentes de relação de trabalho. Recusa do estado estrangeiro, no sentido de se submeter à jurisdição local. Não faz presumir renúncia a imunidade de jurisdição o fato de a autoridade estrangeira não haver atendido a nova citação, no juízo a que se deslocou, posteriormente, o feito. Processo julgado extinto. CPC, art-267, vi. Precedentes do STF. Apelação desprovida.”¹⁷

A jurisdição dos tribunais nacionais, contudo, modificou seu entendimento de modo a adequar-se à evolução do direito internacional e do direito nacional de outros países acerca da temática. O STF adotou, então, a Teoria da Imunidade de Jurisdição Limitada, a qual distingue entre atos *jure imperii* e atos *jure gestionis*. Estes são os atos em que o Estado executa típicos de particulares, atuando, portanto, como uma entidade privada; enquanto aqueles são os atos que expressam de modo direito a soberania do Estado. Desse modo, os atos *jure imperii* permanecem imunes perante cortes nacionais, enquanto os atos *jure gestionis* perdem esta prerrogativa. Neste compasso, transcreve-se a ementa do paradigmático acórdão que representou a mudança de posicionamento no STF:

¹⁶ Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, RE 94084, Relator Ministro Aldir Passarinho, Data do Julgamento: 12/03/1986, Data de Publicação: 20/06/1986. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2894084%2EENUME%2E+OU+94084%2EACMS%2E%29&base=baseAcor-daos>. Acessado em: 10/09/2012.

¹⁷ Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ACi 9686 / DF - DISTRITO FEDERAL, Relator Ministro Néri da Silveira, Data do Julgamento: 01/08/1984, Data de Publicação: 31/08/1984. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=25111>. Acessado em: 10/09/2012.

“ESTADO ESTRANGEIRO. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. CAUSA TRABALHISTA.

Não há imunidade de jurisdição para o estado estrangeiro, em causa de natureza trabalhista. Em princípio, esta deve ser processada e julgada pela Justiça do Trabalho, se ajuizada depois do advento da Constituição Federal de 1988 (art. 114). Na hipótese, porém, permanece a competência da Justiça Federal, em face do disposto no parágrafo 10 do art. 27 do A.D.C.T da Constituição Federal de 1988, c/c art. 125, II, da EC nº 1/69. Recurso ordinário conhecido e provido pelo Supremo Tribunal Federal para se afastar a imunidade de jurisdição reconhecida pelo Juízo Federal de 1º Grau, que deve prosseguir no julgamento da causa, como de direito.”¹⁸

A norma consuetudinária de Imunidade de Jurisdição Estatal continuou seu processo de evolução e de conformação com a prática dos tribunais domésticos e de Cortes Internacionais. Neste contexto, diversas ações foram interpostas diante de cortes nacionais sustentando que a norma costumeira relativa à Imunidade de Jurisdição Estatal evoluiu de modo a não permitir que o Estado alegue esta prerrogativa quando: (i) este alegadamente causou morte, lesões pessoais ou dano à propriedade no território do Estado onde ação foi interposta; (ii) este alegadamente violou normas de jus cogens¹⁹; (iii) a ação perante cortes domésticas for o último recurso disponível para o indivíduo assegurar a compensação pelos danos causados.

Analisando a jurisprudência pátria, percebe-se que vários dos argumentos supramencionados foram suscitados em diversas ações interpostas perante o Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF-2), relativas ao naufrágio do barco pesqueiro Changri-lá durante a 2ª Guerra Mundial²⁰. Uma vez que o julgamento em 1ª Instância julgou

¹⁸ Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ACi 9696 / SP - SÃO PAULO, Relator Ministro Sydney Sanches, Data do Julgamento: 31/05/1989, Data de Publicação: 12/10/1990. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=25118>. Acessado em: 10/09/2012.

¹⁹ Conjunto de normas jurídicas formadas por valores fundamentais compartilhados pela comunidade internacional que possuem um status jurídico superior. Ver: KOLB, Robert. *Théorie du Ius Cogens International: Essai de Relecture du Concept*, 1ª ed. (Paris, Presses Universitaires de France, 2001).

²⁰ Barco pesqueiro brasileiro que, no litoral de Cabo Frio, Rio de Janeiro, cruzou a rota de um submarino alemão U-199, que navegava na costa brasileira, sendo então destruído a tiros de canhão, causando a morte de todos os tripulantes.

inadmissível estas demandas em razão da Imunidade de Jurisdição dos Estados Estrangeiros perante cortes nacionais, os autores destas demandas recorreram ao Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso ordinário, nos termos do artigo 105, III, C, da Constituição Federal.²¹ O STJ, todavia, entendeu pela manutenção das decisões recorridas com base no mesmo argumento, como se percebe das ementas transcritas abaixo:

“DIREITO INTERNACIONAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. VÍTIMA DE ATO DE GUERRA. ESTADO ESTRANGEIRO. IMUNIDADE ABSOLUTA.

1 - A imunidade *acta jure imperii* é absoluta e não comporta exceção.

Precedentes do STJ e do STF.

2 - Não há infelizmente como submeter a República Federal da Alemanha à jurisdição nacional para responder a ação de indenização por danos morais e materiais por ato de império daquele País, substanciado em afundamento de barco pesqueiro no litoral de Cabo Frio - RJ, por um submarino nazista, em 1943, durante a Segunda Guerra Mundial.

3 - Recurso ordinário conhecido e não provido.”²²

“DIREITO INTERNACIONAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. BARCO AFUNDADO EM PERÍODO DE GUERRA. ESTADO ESTRANGEIRO. IMUNIDADE ABSOLUTA.

1. A questão relativa à imunidade de jurisdição, atualmente, não é vista de forma absoluta, sendo excepcionada, principalmente, nas hipóteses em que o objeto litigioso tenha como fundo relações de natureza meramente civil, comercial ou trabalhista.

2. Contudo, em se tratando de atos praticados numa ofensiva militar em período de guerra, a imuni-

²¹ Ver *supra* nota 1.

²² Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, RO 66/ RJ- Rio de Janeiro (2008/0042275-3), Relator Ministro Fernando Gonçalves, Data do Julgamento: 15/04/2008. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=2008/0042275-3&data=19/5/2008. Acessado em: 10/09/2012.

dade *acta jure imperii* é absoluta e não comporta exceção.

3. Assim, não há como submeter a República Federal da Alemanha à jurisdição nacional para responder a ação de indenização por danos morais e materiais por ter afundado barco pesqueiro no litoral de Cabo Frio durante a Segunda Guerra Mundial.

4. Recurso ordinário desprovido.”²³

Todavia, impõe-se a análise de decisões de cortes nacionais de outros países, bem como de tribunais internacionais, para se determinar se o posicionamento adotado pelo STJ está em consonância com a norma consuetudinária de Imunidade de Jurisdição de Estados Estrangeiros perante cortes domésticas.

3 - A RELATIVIZAÇÃO DA IMUNIDADE ESTATAL POR ATOS *JURE IMPERII*

3.1- As Decisões das Cortes Nacionais Italianas e Gregas

Analisando-se a jurisprudência de outros países, nota-se que um grande número de decisões sustenta de modo absoluto a imunidade de jurisdição dos Estados por *atos jure imperii*. Neste sentido, cumpre mencionar

Duas decisões, contudo, apresentam uma nova perspectiva sobre esta temática, permitindo a desconsideração da imunidade de jurisdição quando os agentes do Estado causam morte, lesões pessoais ou dano à propriedade no território do Estado onde ação foi interposta e quando ele haja violado normas de jus cogens.

A primeira destas decisões foi prolatada pela Suprema Corte Grega no caso Prefeitura de Voiotia v. República Federal da Alemanha (caso Distomo)²⁴, no qual parentes das vítimas do massacre de Distomo, cometido pelas tropas nazistas durante a Segunda Guerra Mundial. A segunda decisão ocorreu no caso Luigi Ferrini v. República Federal da Alemanha²⁵, no qual a Corte de Cassação Italiana entendeu

²³ Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, RO 72/ RJ- Rio de Janeiro (2008/0087588-6), Relator Ministro João Otávio de Noronha, Data do Julgamento: 18/08/2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=200800875886&data=8/9/2009. Acessado em: 10/09/2012.

²⁴ Prefeitura of Voiotia v. Federal Republic of Germany, case No. 11/2000 (ILR, Vol. 129, p. 513)

²⁵ Ferrini v. Federal Republic of Germany, Decision No. 5044/2004 (Rivista di diritto internazionale, Vol. 87, 2004, p. 539; International Law Reports (ILR), Vol. 128, p. 658

que a Alemanha poderia ser julgada perante as cortes italianas por atos das tropas nazistas, que fizeram o Sr. Luigi Ferrini prisioneiro em território italiano e o obrigaram a executar trabalhos forçados em uma fábrica de munição alemã até o final da Segunda Guerra Mundial.²⁶

3.2 - As Decisões da Corte Européia de Direitos Humanos

A decisão da Suprema Corte Grega não foi executada, porquanto a legislação doméstica daquele país exige a aprovação do Ministro da Justiça para que se possa executar decisões contra Estados Estrangeiros. Uma vez que o Ministro da Justiça não consentiu com a execução da decisão proferida no caso Distomo, os parentes das vítimas do aludido massacre ingressaram contra a Grécia e a Alemanha na Corte Européia de Direitos Humanos (CEHR). Esta Corte, então, negou a pretensão dos autores gregos ao decidir que:

“Referindo-se ao julgamento nº 11/2000 da Corte de Cassação, os autores aparentemente sustentam que o direito internacional relativo aos crimes contra a humanidade é tão fundamental que teria atingido o status de norma de jus cogens, a qual prevaleceria sobre todos os outros princípios de direito internacional, incluindo o princípio da imunidade de jurisdição dos estados. Entretanto, a Corte entende que ainda não há uma aceitação no Direito Internacional da proposição que os Estados não gozam de imunidade em relação a ações civis indenizatórias trazidas contra eles em outros países devido a crimes contra a humanidade (ver Al-Adsani, citado acima, §66). O Governo Grego não pode, portanto, ser obrigado a desconsiderar a regra de Imunidade Estatal contra sua vontade. Isto é verdade pelo menos em relação à atual regra de direito Internacional público, como a Corte julgou no caso Al-Adsani supracitado, mas não preclui um desenvolvimento no Direito Internacional Costumeiro no futuro.” (tradução livre)²⁷

Ao manifestar este entendimento no caso Kalogeropoulou and others v. Greece and Germany, a CEDH manteve o posicionamento que ela já vinha adotando em outras decisões acerca da temática da imunidade de jurisdição. Neste sentido, o caso de um cidadão kuwaitiano-britânico que alegadamente foi torturado por autoridade do Kuwait e, em razão disto, ingressou contra este país perante as Cortes Britânicas, as quais não conheceram de seus pedidos em razão da Imunidade de Jurisdição gozada pelo Kuwait. Diante desta recusa, este cidadão ingressou na CEDH contra o Reino Unido, sustentando que lhe fora negada a prestação jurisdicional a que teria direito. Ao analisar esta situação fática, a CEDH assim se pronunciou:

“Enquanto a Corte aceita, com base nestas autoridades, que a proibição da tortura atingiu o status de norma peremptória no Direito Internacional, ela observa que o presente caso não trata, com no Furundzija e no Pinochet, da responsabilidade criminal de um indivíduo por supostos atos de tortura, mas sobre a imunidade do Estado em ações civis indenizatórias relativas a atos de tortura dentro do território daquele Estado [Kuwait]. Apesar do caráter especial da proibição da tortura no Direito Internacional, a Corte não consegue discernir nos instrumentos internacionais, nas autoridades judiciais ou em outros materiais perante ela nenhuma base firme para concluir que, em matéria de Direito Internacional, os Estados não mais gozam de imunidade em relação a procedimentos civis nas cortes

damental that it amounted to a rule of jus cogens that took precedence over all other principles of international law, including the principle of sovereign immunity. The Court does not find it established, however, that there is yet acceptance in international law of the proposition that States are not entitled to immunity in respect of civil claims for damages brought against them in another State for crimes against humanity (see Al-Adsani, cited above, § 66). The Greek Government cannot therefore be required to override the rule of State immunity against their will. This is true at least as regards the current rule of public international law, as the Court found in the aforementioned case of Al-Adsani, but does not preclude a development in customary international law in the future.” Kalogeropoulou and others v. Greece and Germany (Application No. 59021/00, Decision of 12 December 2002, ECHR Reports 2002-X), p. 9.

²⁶ Rivista di diritto internazionale, Vol. 92, 2009, p. 594

²⁷ “Referring to judgment no. 11/2000 of the Court of Cassation, the applicants appeared to be asserting that international law on crimes against humanity was so fun-

de outro Estado onde os atos de tortura são alegados.”²⁸

Deve-se notar, outrossim, a decisão no caso *McElhinney*, no qual a CEDH entendeu que a Irlanda agiu de modo legítimo ao garantir a Imunidade de Jurisdição ao Reino Unido perante suas cortes. Na parte final do acórdão, a CEDH sustentou que:

“A Corte observa que, no material apresentado diante dela (ver parágrafos 27 e 30 acima), parece haver uma tendência no Direito Internacional e Comparado em direção a uma limitação da Imunidade Estatal em relação a lesões corporais causadas por um ato ou omissão dentro do Estado do foro, mas esta prática não é de modo algum universal. Além disso, deduz-se dos materiais referidos acima (ver parágrafo 19) que esta tendência pode primariamente referir-se lesões corporais indenizáveis, como os incidentes originando-se de acidentes comuns em tráfegos rodoviários, ao invés de problemas relacionados com o centro da Soberania Estatal como os atos de soldados em território estrangeiro, os quais, pela sua própria natureza, podem envolver questões sensíveis, afetando as relações diplomáticas entre os Estados e a segurança nacional. Certamente, não pode ser dito que a Irlanda está isolada ao sustentar que a imunidade aplica-se a ações relativas a tais atos ilícitos causados por *acta jure imperii* ou que, ao garantir esta imunidade, a Irlanda esteja violando qualquer padrão aceito internacionalmente. A Corte concorda com a Suprema Corte no presente caso (ver parágrafo 15 acima) que não é possível, dado o atual estágio de

²⁸ “While the Court accepts, on the basis of these authorities, that the prohibition of torture has achieved the status of a peremptory norm in international law, it observes that the present case concerns not, as in *Furundzija* and *Pinochet*, the criminal liability of an individual for alleged acts of torture, but the immunity of a State in a civil suit for damages in respect of acts of torture within the territory of that State. Notwithstanding the special character of the prohibition of torture in international law, the Court is unable to discern in the international instruments, judicial authorities or other materials before it any firm basis for concluding that, as a matter of international law, a State no longer enjoys immunity from civil suit in the courts of another State where acts of torture are alleged.” *Al-Adsani v. United Kingdom* [GC], Application No. 35763/97, Judgment of 21 November 2001, ECHR Reports 2001-XI, p.19, para. 61.

desenvolvimento do Direito Internacional, concluir que a lei irlandesa conflita com os princípios gerais de Direito Internacional.”²⁹ (tradução livre)

Por fim, cumpre mencionar o caso *Grosz v. França*, o qual apresenta um quadro fático bastante similar ao do caso *Ferrini* julgado pela Corte de Cassação Italiana. O Sr. Georges Grosz teria sido submetido a trabalhos forçados pelas tropas nazistas, razão pela qual ele interpôs uma ação perante as cortes francesas contra a Alemanha, demanda esta que foi considerada inadmissível pela Corte de Cassação Francesa. Inconformado com esta decisão, o reclamante interpôs ação contra a França na ECDH, a qual assim julgou a demanda:

“Portanto, a Corte não pode considerar como uma limitação desproporcional do direito de acesso ao Tribunal nos termos do artigo 6º, §1º, da Convenção [Européia], as medidas tomadas pelo Estado que refletem regras relativas a Imunidade Estatal amplamente reconhecidas.”³⁰ (tradução livre)

Conclui-se, portanto, que a Corte Européia de Direitos Humanos possui um entendimento consolidado no sentido de que o estado atual de evolução do direito consuetudinário de imunidade de jurisdição, não permite a descon sideração da imunidade de jurisdição por

²⁹ “The Court observes that, on the material before it (see paragraphs 27 and 30 above), there appears to be a trend in international and comparative law towards limiting State immunity in respect of personal injury caused by an act or omission within the forum State, but that this practice is by no means universal. Further, it appears from the materials referred to above (paragraph 19) that the trend may primarily refer to “insurable” personal injury, that is incidents arising out of ordinary road traffic accidents, rather than matters relating to the core area of State sovereignty such as the acts of a soldier on foreign territory which, of their very nature, may involve sensitive issues affecting diplomatic relations between States and national security. Certainly, it cannot be said that Ireland is alone in holding that immunity attaches to suits in respect of such torts committed by *acta jure imperii* or that, in affording this immunity, Ireland falls outside any currently accepted international standards. The Court agrees with the Supreme Court in the present case (see paragraph 15 above) that it is not possible, given the present state of the development of international law, to conclude that Irish law conflicts with its general principles.” *McElhinney v. Ireland*, Application n° 31253/96, Judgment of 21 November 2001, ECHR, at 13, para. 39.

³⁰ “Ainsi, la Cour ne saurait considérer comme une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal tel qu'il est consacré par l'article 6 § 1 de la Convention, des mesures prises par un Etat qui reflètent des règles généralement reconnues en matière d'immunité des Etats.” *Georges Grosz c. France*, Décision sur la recevabilité de la requête n° 14717/06, le 16 juin 2009, CEDH, 5ième section, page 7

atos *jure imperii*. Todavia, a CEDR também reconheceu que o direito consuetudinário parece caminhar na direção de estabelecer, no futuro, certas exceções a esta regra.

2.3- A Decisão da Corte Internacional de Justiça

Tendo tido a sua pretensão negada perante a CEDH, os parentes das vítimas do massacre de Distomo tentaram executar a decisão da Suprema Corte Grega na Alemanha, porém não obtiveram êxito. Eles procuraram, então, executar esta decisão na Itália, onde tiveram sua pretensão atendida pela Corte de Apelação de Florença e pela Corte de Cassação Italiana, que autorizaram a execução da decisão grega contra bens pertencentes à Alemanha localizados em território italiano.

A Alemanha, inconformada com a execução que sofria na Itália, ingressou com uma ação contra este país na Corte Internacional de Justiça (CIJ), órgão jurisdicional máximo da Organização das Nações Unidas. A execução do caso Distomo em território italiano permaneceu suspenso até a decisão da CIJ.

Esta Corte analisou os argumentos apresentados pela Itália, os quais são bastante próximos aos argumentos que vinham sendo apresentados perante cortes nacionais em processos versando sobre esta temática. Segundo esta linha argumentativa, a norma costumeira relativa à Imunidade de Jurisdição Estatal evoluiu de modo a não permitir que o Estado alegue quando: (i) supostamente causou morte, lesões corporais ou dano à propriedade no território do Estado onde a ação foi interposta; (ii) supostamente violou normas de *jus cogens*; (iii) a ação perante cortes domésticas for o último recurso disponível para o indivíduo assegurar a compensação pelos danos causados.

2.3.1 - O Princípio Territorial do Ato Ilícito

A Itália sustentou que a Imunidade de Jurisdição não poderia ser invocada quando o ato ilícito, consistente em morte, lesões corporais ou dano à propriedade no território do Estado onde a ação foi proposta. Sustenta que os dois principais tratados internacionais acerca da temática, quais sejam, a Convenção das Nações Unidas sobre Imunidade de Jurisdição dos Estados e de suas Propriedades e a Convenção Européia sobre Imunidade de Jurisdição dos Estados, apresentam dispositivos que retiram a Imunidade de Jurisdição na hipótese sobre análise.

Desse modo, para uma compreensão ampla da questão, é mister transcrever a redação dos artigos 12 e 11 da Convenção das Nações Unidas e da Convenção Européia, respectivamente:

“Artigo 12 – Salvo de outro modo acordado entre os estados envolvidos, um Estado não pode invocar imunidade de jurisdição perante uma corte de outro Estado seria de outra maneira competente em um procedimento relacionado a compensação pecuniária por morte ou lesão a pessoa, ou dano ou perda de patrimônio tangível, causado por um ato ou omissão que é alegadamente atribuído ao Estado, se o ato ou omissão ocorreu no todo ou em parte no território daquele outro Estado ou se o autor do ato ou omissão estava presente naquele território no momento da ação ou omissão.”³¹ (tradução livre)

“Artigo 11 – Um Estado Contratante não pode alegar imunidade de jurisdição de uma corte de outro Estado Contratante em procedimentos relacionados com a reparação de lesões a pessoa ou a dano patrimonial tangível, se os fatos que ocasionaram a lesão ou o dano ocorreram no território do Estado do foro, e se o autor da lesão ou dano estava presente neste território no momento em que os fatos ocorreram.”³² (tradução livre)

Ao analisar a temática, a Corte entendeu que, no que tange a Convenção Européia, a interpretação de seu artigo 11 deve ser feita de modo condizente com o disposto no artigo 31 deste diploma legal, o qual assim dispõe:

³¹ “Article 12 - Unless otherwise agreed between the States concerned, a State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to pecuniary compensation for death or injury to the person, or damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission which is alleged to be attributable to the State, if the act or omission occurred in whole or in part in the territory of that other State and if the author of the act or omission was present in that territory at the time of the act or omission.”

³² “Article 11- A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State in proceedings which relate to redress for injury to the person or damage to tangible property, if the facts which occasioned the injury or damage occurred in the territory of the State of the forum, and if the author of the injury or damage was present in that territory at the time when those facts occurred.”

“Artigo 31 - Nada nesta Convenção deve afetar qualquer imunidade ou privilégio gozado por um Estado Contratante em relação a qualquer ação ou omissão atribuída a, ou relativa a, suas forças armadas, quando no território de outro Estado Contratante.”³³ (tradução livre)

A CIJ julgou, portanto, que, ainda que se considerasse a redação do artigo 11 como refletindo uma norma consuetudinária, o artigo 31 evidencia que esta norma não permite a desconsideração da Imunidade de Jurisdição Estatal quando os atos em questão forem praticados por forças armadas do outro Estado.³⁴

Ademais, ainda que a Convenção das Nações Unidas não traga um dispositivo similar ao artigo 31 da Convenção Européia, os comentários da Comissão de Direito Internacional acerca desta Convenção, evidenciam que ela não tinha o escopo de regular situações envolvendo conflitos armados.³⁵

Por fim, a CIJ sustentou que a prática dos tribunais nacionais não corrobora a alegação italiana, sobretudo quando atos *jure imperii* são praticados pelas forças armadas do outro Estado, como se percebe em decisões prolatadas no Egito, Bélgica, Alemanha, Holanda, Itália, Reino Unido, Irlanda, França, Polônia, Eslovênia, Sérvia e Brasil.³⁶

2.3.2. A Violação de Normas *Jus Cogens*

A Itália alegou que a Alemanha havia cometido crimes de guerra e crimes contra a humanidade, violando, destarte, normas que são reconhecidas como tendo o status de *jus cogens*. Consequentemente, não se poderia invocar uma norma hierarquicamente inferior para inviabilizar o julgamento de violações de normas preemptórias de Direito Internacional.

A CIJ, no entanto, percebeu que o argumento italiano apresenta um problema lógico, uma vez que:

³³ “Article 31 -Nothing in this Convention shall affect any immunities or privileges enjoyed by a Contracting State in respect of anything done or omitted to be done by, or in relation to, its armed forces when on the territory of another Contracting State.”

³⁴ Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening), International Court of Justice, Judgment, 3rd February 2012, pp. 28-29, para. 68.

³⁵ Yearbook of the International Law Commission, 1991, Vol. II (2), p. 46, para. 10.

³⁶ Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening), International Court of Justice, Judgment, 3rd February 2012, pp. 31-32, paras. 72-75.

“Imunidade de jurisdição é uma imunidade não só de ser submetido a um julgamento adverso, mas também de ser submetido a processo judicial. Portanto, ela possui necessariamente uma natureza preliminar. Consequentemente, uma corte nacional deve determinar se um Estado estrangeiro goza de imunidade no Direito Internacional antes de analisar o mérito trazido perante ela e antes que os fatos tenham sido estabelecidos. Se a imunidade dependesse do fato do Estado ter ou não cometido uma séria violação de Direito Internacional dos Direitos Humanos ou do Direito dos Conflitos Armados, então tornar-se-ia necessário para as cortes nacionais analisar o mérito para saber se ela teria jurisdição. Se, por outro lado, a mera alegação de que o Estado cometera tal ato ilícito fosse suficiente para privá-lo de seu direito à imunidade, esta poderia, na prática, ser negada pela simples construção habilidosa do pedido.”³⁷ (tradução livre)

Prosseguiu a Corte asseverando que a prática jurisprudencial dos países não embasa o pedido italiano, como se pode notar de decisões no Canadá, França, Eslovênia, Nova Zelândia, Polônia, Reino Unido e das próprias decisões da Corte Européia de Direitos Humanos.³⁸ Em sentido convergente, inexistente suporte a este argumento nos documentos legais acerca do tema.

³⁷ “Immunity from jurisdiction is an immunity not merely from being subjected to an adverse judgment but from being subjected to the trial process. It is, therefore, necessarily preliminary in nature. Consequently, a national court is required to determine whether or not a foreign State is entitled to immunity as a matter of international law before it can hear the merits of the case brought before it and before the facts have been established. If immunity were to be dependent upon the State actually having committed a serious violation of international human rights law or the law of armed conflict, then it would become necessary for the national court to hold an enquiry into the merits in order to determine whether it had jurisdiction. If, on the other hand, the mere allegation that the State had committed such wrongful acts were to be sufficient to deprive the State of its entitlement to immunity, immunity could, in effect be negated simply by skilful construction of the claim.” Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening), International Court of Justice, Judgment, 3rd February 2012, p. 34, para. 82.

³⁸ Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening), International Court of Justice, Judgment, 3rd February 2012, p. 35, para. 85.

Ademais, a CIJ entendeu pertinente ressaltar que a alegação italiana somente poderia ser verdadeira se houvesse um conflito entre a norma *jus cogens* e a norma de Imunidade de Jurisdição. Porém, este conflito é simplesmente aparente, porquanto:

“Os dois conjuntos de normas lidam com diferentes matérias. As normas de Imunidade Estatal possuem natureza processual e se limitam a determinar se as cortes de um Estado podem exercer jurisdição em relação a outro Estado. Elas não se referem a questão se a conduta acerca da qual o procedimento foi instaurado foi legal ou ilegal.”³⁹ (tradução livre)

Argumenta-se, no entanto, que a CIJ e a CEDH, ao reconhecer a natureza *jus cogens* das normas violadas, negligenciaram, a consequência lógica decorrente da assunção deste pressuposto. Neste sentido, cumpre mencionar, respectivamente, a Opinião Dissidente do Juiz Caçado Trindade no caso da Imunidade de Jurisdição⁴⁰ e uma das Opiniões Dissidentes Conjuntas no caso Al-Adsani da CEDH, da qual transcrevo um trecho:

“Ao aceitar que a regra sobre a proibição da tortura é uma norma de *jus cogens*, a maioria reconheceu que ela é hierarquicamente superior a qualquer outra norma de Direito Internacional, seja ela geral ou particular, costumeira ou convencional, com a exceção, é claro, de outras normas *jus cogens*. A característica básica de uma norma qualquer outra regra a *jus cogens* é que, como uma fonte de Direito no agora vertical sistema legal internacional, ela se sobrepõe qualquer outra regra que não possua o mesmo status. No caso de um conflito entre uma norma *jus cogens* e qualquer outra norma de Direito Internacional, aquela prevalece. A consequência

³⁹ “The two sets of rules address different matters. The rules of State immunity are procedural in character and are confined to determining whether or not the courts of one State may exercise jurisdiction in respect of another State. They do not bear upon the question whether or not the conduct in respect of which the proceedings are brought was lawful or unlawful.” *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, International Court of Justice, Judgment, 3rd February 2012, p. 38, para. 93.

⁴⁰ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, International Court of Justice, Judgment, 3rd February 2012, Dissenting Opinion of Judge Caçado Trindade, pp. 39-41.

de tal prevalência é que a norma conflitante não possui efeitos jurídicos, ou, de todo o modo, não produz os efeitos legais que estão em contradição com o conteúdo da norma peremptória.(...)

A aceitação, portanto, da natureza *jus cogens* da proibição da tortura implica que o Estado que alegadamente a violou não pode invocar uma norma hierarquicamente inferior (neste caso, aquela sobre imunidade de jurisdição) para evitar as consequências da ilegalidade de suas ações. (...) Devido ao efeito da norma de *jus cogens* proibindo a tortura sobre a norma de Imunidade Estatal, o impedimento processual representado pela Imunidade Estatal é automaticamente desconsiderado, porquanto esta regra, quando conflita com uma norma hierarquicamente superior, não produz seus efeitos legais.”⁴¹ (tradução livre)

2.3.3. O Último Recurso Disponível

Por fim, como argumento subsidiário, a Itália sustentou que ela negociou legalmente à Alemanha a Imunidade de Jurisdição porque as outras tentativas de assegurar compensação às vítimas envolvidas nos procedimentos tinham falhado. Consequentemente, alegou que a imunidade de jurisdição poderia ser negada quando o julgamento

⁴¹ “By accepting that the rule on prohibition of torture is a rule of *jus cogens*, the majority recognise that it is hierarchically higher than any other rule of international law, be it general or particular, customary or conventional, with the exception, of course, of other *jus cogens* norms. For the basic characteristic of a *jus cogens* rule is that, as a source of law in the now vertical international legal system, it overrides any other rule which does not have the same status. In the event of a conflict between a *jus cogens* rule and any other rule of international law, the former prevails. The consequence of such prevalence that the conflicting rule is null and void, or, in any event, does not produce legal effects which are in contradiction with the content of the peremptory rule. (...) The acceptance therefore of the *jus cogens* nature of the prohibition of torture entails that a State allegedly violating it cannot invoke hierarchically lower rules (in this case, those on State immunity) to avoid the consequences of the illegality of its actions. (...) Due to the interplay of the *jus cogens* rule on prohibition of torture and the rules on State immunity, the procedural bar of State immunity is automatically lifted, because those rules, as they conflict with a hierarchically higher rule, do not produce any legal effect.” *Al-Adsani v. United Kingdom [GC]*, Application No. 35763/97, Judgment of 21 November 2001, ECHR Reports 2001-XI, p. 101, para. 61; *ILR*, Vol. 123, p. 24. Joint Dissenting Opinion by Judges Rozakis And Caflisch, Joined By Judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto And Vajić, at 29-30, paras. 1-3.

pela corte doméstica daquele país fosse o único meio disponível para se assegurar a reparação dos danos causados às vítimas.

A Corte explicou que a prática estatal não fornecia suporte ao argumento italiano e asseverou que:

“Ademais, a Corte não pode deixar de observar que a aplicação de qualquer destas condições, se existissem, seriam excepcionalmente difíceis na prática, particularmente em um contexto como o do presente caso, em que os pedidos foram alvo de longas discussões intergovernamentais. Se fôssemos seguir o argumento italiano, enquanto as discussões estivessem ainda em curso e tivessem a projeção de atingir um resultado positivo, então a imunidade deveria ainda prevalecer, enquanto, ainda de acordo com este argumento, a imunidade teoricamente teria sua aplicação cessada no momento em que houvesse mais expectativas de se atingir um acordo inter-estatal.”⁴²

4- CONCLUSÃO

A imunidade de jurisdição estatal é uma norma consuetudinária de Direito Internacional que sofreu diversas restrições ao longo da evolução normativa vivenciada pela comunidade internacional.

Inicialmente desenvolvida como sendo absoluta, ela se converteu em uma regra aplicável exclusivamente aos atos *iure imperii*, ações em que o Estado manifesta seu caráter soberano, como, por exemplo, as executadas em um contexto de conflito armado. Assim sendo, as ações do Estado enquanto entidade privada, como os contratos de trabalho e os contratos de natureza civil, poderiam ser julgadas perante cortes nacionais de países estrangeiros.

⁴² “Moreover, the Court cannot fail to observe that the application of any such condition, if it indeed existed, would be exceptionally difficult in practice, particularly in a context such as that of the present case, when claims have been the subject of extensive intergovernmental discussion. If one follows the Italian argument, while such discussions were still ongoing and had a prospect of achieving a successful outcome, then it seems that immunity would still prevail, whereas, again according to this argument, immunity would presumably cease to apply at some point when prospects for an inter-State settlement were considered to have disappeared.” *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, International Court of Justice, Judgment, 3rd February 2012, p. 41, para. 102.

Doutrinadores e juízes, entretanto, têm sustentado que o Direito Internacional costumeiro evoluiu no sentido de impedir que os Estados suscitem a imunidade de jurisdição em relação atos *iure imperii*: (i) que causaram mortes, lesões pessoais ou dano à propriedade no território do Estado onde ação foi interposta; (ii) que violaram normas de *jus cogens*; (iii) cujas vítimas a ação perante cortes domésticas como último recurso disponível para assegurar a compensação pelos danos causados.

Para se demonstrar o surgimento ou a alteração de uma norma consuetudinária, é preciso demonstrar que a prática de tribunais nacionais e, outrossim, a existência de uma *opinio juris*, ou seja, a noção de que órgãos jurisdicionais adotaram determinado posicionamento por entenderem existente uma norma neste sentido. No entanto, no presente caso, nenhum desses elementos foi, ainda, suficientemente demonstrado. A incerteza acerca da temática é tão evidente que, alguns anos após a decisão da Suprema Corte Grega no caso *Distomo*⁴³, que entendeu pela desconsideração da imunidade de jurisdição da Alemanha, foi levado à Suprema Corte Especial Grega⁴⁴ o caso *Margellos*⁴⁵, o qual envolvia idêntica questão jurídica, qual seja, a imunidade de jurisdição da Alemanha perante os tribunais gregos por atos cometidos pelas tropas nazistas na 2ª Guerra Mundial. Nesta oportunidade, a Suprema Corte Especial Grega entendeu que a Alemanha não poderia ser levada a julgamento perante os tribunais gregos em razão dessa norma costumeira de Direito Internacional.

Desse modo, conclui-se, como já pontuado pela Corte Européia de Direitos Humanos em diversas oportunidades⁴⁶, que apesar de existirem exemplos indicando uma evolução normativa nessa temática, a prática estatal neste sentido não é suficientemente ampla e uniforme para evidenciar que esta mudança já se consolidou. Não se pode afirmar, contudo, que a consolidação desse processo evolutivo não possa ocorrer no futuro.

Artigo recebido em 21/09/2012 – Aprovado em 27/09/2012.

⁴³ Ver nota supra 18.

⁴⁴ Segundo o artigo 100 da Constituição Grega, este órgão jurisdicional é responsável pela solução de controvérsias relativas a normas de Direito Internacional amplamente reconhecidas.

⁴⁵ *Margellos v. Federal Republic of Germany*, case No. 6/2002, ILR, Vol. 129, p. 525

⁴⁶ Ver notas 21 a 23, supra.

O PROCESSO COLETIVO NA TEORIA GERAL DO PROCESSO CIVIL: LEGITIMIDADE E COISA JULGADA

Rennan Faria Krüger THAMAYI

RESUMO

O processo civil coletivo(que visa também a proteção do direito objetivo) que vem ganhando força e aplicação hodiernamente, se caracteriza pela proteção dos direitos difusos, direitos coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos. Nesse contexto, calha referir que a teoria geral do processo civil tem sido a base para a aplicação efetiva e, em certa medida, eficaz do processo coletivo, embora existam peculiaridades tradicionalmente trabalhadas como a legitimidade e a coisa julgada que tem tratamento diferenciado. Assim, para pensar em processo coletivo, hodiernamente, deve-se observar e utilizar a teoria geral do processo civil, visto que o processo coletivo utiliza as regras da teoria geral do processo civil, observando inclusive algumas das formalidades do processo civil atual, mas mantendo as suas peculiari-

¹ Professor da PUCRS, IMED, CIUSP, Complexo EAD, OABTUBE, Doutorando em Direito pela UNLP e pela PUCRS, Mestre em Direito pela PUC Minas e pela UNISINOS, Especialista em Direito pela UFRGS, Advogado.

dades já informadas e posteriormente tratadas.

ABSTRACT

The collective civil procedure (which also aims to protect the right order) that is gaining strength and modern application, is characterized by diffuse rights protection, collective rights and individual rights strictly homogeneous. In this context, gutter noted that the general theory of civil procedure has been the basis for the effective implementation and to some extent, effective collective process, although there are peculiarities traditionally worked as the legitimacy and *res judicata* which has different treatment. So to think of the collective process, currently, one must observe and use the general theory of civil procedure, since the collective process uses the rules of the general theory of civil procedure, including watching some of the formalities of the current civil procedure, but keeping already informed their peculiarities and further processed.

1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

O Direito, enquanto ciência, tem sua gênese registrada na antiguidade, de onde se colhe que mesmo em fase remota da história, a partir do momento que homem passa a ser reconhecido como ser civil, inteligente, deixando o seu estado de natureza, já se observa que havia regras as quais eram e deviam ser respeitadas, mesmo que rudimentares, para que pudesse existir um mínimo de convivência social pacífica.

Esta ciência que foi importante no crescimento da espécie humana, também evoluiu e modernamente apresenta diversas subdivisões, e dentre elas o direito processual, objeto de nosso estudo.

O direito processual civil organizado a partir da Teoria Geral do Processo (expressão utilizada já pela tradição processual de nomenclatura, mesmo sabendo que toda teoria é geral e o correto seria chamar teoria do processo opta-se neste trabalho pela forma de nomenclatura amplamente difundida pelos processualistas), é a linha forte para a adaptação do processo coletivo que também necessitará basear suas regras e forma de ocorrência nas linhas gerais da teoria do processo civil, por dele ser decorrente e parte.

O processo civil coletivo(que visa também a proteção do direito objetivo) que vem ganhando força e aplicação hodiernamente, se caracteriza pela proteção dos direitos difusos, direitos coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos. Nesse contexto, calha referir

que a teoria geral do processo civil tem sido a base para a aplicação efetiva e, em certa medida, eficaz do processo coletivo, embora existam peculiaridades tradicionalmente trabalhadas como a legitimidade e a coisa julgada que tem tratamento diferenciado.

Ainda refira-se que para pensar em processo coletivo, hodiernamente, deve-se observar e utilizar a teoria geral do processo civil, visto que o processo coletivo utiliza as regras da teoria geral do processo civil, observando inclusive algumas das formalidades do processo civil atual, mas mantendo as suas peculiaridades já informadas e posteriormente tratadas.

Por tudo isso nasce a relevância de pensar o processo civil coletivo² com base na teoria geral do processo civil, já que o processo coletivo³ é parte do processo civil com algumas peculiaridades em relação a cada uma das ações coletivas, já que legalmente, por vezes, estão postadas algumas regras fundantes como em relação a legitimidade e a coisa julgada.

2. O PROCESSO CIVIL COLETIVO A PARTIR DAS AÇÕES COLETIVAS E A PROTEÇÃO DO DIREITO OBJETIVO

A aparição das ações coletivas⁴ tem dupla fonte. A primeira e também mais conhecida e difundida - antecedente romano - da ação popular da *rei publicae e rei sacrae*. O cidadão detinha, já naquela época, o poder de agir em favor da coisa pública, frente a forte ligação que o cidadão tinha para com os bens públicos *lato sensu*, em decorrência da conhecida afirmação de que a República pertencia ao cidadão romano, sendo seu dever defendê-la. Neste sentido nasce o conhecido brocardo "*Republicae interest quam plurimum ad defendam suam causa*",

² Das pesquisas realizadas no Programa de Pós-Graduação da PUCRS, sob comando, na linha de Processo, do Professor José Maria Rosa Tesheiner, vem sendo desenvolvida postura acadêmico-doutrinária que coloca o Processo Coletivo como ramo do Processo Civil ao lado do Processo Civil individual, do qual se pratica a praticamente 2.000 mil anos. Neste contexto é que gira esta pesquisa e texto, posicionando-se de forma clara pela corrente que acredita haver um Processo Civil que se divide em individual e coletivo, não sendo este ramo novo da ciência, o que lhe demandaria uma teoria geral, o que não se tornou possível até então.

³ Sobre Processos Coletivos império conferia a obra de Eduardo Oteiza in OTEIZA, Eduardo. **Procesos colectivos**. Coordinado por Eduardo Oteiza. 1. ed., Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006.

⁴ Importante referir que segundo José Maria Rosa Tesheiner as ações coletivas se prestam a tornar eficaz e realizável o direito objetivo e até os direitos individuais. TESHEINER, José Maria Rosa. **Temas de direito e processos coletivos**. Porto Alegre: HS Editora, 2010, p. 46.

importando para a república que sejam muitos os defensores de sua causa.⁵ Informe-se que esta observação da coisa pública não nasce em Roma, mas tem origem grega e democrática.

Por sua vez as ações de "classes" que são as premissas originárias bases das hodiernas *class actions* trabalhadas no direito processual dos Estados Unidos. Relate-se que as ações coletivas têm por base a *Equity* do direito inglês, sendo mais desenvolvida e de forma adequada mais especialmente pelos Estadunidenses.⁶

Já no Brasil as ações coletivas surgiram, como é de notório conhecimento, a partir dos estudos e da grande influência dos processualistas italianos na década de setenta.⁷

Até pouco tempo atrás o processo civil estava voltado, aparentemente, somente para a tutela individual dos direitos, fato que foi com a medida do tempo e do estudo sendo superado, passando a abrir o viés coletivo do processo civil por meios das mais diferentes ações coletivas.

Sem dúvida as ações coletivas, que inauguraram o processo civil coletivo, trouxeram maior acesso ao Poder Judiciário a milhares de cidadãos que antes não chegavam ao Judiciário para buscar e proteger seus direitos⁸. Além do acesso ao Judiciário e do próprio conseqüente acesso à justiça⁹ outra conseqüência importante foi manejada

⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente**. 3 ed., São Paulo: RT, 1998, p. 37-41.

⁶ GIDI, Antonio. **Las acciones colectivas y a tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales em Brasil: um modelo pra países de derecho civil**. Trad. Lucio Cabrera de Acevedo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 17.

⁷ Comente-se que antes disto já existia no Brasil por meio da ação popular regulada pela Lei 4.717 de 1965 a introdução do processo coletivo, faltando o seu efetivo reconhecimento como tal, o que se deu pouco depois. Ademais, sobre o histórico da década de setenta e dos autores italianos que influenciaram nosso processo coletivo (Mauro Cappelletti, Michele Taruffo e Vincenzo Vigoriti) confira-se GIDI, Antonio. **Las acciones colectivas y a tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales em Brasil: um modelo pra países de derecho civil**. Op. Cit., p. 17-18.

⁸ Sobre a proteção e eficácia dos direitos fundamentais relevante conferir SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed., rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.150 e ss e 274 e ss. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.283 e ss.

⁹ Que foi encabeçado por Mauro Cappelletti analisou inicialmente a realidade da Itália, concluindo que lá também a problemática do acesso à justiça é corrente (p. 27). Nesse sentido vem a criação, feita pelo autor em favor da superação da problemática, restando observar as chamadas três ondas do acesso à justiça, sendo elas: 1) o dever do Estado de fornecer patrocínio jurídico aos pobres; 2) a proteção dos interesses difusos e 3) risco da burocratização

por meio das ações coletivas, a economia processual e da prestação da tutela jurisdicional, pois por meio de uma única ação coletiva, por exemplo, resolvia-se o problema de uma gama gigantesca de pessoas por vezes.

Tudo isso também potencializou maior credibilidade dos órgãos jurisdicionais em decorrência da superação de decisões contraditórias sobre a mesma problemática, gerando também maior segurança jurídica frente a estabilidade das decisões em casos idênticos. Diga-se que estas são as motivações políticas.

Pode-se apontar como motivações sociológicas para o sucesso do processo civil coletivo¹⁰ a busca de superação da grande litigiosidade de uma sociedade pós-moderna¹¹, globalizada e altamen-

e emperramento da justiça. Aponta o autor como uma das modalidades de superação dessas dificuldades a maior utilização da oralidade e simplificação dos procedimentos. Assim vale conferir CAPPELLETTI, Mauro. Conferências do Prof. Mauro Cappelletti. **Separata da Revista do Ministério Público**. V.1, n.18, Porto Alegre, 1985, p.24. Ademais, Roberto Berizonce aduz como funciona a busca pelo acesso à justiça na Argentina, *verbis*: "En Argentina, al igual que en los países de Iberoamérica, es verificable la existencia de una situación de consenso colectivo sobre la inaplazable necesidad de asegurar operativamente el postulado del libre e irrestricto acceso a la justicia." FAVÉLAN, José Ovalle. BERIZONCE, Roberto Omar. Administración de justicia en iberoamérica y sistemas judiciales comparados - **La administración de justicia en Argentina**. Ciudad Universitaria, UNAM, 2006, p.23

¹⁰ Sobre a preocupação relevante de corretamente observar a tutela coletiva importante conferir VIGORITTI, Vicenzo. **Interesse collettivi e processo: la legittimazione ad agire**. Milano: Giuffrè, 1979, p. 14.

¹¹ Sabe-se que o Estado brasileiro sequer passou pelo estado social, assim como outros países, neste sentido ver GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do estado contemporâneo**. Tradução de Agassiz Almeida Filho, Rio de Janeiro: Forense, 2009. Sobre a idéia de ser o nosso Estado pós-moderno vejamos: CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho, Belo Horizonte: Forum, 2009, p. 24 e ss; BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 7 e ss; JAYME, Erik. **Cours général de droit international privé**, In recueil des cours, Académie de droit international, t, 251, 1997, p. 36-37; LYOTARD, Jean-François. **O pós-moderno**. Rio de Janeiro: Olympio Editora, 1986; KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997; HARVEY, David. **Condição pós-moderna**. São Paulo: Edições Loyola, 1992; VATTIMO, Gianni. **O Fim da Modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna**, Lisboa: Editorial Presença, 1987; SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela Mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1997.

Sobre a troca paradigmática da modernidade para a pós-modernidade vale conferir KAUFMANN, Arthur. **La filosofía del derecho em la posmodernidad**. Traducción de Luis Villar Borda. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A, 1992, p. 5 e ss.

te industrializada, já que as demandas de massa cresceram de forma abrupta e descontrolada.

Assim, poder-se-ia conceituar o processo civil coletivo como aquele que, utilizando das regras do processo civil individual como base, instaurado por ou em face de um legitimado autônomo¹², se postula um direito coletivo de onde será possível colher uma decisão judicial que atinja a toda a coletividade ou a um grupo determinado de pessoas. Nesta forma de conceituar o processo civil coletivo se compreende a proteção dos direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos coletivamente propostos.

Dentre as possíveis ações que fazem parte do processo civil coletivo pode ser destacada a ação popular (lei 4.717/65 e art. 5, LXXIII da Constituição Federal), a ação civil pública (lei 7.347/85 e art. 129, III da Constituição Federal de 1988 que reconhece a referida ação), o mandado de segurança coletivo (lei 12.016/09 e art. 5, LXX da Constituição Federal), as ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos (art. 91 a 100 do Código de Defesa do Consumidor), a ação de improbidade administrativa (lei 8.429/92) dentre outras possíveis¹³.

Neste ponto, não há dúvida de que o processo civil coletivo tende a fomentar maior debate e participação democrática da população, ocorrendo uma democracia¹⁴ por meio do Poder Judiciário, fa-

Entretanto, vale referir que existe corrente, forte e respeitada, no sentido de que acabamos por vivenciar uma modernidade tardia e não, efetivamente, a pós-modernidade, sendo nesse sentido STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(em) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed., rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 25.

Para outros autores o que existe é uma hipermodernidade. Nesse sentido conferir LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos.** Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004, p. 51 e ss.

¹² Quem sabe o mais correto pudesse ser não a divisão do sujeito ativo como legitimado ou representante, mais, sim, como participante em favor da proteção dos direitos humano-fundamentais e personalidade. Esta corrente nasce das pesquisas realizadas no Programa de Pós-Graduação da PUCRS fomentada pelo Professor José Maria Rosa Tesheiner, corrente com a qual nos filiamos.

¹³ Comente-se que para alguns as ações do controle de constitucionalidade pode ser vistas como modalidades de tutela coletiva. Por todos ver NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante.** 6º ed., São Paulo: RT, 2002, p. 1396.

Por sua vez, outras possíveis ações coletivas podem existir como, por exemplo, as de cunho eleitoral, trabalhista, mas aqui não serão abordadas, pois não fazem parte da temática em análise por não ser parte do processo civil coletivo aqui sustentado.

¹⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social.** Trad. Paulo Neves, Porto Alegre: L&PM, 2009, p.80-81. Nesse peculiar o teórico da democracia acaba por entender que esse

zendo com que se implemente a dupla face da democracia, tanto a representativa como a participativa.¹⁵

A tutela jurisdicional coletiva em sua história e nascimento tem diferentes modelos em aplicação no mundo. O modelo Alemão (*Verbandsklage*) adotado principalmente na Europa-Continental e o modelo das *Class Actions* de origem Estadunidense relativamente bem difundida no Brasil.¹⁶

No Brasil hoje alguns pretende a implantação do sistema das *class actions* com as devidas adequações, mas fica o alerta de que em um país com sistema processual decorrente da tradição da *civil law* não se comporta receber o sistema das *class actions* já que pensado para o sistema jurídico e processual da *common law*, o que dota de mais força a classificação aqui defendida de que exista hoje uma nova ramificação do processo civil, pois antes este era somente individual passando hoje a ser também coletivo.

Isto significa dizer que a sistemática do processo civil coletivo é seguir, basicamente, em pontos já consolidados, aquilo que o Código de Processo Civil já tem previsto.

A ressalva deve ser feita, pois as peculiaridades de cada ação coletiva, parte do processo civil coletivo, deverão ser observadas já que previstas legalmente, como, por exemplo, se dá na ação civil pública, na ação popular e outras tantas que possuem regramentos peculiares e próprios, mas que observam no mais a já consagrada regra do processo civil.

Os direitos protegidos ou pretendidos neste tipo de processo civil coletivo naturalmente são coletivos *lato sensu* (direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos¹⁷).

modelo seria muito produtivo, mas que não seria passível de implementação. Sobre o futuro da democracia vale observar BOBBIO Norberto. **El futuro de la democracia.** Traduzido por José F. Fernández Santillán. México: Fondo de cultura económica, 1999, p.23 e ss.

¹⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 95 e ss.

¹⁶ TARUFFO, Michele. Modelli di tutela giurisdizionale degli interessi collettivi. In LANFRANCHI, Lucio. **La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi.** Torino: Giappichelli, 2003, 53 e ss.

¹⁷ Para Barbosa Moreira os direitos individuais homogêneos seriam acidentalmente coletivos enquanto os direitos difusos e coletivos *stricto sensu* seriam essencialmente coletivos. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos.** **Temas de direito processual civil.** São Paulo: Saraiva, 1984, p. 195-197.

O Código de Defesa do Consumidor resolve a possível dúvida conceitual do que seja cada um desses direitos referidos anteriormente. Assim, visualize-se o art. 81, § único:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Os direitos difusos e coletivos são transindividuais e de natureza indivisível, restando a diferença no sentido de que o primeiro está ligado a número indeterminado de pessoas enquanto o segundo está ligado a um grupo ou classe que pode ser determinável¹⁸.

Por sua vez os direitos individuais homogêneos¹⁹ visam possibilitar a proteção coletiva de direitos individuais com dimensão coletiva, que neste trabalho defende-se como coletivo²⁰, como nos casos de ações de massa, nas quais a origem e causa são as mesmas. Efetivamente, esta modalidade de proteção é caracterizada pela proteção de direitos individuais homogêneos (que a muitos afetam) sendo um

¹⁸ Assim como visto no próprio Código de Defesa do Consumidor no Art. 81. Igualmente comentando tal situação vem WATANABE, Kazuo [et al.]. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 625.

¹⁹ Originário das *class actions for damages*, ações de reparação de danos à coletividade do direito norte-americano. GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 19.

²⁰ Contrária a essa posição que sustentamos, entendendo que os direitos individuais homogêneos são direitos individuais coletivamente tratados, vem ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT, 2006, p. 42.

direito coletivo²¹, já que variados cidadãos sofrem dos mesmos problemas individualmente e todos estes merecem a devida solução da questão.

No RE nº 163.231-SP o Supremo Tribunal Federal afirmou de forma categórica que os direitos individuais homogêneos são realmente direitos coletivos e não individuais. Assim resta observar a ementa do acórdão:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E HOMOGENEOS. MENSALIDADES ESCOLARES: CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO PARQUET PARA DISCUTIR-LAS EM JUÍZO. 1. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127). 2. Por isso mesmo detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, I e III). 3. Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. 3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos. 4. Direitos ou interesses homo-

²¹ A base para afirmar e construir um raciocínio de que os direitos individuais homogêneos são coletivos está já na afirmação do próprio Supremo Tribunal Federal ao analisar o RE nº 163.231-SP onde a Suprema Corte afirma que os direitos individuais homogêneos são efetivamente coletivos e não meramente individuais como afirmado por Teoria Zavascki.

gêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. 4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, stricto sensu, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas. 5. As chamadas mensuralidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal. 5.1. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade ad causam, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal. Recurso extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação.

Destarte, não resta dúvida de que os direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos são coletivos *lato sensu*, fazendo parte ampla da proteção e resguardo das ações coletivas existentes com base no processo civil coletivo e na teoria geral do processo civil que regra o processo civil.

2.1 Da Legitimidade

A legitimidade, diferentemente do que ocorre no processo civil tradicional individualista, é um dos pontos cruciais do processo civil coletivo, junto com a coisa julgada, por ser ponto de variado debate e construção doutrinária.

Tudo isso se dá em decorrência do corte diferencial da matéria e do tido direito que se está a tutelar.

O problema toma novo fôlego e maior complexidade agregando dois complicadores, saindo da tese da legitimação extraordinária por substituição processual. O primeiro é a já conhecida e difundida ideia de que as formações sociais têm interesse e poder de coercibilidade para dar impulso à máquina judiciária, o que gera a legitimação ordinária, na qual o titular do direito material utiliza o direito de ação, exercendo um direito próprio em nome próprio²². O segundo a legitimação expressa em alguns textos normativos, caso da Constituição, na qual o interprete entenda uma legislação objetiva e autônoma com caráter unicamente processual, não vinculado com o direito subjetivo material.²³

A tradição jurídica processual é a de que o próprio sujeito defenda os seus interesses e seu direito material em seu próprio nome, baseado na sistemática processual civil tradicional individualista, de forma diferente do que se dá, por exemplo, no processo civil coletivo. A tradicional forma de atuação do particular em seu próprio nome se chamou legitimação ordinária.

Por sua vez, quando o direito subjetivo é defendido por um terceiro em nome próprio tem-se a conhecida legitimação extraordinária²⁴, que até o presente momento não era tão comum, o que tende a mudar cada dia mais em decorrência também da tutela coletiva dos direitos e até da tutela dos direitos coletivos.

Observando a questão interessa o debate da legitimidade nas ações coletivas - processo civil coletivo - no qual a doutrina construiu três correntes de relevância principal. A primeira da *legitimação extraordinária por substituição processual*, a segunda da *legitimação ordinária das formações sociais* decorrente da observação do art. 6º do Código

²² Já conhecida entre os italianos. Neste caso conferir TROCKER, Nicolò. *Processo e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 218 e ss.

²³ GIDI, Antonio. *Cosa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo:Saraiva, 1995, p. 41.

²⁴ Uma das conhecidas formas desta legitimação é a substituição processual como diria Chiovenda.

de Processo Civil e por fim a terceira *legitimação autônoma* espécie da legitimação extraordinária que se presta à condução do processo.²⁵

Inicialmente em relação as teses aqui referidas resta dizer que todas foram muito bem constituídas, mas com problemáticas por vezes insuperáveis.

A *substituição processual* que é legitimação extraordinária em ações coletivas - processo civil coletivo - foi encabeçada por Barbosa Moreira, aceitando-a independentemente da expressa autorização legal, sendo essa premissa depreendida do todo do sistema jurídico.²⁶

De outra banda a corrente da *legitimação ordinária* foi pensada, em nosso país, por Kazuo Watanabe com base na doutrina italiana e alemã, pensando em relação às entidades civis que pretendessem defender direitos superindividuais, relacionados aos fins associativos.²⁷

Por fim, a terceira corrente de relevante quilate também é a da *legitimidade autônoma* pensada por Nelson Nery Junior constituída para condução do processo, verdadeira espécie da legitimação objetiva independentemente da relação de direito material. Para o autor aplica-se, por exemplo, em relação ao mandado de segurança coletivo. Neste ponto para Nelson Nery Júnior a norma é processual e material, atingindo, assim, ao direito individual, coletivo e difuso.²⁸

Das três teses que buscam realmente deixar o processo civil coletivo mais adequado à sistemática atual é a da legitimação extraordinária via substituição processual que melhor se amolda, visto a sua ampla possibilidade de proteção e tutela de direitos, indo desde os

²⁵ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. Op. Cit., p. 41.

²⁶ Diga-se que assim refere Barbosa Moreira em decorrência da ausência de previsão expressa em relação ao sistema brasileiro, diferentemente do sistema italiano que exige expressa disposição Art. 81 do CPC Italiano. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos*. Temas de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 111. Aclare-se que o autor acaba buscando seus fundamentos nas pontuações de Arruda Alvim quando analisando a sistemática jurídica refere que o sistema poderia aceitar que a simples menção de legitimados diversos do titular do direito, ou a autorização legal mesmo que não expressa e taxativa a substituição, significaria isto a devida abertura para a ocorrência da legitimação extraordinária. As situações abordadas eram as dos artigos 513 da CLT e 1º, §1º do antigo estatuto da OAB lei 4.215/63.

²⁷ WATANABE, Kazuo. *Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. A tutela dos interesses difusos*. Ada Pellegrini Grinover (coord.). São Paulo: Max Limonard, 1984, p. 111.

²⁸ Crítica interessante a esta tese vem efetivada por DIDIER Jr, Fredie. ZANETI Jr, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. V. 4. 5. ed. Salvador: Juspo-divm, 2010, p. 201 e ss.

individuais homogêneos até aos interesses difusos, sem esquecer que também possibilita a proteção dos direitos coletivos *stricto sensu*.

Isto tudo, em decorrência de ser esta opção melhor acomodada na sistemática do processo civil, como base na teoria geral do processo civil, que também é a base do processo coletivo, por ser esta base para esta nova ramificação do processo civil, o processo civil coletivo.

Assim como o processo civil (individual) tradicional o processo civil coletivo também "bebe" da teoria geral do processo civil e não poderia pretender a aplicação de outra teoria da legitimidade que não a da *legitimidade extraordinária* por *substituição processual*, como referem Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.:

Outra orientação seguiu o sistema jurídico brasileiro, adotando a *substituição processual exclusiva e autônoma*. Deixou, assim, a titularidade definida em lei: 1) a pessoas indeterminadas, ligadas pelas circunstâncias do fato originário da lesão ou ameaça (direitos difusos, art. 81, § único, I, do CDC), 2) aos grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis pela sua relação jurídica base entre si ou com a parte contrária (direitos coletivos, art. 81, § único, II, do CDC); e 3) considerou direitos individuais homogêneos, para fins de tratamento especial, molecular e coletivo, aqueles decorrentes de origem comum (art. 81, § único, III, do CDC), que não significa circunstâncias especiais nem temporais, e, sim, o mesmo agente lesivo e o mesmo tipo de lesão, ensejando tutela basicamente igual. Para proteção desses direitos atribuiu a tutela processual a outros agentes que entendeu mais bem "aparelhados" para a ação.²⁹

Desta forma, adequadamente pontuado, para que o processo coletivo seja efetivo e organizado, obedecendo a sistemática da teoria geral do processo civil, a forma correta de legitimação deve ser a ora trabalhada da *legitimidade extraordinária* por *substituição processual*, onde "o autor é substituto processual, agindo naturalmente sem necessidade de autorização, em nome do direito subjetivo de outrem, de forma exclusiva,

²⁹ DIDIER Jr, Fredie. ZANETI Jr, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Op. Cit., p. 201.

pois os próprios titulares individuais não podem fazer valer diretamente seus direitos subjetivos coletivos.”³⁰

A substituição processual, contudo, gera uma grandiosa dificuldade - em relação à doutrina clássica - qual sejam os efeitos da litispendência e da coisa julgada, sendo, entretanto, neste estudo, somente abordada a segunda.

Ademais, merece destaque o posicionamento que nasce do pensamento do Processualista José Maria Rosa Tesheiner, mirando uma legitimidade fixada a partir da participação (exercício da função pública) pelo interesse de proteção dos direitos humano-fundamentais e da personalidade, que merece consideração por dar uma outra possibilidade de justificar a atuação variada dos sujeitos ativos das ações coletivas motivadoras do movimento do Processo Civil Coletivo, já que o que se busca é, neste caso, a proteção do direito objetivo.³¹

2.1.1 Legitimidade Ativa

Inicialmente encontra-se problemática, dificilmente superada até então, em relação da legitimação ativa (*golden rule*) que resta afirmada no art. 6 do Código de Processo Civil, fixando dever de haver correspondência entre o titular da ação e do direito material afirmado. Assim refere o Código de Processo Civil:

Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

Esta regra liberal-individualista fruto do iluminismo e da revolução francesa acaba por garantir ao cidadão o livre arbítrio, não forçando o cidadão a demandar quando não seja sua vontade e interesse. A única aparente exceção em relação à situação aqui trabalhada que autorizaria a substituição seria em caso de autorização legal.

Todavia esta forma de observar a situação foi sendo modificada e mais especificamente quando do surgimento do indivíduo autônomo e livre da idade moderna, que por veio de variadas doutrinas

³⁰ DIDIER Jr, Fredie. ZANETTI Jr, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Op. Cit., p. 202.

³¹ Neste sentido refere José Maria Rosa Tesheiner in <http://tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/360-artigos-jul-2012/8672-legitimacao-ativa-para-a-cao-nos-processos-coletivos-perspectiva-objetiva>. Acessado em 11/11/2012 as 16:45h.

racionalistas, influencia de forma direta na legitimação das ações coletivas.³²

Outros sujeitos foram sendo autorizados a participar do processo coletivo. Nos países que adotam as *class action* a legitimação restou fundada na *adequada representação*, na qual as partes participantes representam a classe, estando ela no julgamento. Este controle de legitimação também estará nas mãos do juiz, com base no princípio do devido processo legal e seus consectários. Neste sistema também o contraditório e a ampla defesa são garantidos pelo conhecido *fair notice* que é a notificação dos membros de classe, sendo assim estabelecido consequentemente o *right to opt out* que assegura o direito de saída ou retirada do membro da classe e por fim aquele que diz respeito à extensão subjetiva da coisa julgada o chamado *binding effect*.³³

Nesse sistema, para completar, a coisa julgada é única e *erga omnes*, ou seja, tanto na sentença de procedência como improcedência dos pedidos, vinculando a todos os membros *pro et contra*, o que seria adequado e muito coerente para qualquer sistema jurídico, assim como para o sistema jurídico processual brasileiro.

No Brasil, todavia, preferiu-se uma sistemática distinta, na qual a determinação dos legitimados resta firmada pela própria lei - positivistas realmente - diferente da legitimação adequada auferida pelo magistrado do sistema das *class action*.

Chegou-se ao ponto de em cada lei específica fixar os legitimados a agir e proteger o interesse supraindividual.

Neste peculiar três técnicas de legitimação foram utilizadas. A legitimação do particular (na qual qualquer cidadão pode demandar na ação popular, por exemplo, conforme a Lei 4.717/65), a legitimação de pessoa jurídica de direito privado (na qual os sindicatos, associações, partidos políticos, por exemplo, podem demandar por meio do mando de segurança coletivo do art. 5º, LXX da CF/88) e, por fim, a legitimação de órgãos do Poder Público (na qual o Ministério Público³⁴,

³² Neste sentido refere LEAL, Márcio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998, p. 26.

³³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada. *Revista de processo*. São Paulo, v.15, n. 57, jan/mar, 1990, p.83.

³⁴ Por fim, para que fique claro, mais modernamente depois da inovação da lei 11.448/2007 que alterou o art. 5º da Lei 7.347/85 possibilitou-se agora a Defensoria Pública a propositura de ação civil pública, não sendo mais esta demanda de única e exclusiva utilização do Ministério Público, democratizando ainda mais o processo e tornando a proteção dos direitos coletivos ainda mais efetiva. Além da defensoria outros legitimados foram ali colocados. Confira-se o dispositivo:

por exemplo, pode demandar por meio da ação civil pública conforme a Lei 7.347/85.)³⁵.

Pelo que se observa a sistemática de legitimidade brasileira é abrangente, pois possibilita a mais variada gama de sujeitos legitimados à proteção dos direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

2.1.2 Representação Adequada

Sabendo da existência do rol taxativo de legitimados, anteriormente referidos, alguns admitem no Brasil que a legitimação coletiva dependa da única observação do texto legal para saber se efetivamente é ou não legítimo determinado órgão ou entidade.

Está é uma visão muito simplista pelo fato de admitir que, somente, pelo fato de determinado órgão ou entidade estar credenciada legalmente estaria habilitada e teria interesse de proteger direitos coletivos.

Fato é que não. Por vezes, por mais que legalmente habilitado, determinados órgãos ou entidades não têm interesse de proteger ou batalhar por direitos de alguns dos cidadãos, já que os órgãos e entidades têm a faculdade de - havendo interesse - representar os cidadãos em determinados casos, não podendo ser obrigados.

Para este contexto é que nasceu a chamada *representatividade adequada*, cabendo, entretanto, ao magistrado fazer o controle da viabilidade ou não de um órgão ou entidade proteger e defender por direitos coletivos. Neste caso a *adequacy of representation* estaria sendo

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

I - o Ministério Público; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

II - a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

V - a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

³⁵ DIDIER Jr, Fredie. ZANETTI Jr, Hermes. **Curso de direito processual civil**: processo coletivo. Op. Cit., p. 205.

exercida pelo magistrado e não somente pelo legislador³⁶ no caso da inaceitação da *representatividade adequada*.

Conforme Antonio Gidi a *representação adequada* neste caso deve ser observada sob espectro distinto, não da representação da técnica processual, mas sim ligada ao sentido de um porta-voz. Neste ponto o representante será um porta-voz dos indivíduos e dos interesses do grupo, sendo seu portador em juízo.³⁷ Neste sentido, existem alguns vários juristas que concordam com o controle judicial dos representantes adequados, visto que por vezes, embora legalmente habilitados, não tenham interesse e intenção de participar da lide coletiva. Dentre eles inicie-se por Barbosa Moreira³⁸ que já em 1981 referia da necessidade, em processos coletivos, de permitir o controle da legitimidade - representação adequada - pelo magistrado, sendo posteriormente acompanhado por Antonio Gidi³⁹ e Ada Pellegrini Grinover.⁴⁰

Importante para manter a segurança do sistema é o controle judicial exercido em situações como as referidas, não sendo um absurdo sistêmico, mas, sim, possível e cabível frente à nova postura ativa do juiz que a cada dia pode - por meio do ativismo judicial - buscar tornar mais efetivos os direitos fundamentais - que também deságuam nos direitos coletivos - sendo esta uma postura inclusive esperada do magistrado.

Assim, como decorrência do devido processo legal⁴¹ o correto seria primeiramente verificar da legitimidade de quem propõe a demanda, estando legitimado o órgão ou entidade então é que deveria ocorrer a observação de ser adequada ou não a representação exercida para que seja garantido a todos que seus interesses estão sendo conduzidos por quem realmente pretenda protegê-los. Finalize-se

³⁶ No sentido de sejam legitimados somente os taxados pelo legislador e repudiando o controle judicial da representação adequada resta conferir NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 8º ed., São Paulo: RT, 2004, p. 1427, sendo mais exato no número 10.

³⁷ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de processo**. São Paulo: RT, 2003, p. 61-62.

³⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o Problema da 'Efetividade' do Processo in **Temas de Direito Processual**, Terceira Série, São Paulo: Saraiva, 1984, p.36.

³⁹ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de processo**. São Paulo: RT, 2003, p. 61-70.

⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. **Revista forense**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 06.

⁴¹ MENDES, Aluísio Gonçalves. **Ações Coletivas**. São Paulo: RT, 2001, p. 80. Mais explicitamente assim aduz GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de processo**. Op. Cit., p. 69-70.

neste ponto referindo que deve haver também vínculo de afinidade temática entre o legitimado (substituto processual) e o objeto da lide, chagando aquilo que o Supremo Tribunal Chamou de "pertinência temática". Assim observe-se a ementa da ADI 1.792:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE QUE TEM POR OBJETO OS ARTS. 1º, 3º E 5º DA LEI Nº 9.534, DE 10 DE DEZEMBRO DE 1997. CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS PROFISSÕES LIBERAIS - CNPL. FALTA DE LEGITIMIDADE ATIVA. 1. Entendeu-se que os notários e registradores não podem enquadrar-se no conceito de profissionais liberais, a teor dos arts. 3º, 27 e 28 da Lei nº 8.906/94. 2. Em consequência, não se reconhece à Confederação Nacional das Profissões Liberais legitimidade para propor a presente ação por falta de pertinência temática entre a matéria disciplinada nos dispositivos impugnados e seus objetivos institucionais. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida

Destarte, resta compreensível que nem sempre os legitimados - legalmente falando - serão efetivamente interessados na causa e neste sentido não havia motivo para reconhecer a representação adequada quando efetivamente não for.

2.2 Coisa Julgada

A coisa *res iudicata* no processo civil coletivo tem seguido caminho amplamente diferente da coisa julgada no processo civil individual. Junto com a legitimidade, já referida, forma uma das partes mais espinhosas do processo civil coletivo, já que a sistemática tradicional não tem sido utilizada, recebendo novas indicações de funcionamento.

Para compreender a situação do instituto, ora tratado, resta imperioso observar três dados relevantes. O primeiro os *limites subjetivos*, ligados a quem recebe e deve respeitar a *res iudicata* formada; O segundo os *limites objetivos*, ligados à matéria que se vincula aos efeitos da coisa julgada; E, por fim, o *modo de produção*, sendo a forma pela qual se forma a *res iudicata*.⁴²

⁴² Nesse sentido DIDIER Jr, Fredie. ZANETI Jr, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Op. Cit., p. 363.

Falando de *limites subjetivos* releva dizer que a *res iudicata* poderá ser *inter partes*, *ultra partes* ou *erga omnes*. A regra do processo civil individual utiliza a coisa julgada *inter partes* como meio de vinculação, pois se limita aqueles que participam no processo como partes. Por sua vez a coisa julgada *ultra partes* é aquela que atinge além das partes do processo os terceiros em alguns casos, sendo o que ocorre, por exemplo, no caso da substituição processual, caso em que o substituído mesmo não participando da lide receberá seus efeitos. Por fim, a coisa julgada *erga omnes* é a que lança seus efeitos a todos independentemente de terem sido parte do processo, o que se dá no processo objetivo (abstrato) do controle de constitucionalidade.

Quanto ao *limite objetivo* importa referir que será submetida à coisa julgada material unicamente as eficácias, que no limite objetivo está postada no conteúdo da questão posta em juízo, que está contida no dispositivo da decisão que resolve o pedido que sabidamente é a principal questão a ser resolvida.

Em relação ao *modo de produção* da coisa julgada existem três tipos de formação. A coisa julgada *pro et contra*, que é conhecida e aplicada em grande parte dos países latino-americanos, onde não importa a procedência ou improcedência dos pedidos, pois ela será aplicada ao caso e apta a produzir a coisa julgada. Por sua vez a coisa julgada *secundum eventum litis* é aquela se produz unicamente em caso de procedência dos pedidos, possibilitando assim a repositura individual da demanda em caso de improcedência dos pedidos, trazendo uma grandiosa desvantagem ao demandado. Por fim, a coisa julgada *secundum eventum probationis* é aquela que só ocorrerá em caso de esgotamento probatório. Assim, se a sentença julgou procedente ou improcedente os pedidos da demanda não esgotar as provas a serem produzidas não fará coisa julgada.

Observando o artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor pode ser vislumbrada a adoção, no processo coletivo, das teorias ora referidas, cada uma em um caso em especial. Veja-se o referido artigo:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

O sistema do Código de Defesa do Consumidor fixa algumas premissas a serem observadas a partir de então.

Da coisa julgada coletiva na proteção de direitos difusos e coletivos conforme o sistema atual

A *res iudicata* em relação aos direitos difusos e coletivos (art. 103, I e II do CDC) se deu pelo regime da coisa julgada *secundum eventum probationis*, que é aquele que exige o esgotamento probatório, como já afirmado anteriormente, visto que se não for possível o referido esgotamento poderá a parte, consumidor no caso, propor mais uma vez a demanda. Ademais, refira-se que a sentença faz coisa julgada em relação aos direitos difusos na modalidade *erga omnes*, enquanto em relação aos direitos coletivos se dá *ultra partes*.

Assim como se dá nas relações de consumo, quando se debate questões de direitos (interesses) difusos e coletivos, na Ação Civil Pública o art. 16 também prevê a mesma sistemática da coisa julgada *secundum eventum probationis*, caso em que não havendo esgotamento probatório poderá o indivíduo parte de um grupo indeterminado ou determinado de pessoas demandar individualmente.

Relevante conferir o dispositivo:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. (Redação dada pela Lei nº 9.494, de 10.9.1997)

Essas provas utilizadas para possibilitar o novo debate e a nova demanda devem ser provas suficientes e não meramente diferentes, pois para que possa ser modificada a improcedência inicial deve ha-

ver robusta indicação probatória que possibilite ao juiz modificar seu entendimento.

Esta é a realidade adotada pelo sistema do processo civil coletivo para os direitos difusos e coletivos, mas caso haja o esgotamento probatório a sentença de procedência ou improcedência tornar-se-á indiscutível no âmbito coletivo, não sendo possível a repropositura de demanda pelo particular individualmente, ou até por qualquer co-legitimado.

Desta forma, importante referir que nas ações coletivas – por opção legal – a coisa julgada não é *secundum eventum litis*.

Agora superando as pontuações legais e opção legislativa, refira-se que a coisa julgada deveria restar formada sempre independentemente do resultado da demanda, tanto sendo procedente como improcedente (os pedidos) e independentemente de esgotamento ou não de provas, já que caso não haja o esgotamento e novas realidades surjam a causa de pedir e pedidos possivelmente serão outros e que não receberam o manto da coisa julgada. Assim, a coisa julgada nas ações coletivas é *pro et contra*, mas o que realmente diferirá com o evento da lide são os sujeitos⁴³ que receberão a coisa julgada, visto que a extensão da coisa julgada que pode ser *erga omnes* ou *ultra partes*, que efetivamente será no processo civil coletivo *pro et contra*.

Da coisa julgada coletiva na proteção de direitos individuais homogêneos conforme o sistema atual

Com a redação do art. 103, III do Código de Defesa do Consumidor não resta dúvida de que a extensão da coisa julgada para os indivíduos, em caso de procedência, é natural.

Neste caso deve ser dito que a proteção dos direitos individuais homogêneos fazem parte das ações coletivas e, portanto, da tutela coletiva, não sendo tutela individual coletivamente tratada, como tem pensado parcela da doutrina, pois, por ficção, os direitos individuais homogêneos são direitos de um grupo de indivíduos, merecendo assim o tratamento dado às ações coletivas.

Desta forma existe um problema, pois até então se tem unicamente alcançado ao plano individual a coisa julgada coletiva, tratando-se de situação distinta, pois a coisa julgada se formou coletivamente e ainda assim se estender ao individual, mas o fato é que não deveria haver uma extensão da coisa julgada coletiva ao individual,

⁴³ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. Op. Cit., p. 73-74.

mais, sim, a formação da coisa julgada coletiva (que envolve os direitos individuais homogêneos) e que neste ponto resta *erga omnes*.

A doutrina majoritária tem sustentado somente a extensão da coisa julgada coletiva ao individual, sendo que o mais adequado seria, pela formação da coisa julgada coletiva nos casos de direitos individuais homogêneos, o alcance a todos que daquela mesma situação vivenciem, já que desta forma haveria também formação de coisa julgada para os detentores dos direitos individuais homogêneos que são efetivamente coletivos.

A problemática está lançada, pois o texto legal relata da diversidade de possibilidades em relação à coisa julgada, estendendo a coisa julgada do plano coletivo para o individual. Mais, sem dúvida, para manter o sistema⁴⁴ hígido e adequado, respeitando a segurança jurídica e evitando a eterna litigação⁴⁵, seria correto que a coisa julgada fosse uma tanto na procedência como na improcedência dos pedidos, fazendo com que o sistema seja adequado e não coloque o réu na condição de eterno demandado o que é terrivelmente oneroso e inaceitável quando em um processo coletivo que discuta a mesma relação do processo individual a situação já esteja resolvida.

Neste sentido, busca-se, neste texto, a formação de uma coisa julgada una em relação ao processo coletivo, refletindo por sua eficácia *erga omnes* frente a todos que tenham a mesma problemática seja pela proteção de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, já que todos estes são, na concepção deste trabalho, coletivos.

Ademais, esta construção fará com que se encerrem as discrepâncias judiciais, pois a sentença que resolve um processo civil coletivo, por sua eficácia *erga omnes* deverá ser observada e respeitada por todos e não poderá outra adotar posicionamento distinto do já construído, superando-se as mais variadas formas de decidir questões idênticas e tornando a jurisdição mais eficiente e congruente. Tudo isso tornará o sistema menos problemático, visto que na sistemática atual ocorrem com frequência incongruências de posicionamentos jurisdicionais de uma mesma questão, exigindo desnecessariamente maior esforço do Poder Judiciário que por vezes acaba sendo até contraditório em seus julgados frente a esta situação atual.

⁴⁴ Que pode ser analisado na perspectiva de Niklas Luhmann, quando defende a idéia de uma teoria sistêmica do direito, chegando a uma conclusão de que o sistema jurídico se auto-reproduz, sendo isso a autopoiese. Esse processo que se renova sendo capaz de auto-reprodução foi abordado pelo autor LUHMANN, Niklas. **Sitemi sociali: Fondamenti di una teoria generale**. Bolonha: Il Mulino, 1990, p. 64.

⁴⁵ Neste sentido CAPPELLETTI, Mauro. **Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi. Le azione a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio di pavia**. Padova: CEDAM, 1976, p. 206.

Cappelletti refere que não deve haver distinção entre os efeitos bons ou ruins, favoráveis ou desfavoráveis da *res iudicata*. Vejamos:

(...) allora mi parece che non si debba distinguire fra effetti buoni o cattivi, favorevoli o sfavorevoli.⁴⁶

Por tudo isso, o sistema precisa mudar acomodando-se o instituto da *res iudicata* de forma adequada e não tendenciosa, como hoje se dá, fazendo com que a coisa julgada seja uma tanto na procedência como improcedência dos pedidos no processo civil coletivo, já que a questão já resolvida interessa ou a um grupo indeterminado de pessoas, ou a um grupo determinado de pessoas, ou, por fim, a uma série de indivíduos que sofreram da mesma problemática ou tem o idêntico direito a ser perseguido (direitos individuais homogêneos), fazendo com que o sistema seja realmente adequado.

Esta sistemática é pensada para uma teoria geral do processo civil coletivo, com base na aplicação do processo civil individual, mantendo a forma de ocorrência da coisa julgada (já que há a proteção do direito objetivo) na qual a própria lei já a tenha regrado, sendo o caso, por exemplo, das ações coletivas de consumo (com relação a esta somente a mutação das ações coletivas protetivas de direitos coletivos *stricto sensu* de *ultra partes* para *erga omnes* como anteriormente sustentado para manter o sistema mais congruente para que todas as ações coletivas tenham a mesma eficácia frente a todos) dentre outras.

Por sua vez, como ocorre nas ações coletivas de improbidade administrativa, mandado de segurança coletivo onde não há regramento fechado pela própria lei, restaria aplicável a tese aqui apregoadada da coisa julgada una baseada na sistemática do processo civil individual como base natural para o processo civil coletivo, sendo caso de *res iudicata pro et contra* e *erga omnes*.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegar-se-á à conclusão de que o processo coletivo é ramificação do processo civil, que hoje se divide em individual e coletivo que se presta a proteger também o direito objetivo.

Também se conclui que as ações coletivas, pelas razões afirmadas acima, deverão, em regra, observar os critérios definidos na teoria

⁴⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi. Le azione a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio di pavia**. Op. Cit., p. 205.

geral do processo civil como norte de condução do processo coletivo, buscando tanto na teoria como processo civil as formatações para que o processo coletivo seja devidamente organizado, possa ser eficaz, célere e justo.

Sabendo que o processo coletivo tem como base a teoria geral do processo civil a conclusão vem no sentido de que as formas de notificação, atos processuais e demais regras tradicionais do processo sejam idênticas às fixadas pelo processo civil, ressalvadas as distinções legais previstas em legislações especiais que regulamentam de forma parcial as ações coletivas como no caso da ação popular, ação civil pública e outras demandas.

Resta também concluir que nas peculiaridades a legitimidade, nos processos coletivos, deve obedecer a sistemática da substituição processual que receba controle da adequada representação pelo Poder Judiciário, buscando sempre a pertinência temática, ressalvando a possibilidade de se construir em lugar da referida representação a teoria da participação (no exercício de um poder público) em relação ao exercício e proteção dos direitos humano-fundamentais e direitos da personalidade.

Em relação a coisa julgada conclusão diferente não pode haver, já que deve esta, para beneficiar e organizar o sistema processual coletivo, ser una e *pro et contra* tanto na procedência como improcedência da demanda coletiva proposta, tendo eficácia *erga omnes* que a todos alcance, evitando a desordem sistemática e maior congruência do processo.

Toda essa abordagem busca preservar sempre os direitos (interesses) coletivos, que para este trabalho são os difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, buscando alcançar aos legitimados a possibilidade de defender a todos os cidadãos buscando realizar o acesso ao Judiciário e também à justiça realizando assim os direitos coletivos independentemente de sua origem.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAMOVICH, Víctor. COURTIS, Chistian. **El umbral de la ciudadanía: el significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional**. 1. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.
- ACKERMAN, Bruce. **La política Del diálogo liberal**. Tradução de

- Gabriel L. Alonso. Barcelona: Gedisa editorial, 1999.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALFLEN DA SILVA, Kelly Susane. **Hermenéutica jurídica y concreción judicial**. Bogotá - Colômbia: TEMIS, 2006.
- ALLORIO, Enrico. **Problemas de derecho procesal**. t. II. Tradución de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963.
- ALPA, Guido. Discrezionalità e arbitrio dell'interprete "natura" dell'atto "circostanze" del caso. **Revista de processo**. n. 84. São Paulo: RT, 1996.
- ALTABE de LERTORA, Martha Helia. **Control de convencionalidad**. **Revista debates de actualidad**. Nº 200, Asociación argentina de derecho Constitucional, Diciembre, 2008.
- ANDOLINA, Italo Augusto. **Il "giusto processo" nell'esperienza italiana e comunitaria**. **Revista de processo**. Ano 30, n. 126. São Paulo: RT, 2005.
- ANTONIO OSUNA HERNÁNDEZ, Largo. **Hermenéutica Jurídica en torno a la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer**. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1992.
- ANUÁRIO DA JUSTIÇA BRASIL 2011: O Poder Judiciário da última palavra. São Paulo: Consultor Jurídico, 2011.
- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- ARAUJO CINTRA, Antonio Carlos de. **Comentários ao código de processo civil**. 4 v. arts: 332 a 475. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- AYALA CORAO, Carlos. **La convergencia entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos**. El derecho. Tomo 160.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito constitucional contemporâneo: homenagem ao Professor Paulo Bonavides/ Fernando Luiz Ximenes Rocha e Filomeno Moraes**, organizadores. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- BARBI, Celso Agrícola. Da preclusão no processo civil. **Revista dos tribunais**. São Paulo: RT, n.158.
- BARROS, Sérgio Resende de. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**

- de São Paulo. n° 54: dezembro/2000.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BAUMAN, Zygmunt. **La sociedad sitiada**. Tradução de Mirta Rosenberg. Buenos Aires: Fondo de cultura económica, 2006.
- _____. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- _____. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- _____. **Vida líquida**. Tradução de Albino Santos Mosquera. 1. ed. 4. reimp., Buenos Aires: Paidós, 2009.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt, O Estado total e o guardião da Constituição. **Revista brasileira de direito constitucional**. São Paulo, n. 1, p.197, jan./jun. 2003.
- _____. **Revista da História das idéias**: As possibilidades de uma teoria do Estado. Vol. 26, 2005.
- BERIZONCE, Roberto Omar. **Aportes para una justicia más transparente**. Roberto Omar Berizonce Coordenador, ... [et. al.]. 1. ed. La Plata: LEP, 2009.
- _____. **As garantias do cidadão na justiça**. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1993.
- _____. **Derecho procesal civil actual**. La Plata: LEP, 1999.
- _____. **Efectivo acceso a la justicia**. La Plata: Editora platense, 1987.
- _____. **El proceso civil en transformación**. 1. ed. La Plata: LEP, 2008.
- _____. **Luces y sombras del proceso civil contemporâneo**. **Revista de Processo**. Ano 30, n. 126, São Paulo: RT, 2005.
- _____. **Participação e processo**. Coord. Ada Pellegrini Grinover, São Paulo: RT, 1988.
- BERMUDES, Sérgio. Sinderése e a coisa julgada inconstitucional. *In Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. Organizado por Flavio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. 1. ed. São Paulo:DOJ Editora, 2005.
- BERNAL, Francisco Chamorro. **La tutela judicial efectiva**. Barcelona: Bosch, NA.
- BIDART CAMPOS, Germán y CARNOTA, Walter. **Derecho Constitucional comparado**. Buenos Aires: Ediar, 2000.

- BIDART CAMPOS, Germán. **Manual de la Constitución reformada**. Buenos Aires: Ediar, 1998.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- _____. **El futuro de la democracia**. Traduzido por José F. Fernández Santillán. México: Fondo de cultura económica, 1999.
- _____. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Brasiliense, 2000.
- _____. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Traduzido por Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- _____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.
- _____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- BOMFIM JÚNIOR, Carlos Henrique de Moraes. [et al.] **O ciclo teórico da coisa julgada**: de Chiovenda a Fazzalari. Coord. Rosemiro Pereira Leal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BOURDIEU, Pierre. **Campo de poder**: campo intelectual. Buenos Aires: Estroboas copia, 2003.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **As políticas públicas e o Direito Administrativo**. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 13, São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre El proceso civil**. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-America, 1973.
- _____. **Proceso y democracia**. Traducción de Hector Fix Zamudio. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1960.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. **Pro-**

- cesso e Constituição.** Estudo em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. RT: São Paulo, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.
- _____. **Estudo sobre direitos fundamentais.** 1º ed. São Paulo: RT, 2008.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi. Le azione a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio di pavia.* Padova: CEDAM, 1976.
- _____. Conferências do Prof. Mauro Cappelletti. **Separata da Revista do Ministério Público.** V.1, n.18, Porto Alegre, 1985.
- _____. **La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità.** Giuffrè, 1974.
- _____. **Proceso, ideologias, sociedade.** Traducción de Santiago Sentis Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-America, 1974.
- CARNACINI, Tito. **Tutela giurisdizionale e técnica del processo.** *Revista de la facultad de derecho de México.* 1953, n. 12.
- CARNELUTTI, Francesco. **Estudios de derecho procesal.** Tradução de Santiago Sentis Melendo. Vol. II, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952.
- _____. Efficacia, autorità e immutabilità della sentenza. **Rivista di Diritto Processuale Civile.** vol. XII, Parte I, Padova, 1935.
- _____. **Instituciones del nuevo proceso civil italiano.** Traducción de Jaime Guasp. Barcelona: BOSCH, 1942.
- _____. **Lezioni di diritto processuale civile.** v. I, Pádova: Edizioni Cedam, 1986.
- _____. **Sistema de direito processual civil.** v. I, 1. ed. São Paulo: Editora ClassicBook, 2000.
- CARRÓ, Genaro R; CARRÓ, Alejandro D. **El recurso extraordinario por sentencia arbitria.** Buenos Aires: Abeledo-perrot, 1983.
- CARVALHO, Fabiano. EC n. 45: reafirmação da garantia da razoável duração do processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). **Reforma do judiciário:** primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional didático.** 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno.** Tradução de Marçal

- Justen Filho, Belo Horizonte: Forum, 2009.
- CHIARLONI, Sergio. **Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione.** *Revista de processo.* Ano 32, n. 152. São Paulo: RT, 2007.
- CHIMENT, Ricardo Cunha. [et al.]. **Curso de direito constitucional**
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil:** os conceitos fundamentais – a doutrina das ações. v.1. São Paulo: Saraiva, 1965.
- _____. **Instituzioni di diritto processuale civile.** Napoli: Casa Editrice E. Jovene, 1947.
- _____. **Principios de derecho procesal civil.** Tradución de José Casáis y Santalo. Tomo I. Madrid: Editorial Reus, 1925.
- _____. **Princippi di Diritto Processuale Civile.** Napoli: Casa Editrice E. Jovene, 1980.
- CIOCCHINI, Pablo Agustín Grillo. **Debido proceso.** Organización de Ronald Arizi. 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-culzoni, 2003.
- CITTADINO, Gisele. **Pluralismo direito e justiça distributiva:** elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro.** 2. ed. São Paulo: RT, 2000.
- COGLIOLO, Pietro. **Trattato teorico e pratico della eccezione di cosa giudicata secondo il diritto romano e il codice civile italiano.** V. I. Torino: Fratelli Bocca, 1883.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais,** ano 86, n. 737, março, São Paulo, 1997.
- CONDORELLI, Epifanio J. L. **El abuso del derecho.** La Plata: Editora Platense, 1971.
- COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil.** Tradução de Benedicto Giacobini. Campinas: RED Livros, 1999.
- DELGADO, José Augusto. **Coisa julgada inconstitucional.** Organizadores Carlos Valder do Nascimento, José Augusto Delgado. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- DENTI Vittorio. **Processo civile e giustizia Sociale.** Milano: Edizioni di Comunità, 1971.
- _____. **Un progetto per la giustizia civile.** Bologna: Società editrice il

mulino, 1982.

DIDIER Jr, Fredie. ZANETI Jr, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. V. 4. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3 v. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Liebman e a cultura processual brasileira. In **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. Organização: Flavio Luiz Yarshell e Mauricio Zanoide de Moraes. 1. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

_____. **Nova era do processo civil**. 3 ed. revista atualizada e aumentada. São Paulo: Malheiros, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DONOT, F. **L'autorité de la chose jugée en matière d'état des personnes**. Coulommiers: Imprimerie Dessaint Et Cie, 1914.

DURIGUETTO, Maria Lúcia. **Sociedade civil e democracia - Um debate necessário**. São Paulo: Cortez, 2007.

DUVERGER, Maurice. **Constitutions et documents politiques**. Paris: PUF, 1974.

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

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust. A theory of judicial review**. Cambridge, Mass, 1980.

FALCÓN, Enrique M. **Derecho procesal civil, comercial, concursal, laboral y administrativo**. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, 1979.

FARIA, José Eduardo. **A crise constitucional e a restauração da legitimidade**. Porto Alegre: Fabris, 1985.

FAYT, Carlos S. **Derecho político**. 4. ed. Buenos Aires: ABELEDO-PERRPT, 1962.

FAVELAN, José Ovalle. BERIZONCE, Roberto Omar. Administración de justicia en iberoamérica y sistemas judiciales comparados - **La administración de justicia en Argentina**. Ciudad Universitaria, UNAM,

2006.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. Tradução de Carlos Coccioli, Márcio Lauria. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRARI, Vincenzo. **Acción jurídica y sistema normativo**. Introducción a la sociología del derecho. Traducción de Andrea Greppi. Madrid: Dykinson, 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FISS, Owen. **El derecho como razón pública**. Traducción de Esteban Restrepo Saldarriga. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2007.

FOUCAULT, Michel. **El orden del discurso**. Barcelona: Tusquets, 1992.

_____. **Las palabras y las cosas: una arqueología de las ciencias humanas**. 2. ed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2008.

FRANÇA, Rubens Limongi, **A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido**. 4. ed. São Paulo: RT, 1994.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Traduzido por Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

_____. **Verdade e método II**. Traduzido por Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

GÁLVEZ, Juan F. Monroy. Hacia un lenguaje que justifique la cientificidad del derecho y del proceso. **Revista de processo**. n 91, São Paulo: RT, 1998.

GANDHI, Mahatma. **O pensamento vivo**. 1. ed. Lima: Los libros mas pequenos del mundo, 2007.

GARAPON, Antonie. **Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

_____. **Le gardien de promesses**. Paris: Odile Jacob, 1996.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do estado contemporâneo**. Tradução de Agassiz Almeida Filho, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GARGARELLA, Roberto. **Teoría y crítica Del derecho constitucional**. Tomo I, Buenos Aires: AlbeledoPerrot, 2008.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **Revista do direito administrativo: As raízes do realismo americano: breve esboço acerca de dicotomias, ideologias, e pureza no direito dos USA**. Rio de Janeiro, 239: 359-388, 2005.

GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva**

- dos direitos:** as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: RT, 2007.
- _____. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de processo**. São Paulo: RT, 2003.
- _____. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. **Las acciones colectivas y a tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales em Brasil: um modelo pra países de derecho civil**. Trad. Lucio Cabrera de Acevedo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- GILLY, François-Noel. **Éthique et génétique, La bioéthique em questions**. Ellipses, Paris, 2001.
- GONZÁLES PÉREZ, Jesús. **La dignidad de la persona**. Madrid: Civitas, 1999.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. **El principio de congruencia frente al principio dispositivo**. **Revista de processo**. Ano 32, n. 152, São Paulo: RT, 2007.
- _____. **La conducta en el proceso**. La Plata: LEP, 1988.
- _____. **Teoria general del derecho procesal**. Buenos Aires: EDIAR, 1996.
- GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1981.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada**. **Revista forense**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código de processos coletivos**. Coordenado por Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 2007.
- _____. Mandado de segurança coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada. **Revista de processo**. São Paulo, v.15, n. 57, jan/mar, 1990.
- GUASP, Jaime. **Concepto y método de derecho procesal**. Madrid: Civitas, 1997.
- HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia**. V. I., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- _____. **Direito e democracia**. V. II., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro,

- 1997.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist**. Chicago, Londres, Toronto: William Benton, Publisher, Encyclopaedia Britannica, 1952.
- HARVEY, David. **Condição pós-moderna**. São Paulo: Edições Loyola, 1992.
- HAURIOU, Maurice. **Derecho público y constitucional**. 2. ed. Madrid: Reus, 1927.
- HELLER, Agnes. **Más Allá de la justicia**. Barcelona: editora crítica, 1990.
- HITTERS, Juan Carlos. **Derecho internacional de los derechos humanos. Influencia de los tratados en el derecho interno. Responsabilidad de los jueces**. Instituto de Estudios Judiciales SCBA, La Plata, 2009.
- _____. **Revisión de la cosa juzgada**. La Plata: Platense, 1977.
- JAYME, Erik. **Cours général de droit intenacional prive**, In recueil des cours, Académie de droit intenacional, t, 251, 1997.
- JUNOY, Joan Picó I. **Las garantías constitucionales Del processo**. Barcelona: JMB, 1997.
- _____. Los principios Del nuevo proceso civil Español. **Revista de processo**. n. 103. São Paulo: RT, 2001.
- KAUFMANN, Arthur. **La filosofia del derecho en la posmodernidad**, Traducción de Luis Villar Borda. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A, 1992.
- _____. **La filosofia del derecho en la posmodernidad**. Traducción de Luis Villar Borda. Bogotá: Temis, 1998.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins fontes, 2003.
- _____. **O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. **Teoria pura do direito**. 4º ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.
- LABOULAYE, Edouard René Lefebvre de. Do Poder Judiciário in: **O poder judiciário e a Constituição**. Porto Alegre: coleção AJURIS 4, 1977.
- LABRUSSE-BRIOU, Catherine. **Le droit saisi par La biologie**. Des juristes au laboratoire, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1996.
- LACOSTE, P. **La chose jugée en matière civile, criminelle, disciplinaire et administrative**. Paris: Librairie de lasociété Du Recueil Sirey, 1914.
- LEAL, Márcio Mafrá. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto

- Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Contribuição à Teoria da Coisa Julgada**. São Paulo: RT, 1997.
- LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.
- LYOTARD, Jean-François. **O pós-moderno**. Rio de Janeiro: Olympio Editora, 1986.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Corso de diritto processuale civile**. Milano: Dott.A Giuffrè, 1952.
- _____. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a Coisa Julgada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- _____. **Eficácia e autoridade da sentença**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- _____. **Diritto costituzionale e processo civile**. In **Rivista di Diritto Processuale**. Padova, n. I, 1952.
- LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A guarda da Constituição em Kelsen. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/031007.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2009.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1983.
- LOPES, José Reinaldo de Lima, *in* **Direito e justiça**: A função social do judiciário. Cood. José Eduardo Faria. São Paulo: Ática, 1989.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. **Justicia colectiva**. 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010.
- LUHMANN, Niklas. **Sitemi sociali**: Fondamenti di una teoria generale. Bolonha: Il Mulino, 1990.
- L. PRIETO-CASTRO, Fernandiz. **derecho procesal civil**. Madrid: Editorial revista de derecho privado, 1964.
- MACEDO, Elaine Harzheim. Relativização da coisa julgada em direito ambiental. **Revista de direito ambiental**. v. 42., RT, 2006.
- _____. Repercussão geral das questões constitucionais: nova técnica de filtragem do recurso extraordinário. **Revista direito e democracia**. V. 6 - n.1. Ulbra, 2005.
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- MAIA, Juliana. **Aulas de direito constitucional de Vicente Paulo**.

- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 3 ed., São Paulo: RT, 1998.
- MARÍ, Enrique. Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden, en VV.AA., **Derecho y psicoanálisis. Teoría de las ficciones y función dogmática**. Buenos Aires: Hachette, 1987.
- MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Código de direito processual civil comentado**. São Paulo: RT, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: RT, 2008.
- _____. **Curso de processo civil**: Teoria geral do processo. v. 1. São Paulo: RT, 2006.
- MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- MARTINS, Eliezer Pereira. **Segurança Jurídica e Certeza do Direito**. Disponível em: <www.jus.com.br>. Acesso em: 4 jun. 2009.
- MATTIROLO, Luigi. **Trattato di Diritto Giudiziario Civile Italiano**. v. I, 5. ed. Torino: Fratelli Boucca Editori, 1902.
- MENDES, Aluísio Gonçalves. **Ações Coletivas**. São Paulo: RT, 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y proceso**. Barcelona: Libreria Bosch, 1979.
- MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. Traducción de Eduardo L. Suárez. Ciudad de México: Fondo de cultura económica, 1997.
- MICHELI, Gian Antonio. **Estudios de derecho procesal civil**. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-America, 1974.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e constituição**. Rio de Janeiro, 2002.
- MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo V: arts. 444 a 475, 5. v. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MONTESANO, Luigi. La garanzia costituzionale Del contraddittorio e i giudizi civili di <Terza Via>. **Rivista di diritto processuale**. n. 4. Padova: CEDAM, 2000.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **A idéia do direito social**: o pluralismo jurídico de Georges Gurvitch. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. **As crises do Estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Conteúdo Interno da Sentença: Eficácia e Coisa Julgada.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos.** Temas de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*, RePro 34: 273-275.

_____. Notas sobre o Problema da 'Efetividade' do Processo in **Temas de Direito Processual**, Terceira Série, São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. **Temas de direito processual civil.** São Paulo: Saraiva, 1984.

MORELLO, Augusto Mario [et. al.]. El principio de economía procesal. Modernidad. In **Acceso al derecho procesal civil.** 1. ed. Tomo I. Buenos Aires: Editora platense, 2007.

_____. **El proceso justo: del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos.** La Plata: Platense, 1994. _____ **Opciones y alternativas en el derecho procesal.** 1. ed. Buenos Aires: Lajouane, 2006.

MORELLO, Augusto Mario; MORELLO, Guilherme Claudio. **Los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud.** La Plata: Editora Platense, 2002.

MORELLO, Augusto Mario. STIGLITZ, Gabriel. **Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos.** La Plata: LEP, 1986.

MORELLO, Augusto Mario. **La Corte Suprema en el sistema político.** LEP/Lexis Nexis, La Plata/Bs. As., 2005.

_____. **La Corte Suprema en el sistema político.** 2º ed., LEP/Lexis Nexis, La Plata/Bs. As., 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante.** 10. ed. rev., ampli. e atual., São Paulo: RT, 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal.** 7. ed. rev. atual., São Paulo: RT, 2002.

NEVES, Antônio Castanheira. **O direito hoje em com que sentido?** Lisboa: Editora Piaget, 2002.

_____. **O instituto dos "assentos" e a função jurídica dos tribunais supremos.** Coimbra, 1983.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil.** 2. ed. rev. e ampli., São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, C. Alberto Alvaro de. [et al.]. **Processo e constituição.**

OTEIZA, Eduardo. **Debido proceso.** Organización de Ronald Arizi. 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-culzoni, 2003.

_____. El debido proceso y su proyección sobre el proceso civil en América latina. **Revista de proceso.** n. 34. São Paulo: RT, 2009.

_____. **El problema de la uniformidad de la jurisprudencia en América Latina.** **Revista de Proceso.** Año 31, n. 136, São Paulo: RT, 2006.

_____. **Procesos colectivos.** Coordinado por Eduardo Oteiza. 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006.

OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional.** Lisboa: Lex, 1993.

OST, François. **O Tempo do Direito.** Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PALACIO, Lino Enrique. **Manual de derecho procesal civil.** 20. ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos.** 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

PERELMAN, Chaim. **Ética e direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PÉREZ ROYO, Javier. **Curso de derecho constitucional.** Madrid - Barcelona: Marcial Pons, 1998.

PERRY, M. J. **The constitution, the courts and humanrights. An inquiry into the legitimacy of constitutional policymaking by the judiciary.** New Haven and London: Yale University Press, 1982.

PEYRANO, Jorge W. **El derecho procesal postmoderno.** **Revista de processual.** Año 21, n. 81, São Paulo: RT. NA.

_____. **El proceso civil principios y fundamentos.** Buenos Aires: Astrea, 1978.

PICARDI, Nicola. **I mutamenti del ruolo del giudice nei nostri tempi, en Derecho Procesal en vísperas del siglo XXI. Temas actuales en memoria de los Profs. I. Eisner y J.A. Salgado.** coord. R. Arazi, Ediar, Bs. As., 1997.

_____. **Jurisdição e processo.** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como doutrina e Princípio Constitucional - Um contributo para o estudo das suas origens e evolução.** Coimbra : Coimbra Editora, 1989.

PISANI, Andrea Proto. **Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro.** n. 16, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil.** t. V. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

- PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- PORTO, Sergio Gilberto. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 6: do processo de conhecimento, arts. 444 a 495 (coordenação: Ovídio A. Baptista da Silva). São Paulo: RT, 2000.
- PRIETO SANCHIS, Luis. **Estudios sobre derechos fundamentales**. Madrid: Debate, 1990.
- RAFFIN, Marcelo. **La experiencia del horror: subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictaduras del cono sur**. 1. ed. Buenos Aires: Del puerto, 2006.
- RASCIO, Nicola. **Contraddittorio tra le parti, condizioni di parità, giudice terzo e imparziale**. *Rivista di diritto civile*. n. 5. Padova: CEDAM, 2001.
- RASELLI, Alessandro. **Il potere discrezionale del giudice civile**. Volume primo. Padova: CEDAM: 1927.
- REALE, Miguel. **Crise do capitalismo e crise do Estado**. São Paulo: SENAC, 2000.
- RENTI, Enrico. **Derecho procesal civil**. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Tomo I, Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1957.
- REZENDE FILHO, Gabriel Jose Rodrigues de. **Curso de direito processual civil**. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1951.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- _____. **La pretensión procesal y La tutela judicial efectiva**. Barcelona: J.M.Bosch editor, 2004.
- ROCCO, Ugo. **Trattato di diritto processuale civile**. v. I, 2. ed. Torino: Topografia Sociale Torinese, 1966.
- ROCHA, Álvaro Felipe Oxley da. **Sociologia do direito: A magistratura no espelho**, São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. In **Constituição e segurança jurídica**. Coord. Carmem Lúcia Antunes Rocha. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Apresentação de João Carlos Brum Torres. Traduzido por Paulo Neves, Porto Alegre: L&PM, 2009.
- SAGUÉS, Nestor Pedro. **Dignidad de La persona e ideologia consti-**

- tucional**. JÁ, 1994-IV-904.
- _____. **Elementos de derecho constitucional**. tomo I. Buenos Aires: Artraz, 1997.
- SANTOS, Adriano Lucio dos. [et al.] **O ciclo teórico da coisa julgada: de Chiovenda a Fazzalari**. Coord. Rosemiro Pereira Leal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade**. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2000.
- _____. **Um discurso sobre as ciências**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008.
- _____. **Para uma revolução democrática da justiça**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.
- SANTOS, Moacyr Amaral dos. **A prova judiciária no civil e no comercial**. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1952.
- _____. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1989-1992.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- _____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.
- SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- _____. **O guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SCHOPENHAUER, Arthur. **Como vencer um debate sem precisar ter razão: em 38 estratégias**. Tradução de Daniela Caldas e Olavo de Carvalho, Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**. v. I. 5. ed. São Paulo: RT, 2001.
- _____. **Da função à estrutura**. Disponível em: <www.Baptistadasilva.com.br/artigos>. Acesso em: 5 jan. 2011.
- _____. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.
- _____. **Participação e processo**. Coord., Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: RT, 1988.
- _____. **Processo e ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. **Teoria geral do processo civil**. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

SOARES, Carlos Henrique. **Coisa julgada constitucional: teoria tridimensional da coisa julgada: justiça, segurança jurídica e verdade**. Coimbra: Almedina, 2009.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança Jurídica e Jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: LTr, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Verdade e consenso Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna**. Bologna: Il Mulino, 1976. TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna**. Bologna: Il Mulino, 1976.

TARUFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione. **Revista de processo**. n. 151. São Paulo: RT, 2007.

_____. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialetica. **Revista de processo**. n. 143. São Paulo: RT, 2007.

_____. Modelli di tutela giurisdizionale degli interessi collettivi. In LANFRANCHI, Lucio. **La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi**. Torino: Giappichelli, 2003.

_____. **Porteri probatori delle parti e Del giudice in Europa**. **Revista de processo**. Ano 31, n. 133, São Paulo: RT, 2006.

_____. Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice, in **revista trimestrale di diritto e procedura civile**. Tradução de Candido Rangel Dinamarco. Giuffrè, 2001.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 10ª ed. Malheiros, São Paulo, 1993.

TESHEINER, José Maria. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: RT, 2001.

_____. **Temas de direito e processos coletivos**. Porto Alegre: HS Editora, 2010.

THAMAY, Rennan Faria. A relativização da coisa julgada como decor-

rência da crise do Poder Judiciário na perspectiva do direito previdenciário. **Revista de Direito Social**, v. 36, 2009.

THEODORO JÚNIOR Humberto. FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu control. **Revista síntese de direito civil e processo civil**. Porto Alegre: Síntese, v. 4, n.19, set./out. 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria do Direito Processual Civil e o Processo de Conhecimento**. v.1, 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

THON, Augusto. **Norma giuridica e diritto suggesttivo**. Traducción Alessandro Levi. 2. ed. Padova: CEDAM, 1951.

TINANT, Eduardo Luis. **Bioética jurídica, dignidad de la persona y derechos humanos**. 1. ed., Buenos Aires: Dunken, 2007.

TINANT, Eduardo Luis. TEALDI, Juan Carlos [diretor]. **Diccionario latinoamericano de bioética**. Bogotá: UNESCO - Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética: Universidad Nacional de Colombia, 2008.

_____. **En torno a la justificación de la decisión judicial**. LA LEY 1997-E, 1395.

_____. Ética, derecho y biotecnología. **JÁ**, 2000-IV-1101.

_____. **Genética y justicia**. (compilador-director); coautores: BYK, Christian, MAINETTI, José A., MEDINA, Graciela, BIANCHI, Néstor O., MARTÍNEZ MARIGNAC, Verónica L., BERGEL, Salvador D., y LOJO, María Mercedes, SCJBA, La Plata, 2001.

_____. **Los derechos humanos a la luz de la bioética**. **JÁ**, 2003-III-1023.

_____. **Persona y tiempo ¿hacia un tiempo biogenético?** **Revista electrónica El Sigma**, 2007.

_____. **Progreso científico y tecnológico y derechos humanos. Con especial referencia al derecho a la salud**. **Revista La Ley on line**, 11/3/09. TOCQUEVILLE, Alexis de. **La démocratie em Amérique**. Paris: Garnier: Flammarion, 1951, t. II.

TROCKER, Nicolò. **Processo e costituzione**. Milano: Giuffrè, 1974.

VATTIMO, Gianni. **O Fim da Modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna**, Lisboa: Editorial Presença, 1987.

VERBIC, Francisco. **Procesos Colectivos**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007.

VESCOVI, Enrique. **Tutela procesal de las libertades fundamentales**. La Plata: JUS, 1988.

VIGORITTI, Vincenzo. **Interesse collettivi e processo: la legittimazione**

ad agire. Milano: Giuffrè, 1979.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VOLTAIRE. **Dicionário filosófico**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin claret, 2008.

WACH, Adolf. **Manual de derecho procesal civil**. Traducción de Tomáz A. Banzhaf. Vol. I. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-America, 1974.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução de Luíz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. v. 1: teoria geral do processo de conhecimento. 7. ed. São Paulo: RT, 2005.

WATANABE, Kazuo [et al.]. **Código de defesa di consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. Tutela jurisdiccional dos interesses difusos: a legitimação para agir. **A tutela dos interesses difusos**. Ada Pellegrini Grinover (coord.). São Paulo: Max Limonard, 1984.

WEBER, Max. **La ética protestante y el espíritu del capitalismo**. Buenos Aires: ediciones libertador, 2007.

ZAMPROGNO, Alexandre. Meio de processuais para desconstituir a coisa julgada. **Interesse Público**. Sapucaia do sul: Notadez, v.5, n.22, Nov./dez.2003.

J135

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 4. ed. rev. e atual., São Paulo:RT, 2009.

Artigo recebido em 14/03/13 – Aprovado em 01/04/13

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ruben Santos BELANDRO¹

DESBROZANDO EL CAMINO

1. Habitualmente se afirma que los derechos humanos no tienen más que amigos², sin embargo toda amistad para perdurar y fortalecerse requiere ser canalizada en base al respeto mutuo, a la determinación de criterios compartidos, a aspiraciones anheladas en común. Una amistad desbrida, donde cada uno la interpreta a su manera, no parece gozar de la perdurabilidad que debe tener y mantener. De todos modos, hay grados de intensidad en los vínculos de amistad: por el tiempo que ha transcurrido desde su establecimiento; por las circunstancias especiales que la han rodeado lo cual ha permitido cargarla de sentimientos más

¹ Profesor Agregado de Derecho Internacional Privado en Régimen de Dedicación Total, y Profesor Adjunto de Derecho Extranjero y Comparado en la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de la República, Uruguay.

² Pocos comparten las afirmaciones tan radicales de Alasdair MacIntyre, quien afirmaba que: "no nos engañemos, la verdad es simple: esos derechos no existen y creer en ellos es creer en brujas y unicornios". (Après la vertu. Étude de théorie morale. Paris. 1997. p. 70).

o menos profundos; y sobre todo, por las afinidades que nos permite que ella crezca y cree lazos fuertes de relacionamiento. Por tanto, si hablamos de "amistad" hacia los derechos humanos debemos tener en cuenta esos aspectos para tener una visión clara de la adhesión a estos derechos por parte de los individuos, del Estado y de la sociedad. 2. Los derechos fundamentales han sido objeto de un particular desarrollo en el último medio siglo, en su formulación como derecho positivo y en el campo de la investigación a cargo de la doctrina. Es posible observar cómo se desplaza y se profundiza su consagración en todas las ramas del derecho, y cómo evoluciona demostrando su carácter progresivo, en consonancia con las transformaciones que se operan en el ámbito social, jurídico y político. No debería extrañar entonces, que los investigadores centren igualmente su análisis sobre su incidencia en el derecho internacional privado.

3. Derechos humanos, derechos fundamentales o derechos individuales, generalmente son expresiones utilizadas como sinónimas. Son derechos específicos del hombre, en cuanto aparentemente es el único ser vivo dotado de raciocinio y de comportamiento ético; son derechos fundamentales en cuanto constituyen el cimiento o el apoyo de su particular especificidad; constituyen derechos del individuo, en cuanto la expresión individuo permite resaltar su unidad y su indivisibilidad; se habla igualmente de derechos absolutos de la persona. Todas las manifestaciones del lenguaje tienen (quizás lamentablemente) una naturaleza polisémica, de ahí que también la naturaleza absoluta de estos derechos pueda entenderse de varias maneras:

- en cuanto tienen una autoridad o fuerza que le permiten imponerse a toda actividad humana y por ende a todas las ramas del derecho;
- puede entenderse como destacando su carácter incondicional, derechos que todos los hombres y mujeres pueden gozar sin quedar sometidos a condición alguna; derechos innegociables en cuanto pertenecen al ser, sin los cuales se plantearía una contradicción esencial; y
- en definitiva derechos primeros, que están por encima y antes de cualquier norma, regla o principio de derecho positivo.

Esta calidad tan especial nos llevaría de la mano a pensar en su naturaleza homogénea y en su universalidad. Precisamente esto es lo que se discute arduamente.

4. Un largo camino ha recorrido el examen y la consagración de estos derechos desde la Revolución Francesa de 1789, momento histórico donde ha sido más fulgurante su presencia. En dicha oportunidad se destaca el deseo de proteger a las personas contra los excesos del Estado, considerada la organización política más poderosa y letal desde su

conformación actual que data de unos 5 siglos; por algo se proclaman a dicho momento, como derechos "del hombre y del ciudadano". Sin embargo, luego que las aguas revolucionarias se hubieron calmado, se destacó el excesivo énfasis atribuido a la individualidad de los seres humanos en cuanto dotados por su propia naturaleza de ciertos derechos inalienables, independientemente de cualquier lugar del mundo donde aquellos nacieran y moraran. Se constató que los hombres y las mujeres no solo están dotados de una peculiar individualidad o esencia sino que solo existen y se justifican en cuanto tales al proyectarse en sociedad; los seres humanos son seres sociales y también en esta área fue necesario pensar en una serie de derechos fundamentales. Es así que al lado de los denominados derechos esenciales del hombre de primera generación, surgen los de segunda, de tercera y hasta de cuarta generación.

5. La diversidad de los derechos fundamentales ha conducido a la doctrina a proceder a otras clasificaciones distinguiendo según sus titulares o sujetos (derechos individuales o colectivos) o según el contenido entre *derechos-libertades*, como la libertad individual, de asociación, de conciencia y de opinión; *los derechos-participación*, como el derecho a elegir y ser elegido; *los derechos-créditos*, el derecho al empleo y a tener un alojamiento; *los derechos-garantías*, como el derecho a tener un día ante el juez; y *el derecho a la igualdad*, como la igualdad ante las cargas públicas o ante la judicatura.³ Los autores de los Pactos internacionales han clasificado a los derechos fundamentales en económicos, sociales y culturales, y en civiles y políticos. En cambio, algunos han preferido hablar de obligaciones antes que de derechos, y es así que se presenta la distinción entre obligaciones de respetar, obligaciones de proteger y obligaciones de realizar los derechos del hombre. Y en cuanto a la obligación de realizar los derechos humanos goza de tres subniveles diferentes: obligación de facilitar, obligación de procurar y obligación de promover la realización de los derechos humanos. Estas clasificaciones tan diferentes demuestran que los derechos humanos pueden ser captados desde muy distintas visiones o perfiles, lo cual puede llegar a dificultar un análisis exhaustivo pero sobre todo, equilibrado de los

³ *Notions de base en matière de droits fondamentaux*. CODAP. Genève. Edition 2012. p. 18.

ben como los más importantes: en primer lugar, su naturaleza absoluta que los hace pensar como dotados de una cierta hostilidad a cualquier tipo de adecuación a las características del caso concreto; y por otro lado, a la exigencia de que debe concedérsele un lugar anticipado, previo a cualquier regulación jurídica. Dos aspectos que pueden afectar seriamente al derecho de los conflictos. Su primer semblante obliga a considerar al derecho internacional privado como una disciplina jurídica subsidiaria, aleatoria, aplicable una vez el campo de los derechos humanos haya satisfecho sus objetivos, se ha dicho que transformaría al derecho internacional privado en una simple rama del derecho material.⁴ La segunda peculiaridad nos interpela sobre un conflicto de métodos, por cuanto la característica sustantiva de estos derechos y su especial fuerza imperativa entraría en directo entredicho con aquella prevaleciente en derecho internacional privado, como lo es la solución de los conflictos de leyes y de jurisdicciones, creando una nueva variedad metodológica.

Varias precisiones se imponen respecto de los derechos humanos. En primer lugar, cuando se habla de núcleo duro hacemos referencia al contenido esencial de un derecho, que determina la imposibilidad de una derogación.⁵ En segundo lugar, el derecho individual puede estar consagrado en un texto escrito de muy distinta jerarquía: en una Convención, en una Constitución o en una ley común; o no estar necesariamente escrito por surgir de una costumbre internacional. ¿Un derecho humano fundamental consagrado legalmente y por un número pequeño de países tiene la misma fuerza que otro consagrado en una Convención internacional con una amplia ratificación? ¿El primero de ellos se lo puede oponer a inconsideradamente a cualquier relación jurídica proveniente del extranjero? ¿Todo derecho humano fundamental establecido *legalmente* por el foro forma parte de su orden público internacional o hay algún espacio para el diálogo? También hay algo a tener en cuenta: el contenido de la protección de un derecho definido en un instrumento internacional puede verse restringido

⁴ Expresión vertida por Bruno Opettit en *Le développement des règles matérielles*. Travaux du Comité Français de Droit International Privé. Journée du Cinquantenaire. 1985. p. 134.

⁵ Aun derechos tan esenciales como el derecho a la vida sufren restricciones, como en la hipótesis de legítima defensa o de un conflicto armado. Los ataques a la vida deben ser legítimos y limitados explícitamente por la ley para excluir la arbitrariedad. Algunos Estados admiten la pena de muerte, la cual no está prohibida por el derecho internacional, y en la actualidad también el aborto, aun cuando no existe desde el derecho internacional una respuesta clara en ese campo.

a través de declaraciones interpretativas o de reservas, aun cuando estas últimas se admitan en forma limitada. Igualmente puede ocurrir que el derecho fundamental se halle consagrado en una Declaración, en una Convención o en una Recomendación.⁶ Todavía cabe superar otro escollo: muchos derechos fundamentales se enfrentan entre sí, hay demasiada ambigüedad en sus contenidos o demasiada abstracción, lo cual dificulta la tarea de aplicarlos.

¿Qué tan absolutos son los derechos fundamentales del hombre?

7. La naturaleza o calidad absoluta de estos derechos ha sido proclamada por más de un autor. Ello ha generado una polémica extremadamente fuerte, en cuanto a que su origen permite pensar en el deseo de imponer el predominio de una cultura –la occidental– por sobre todas las demás existentes. Sospechas de imperialismo jurídico entonces, a pesar de la invocación de su universalidad –o precisamente debido a ello– han permitido rechazar esta postura de omnipotencia de los derechos humanos, tan poco contemplativa de las diferentes culturas que existen a nivel global.

8. La realidad muestra que luego de la proclamación de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* en el seno de la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, se ha operado un movimiento de regionalización de estos derechos, actitud que ha posibilitado la consagración de Pactos, Acuerdos o Declaraciones que reclaman el reconocimiento de la estrecha relación que existe entre los derechos humanos y la cultura en que los hombres y mujeres viven. Además, los derechos fundamentales consagrados en Declaraciones o Convenciones

⁶ Una "Declaración" es un instrumento formal y solemne que se justifica en raras ocasiones, por ejemplo cuando la organización afirma que hay principios que tienen una gran importancia y un valor perdurable y se incita por ende a los Estados miembros a que respeten al máximo los principios enunciados, como en el caso de la *Declaración universal de los derechos del hombre*. En cambio, una "Recomendación" es menos formal. Fuera de esta distinción, no hay ninguna diferencia entre ambas, son universalmente aplicables y en la mayor parte de los casos enuncian principios generales o normas generales concernientes a los derechos del hombre. Suele ocurrir que se piense que redactar una Convención que se sabe por anticipado que va a tener un número escaso de ratificaciones no tendría ningún sentido, ante lo cual se opta por ejemplo, por una declaración solemne de la Asamblea General de la ONU para que se convierta en un texto fundamental de referencia para las organizaciones internacionales y los Estados. Sería un medio de presión de un conjunto de Estados sobre otros, que podría dar nacimiento a una costumbre internacional, bajo la condición de que reciba una aplicación general desprovista de ambigüedad.

internacionales son interpretados y reinterpretados constantemente, a la luz de la evolución social. La concepción evolutiva de los derechos fundamentales choca contra su pretensión a la universalidad.

Quizás la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* o Pacto de San José, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en San José (Costa Rica) el 22 de noviembre de 1969, sea la que menos se distancia de la declaración onusina.

En el espacio de la Unión Europea contamos con el *Convenio Europeo de los Derechos Humanos* con sus Protocolos Adicionales, y la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* aprobada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007.

Pero también tenemos la *Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos* de 27 de julio de 1981, con el realce otorgado a la familia y a los ancianos.

Y la *Declaración Islámica de los Derechos Humanos* del año 1981, seguida de la *Declaración de los Derechos Humanos en el Islam* aprobada en la Conferencia de El Cairo en el año 1990, donde es posible observar un distanciamiento mayor entre aquella concepción que le atribuye derechos al individuo por su condición de tal –haciendo abstracción de cualquier marco jurídico, social, político o religioso– y esta otra que considera que esos derechos humanos tienen su asiento en la divinidad. La Declaración de El Cairo es clara al respecto: “los derechos fundamentales y las libertades generales en el Islam son una parte de la religión de los musulmanes, Nadie, categóricamente, puede abolirlos total ni parcialmente, ni tampoco violarlos o ignorarlos, en tanto que decretos divinos revelados por Allah en sus Libros, enviados y restablecidos por medio del Sello de sus Profetas, culminando así cuanto habían legado las sagradas escrituras”. Ello implica un cambio sustantivo por cuanto los dos últimos artículos de la referida Declaración aclaran debidamente que “todos los derechos y deberes estipulados en esta Declaración están sujetos a los preceptos de la Sharía islámica” y que “la Sharía islámica es la única fuente de referencia para la aclaración o interpretación de cualquiera de los artículos del presente documento”. De tal manera entonces, que estos derechos humanos están dotados de una especial

rigidez en cuanto se basan en la concesión por Dios, quedando limitados precisamente al marco que les ofrece la religión.

Estas menciones marcan entonces, la presencia de una profunda escisión en la contemplación de los derechos humanos, en su fuente y en la manera de aplicarlos e interpretarlos.⁷ Selim Jahel considera que la concepción muy amplia de “lista abierta” que se tiene en Europa de los derechos fundamentales –y digamos de paso también en Uruguay, en base al art. 72 de la Constitución⁸– difícilmente puede ser compartida por países que pertenecen a otro aire de civilización, como los países del mundo árabe-musulmán. El Islam fue innovador puesto que en el s. VII ya sea hablaba de estos derechos en tanto que imperativos jurídicos, como: el derecho a la vida, del cuerpo humano, de la dignidad del hombre, de la tolerancia, del rechazo a la coacción en religión, de la igualdad absoluta en los derechos y deberes de los hombres cualquiera fuera su origen o fortuna, a lo que se agregaba el imperativo de justicia afirmado muchas veces en El Corán, y algunos atisbos de democracia:

⁷ Aparte de esta cuestión capital, una primera lectura de todos estos textos parecerían contener una identidad de conceptos: por ejemplo, la Declaración islámica de 1990 consagra el derecho a la vida con la prohibición del aborto, a la integridad, al derecho internacional humanitario, a la inviolabilidad del ser humano, al *jus connubi*, a la igualdad de sexos, a los derechos del niño, al reconocimiento de igual capacidad de goce para todos los seres humanos, al derecho a la educación, a la libertad y en consecuencia a la prohibición de la esclavitud, al libre tránsito, al trabajo, a la propiedad respetando su finalidad social, al conocimiento, a la moral, a la salud y a una vida digna, a la inviolabilidad del domicilio, al acceso a la justicia, a la presunción de inocencia, a la integridad de su cuerpo, a la participación en los asuntos públicos, etc. Digamos de paso que estas Declaraciones consideran que las personas tienen igualmente obligaciones- y entre todas, las que más chocan en Occidente son: la organización patriarcal y el ejercicio de la potestad marital debido a que “sobre el varón recaerá el gasto familiar, así como la responsabilidad de la tutela de la familia” (art. 6 de la Declaración de 1990); la imposibilidad de establecer un vínculo filiatorio extramatrimonial si el padre no quiere; que el testimonio de las mujeres equivale a la mitad del de un hombre; que las mujeres tienen derecho a la mitad de la herencia de lo que le pueda corresponder a un hombre; la posibilidad de disolver por parte de este último el vínculo de matrimonio mediante una simple declaración extrajudicial manifestada tres veces o *talak*, en cambio la mujer sólo puede hacerlo judicialmente; la posibilidad de celebrar el hombre matrimonios polígamos, prohibido a la mujer; la obligación del hombre de educar a los hijos en la religión del Islam; etc. Jahel, Selim. *Les droits fondamentaux en pays arabo-musulmans*. Revue Internationale de Droit Comparé. 4. 2004. p. 787. Ver también: Alves da Frota, Hidemberg. *A universalidade dos direitos humanos no mundo muçulmano*. Anuario Mexicano de Derecho Internacional. VI. 2006. p. 64 y ss.

⁸ Art. 72. La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.”

elección del príncipe o califa por los notables representantes de la comunidad y la obligación de este último de consultarlos antes de tomar una decisión.

9. Por este motivo resulta inadmisibles las tesis de Dubout y Touzé⁹, quienes se preguntaban cómo puede emerger un cierto orden del aparente desorden ante la falta de un legislador mundial y respondían que los derechos fundamentales podían ser llamados a jugar el papel de bisagra entre órdenes y sistemas jurídicos. Para ello habría de realizarse acuerdos sobre un número reducido de meta-principios referidos a la compatibilidad sistémica entre los cuales -para los citados- se encontrarían especialmente los derechos fundamentales. Para admitir esta tesis habría que examinar si esta convergencia de entendimiento de los derechos humanos fundamentales realmente existe o ella puede devenir en un futuro más o menos próximo. En ambos casos la respuesta es negativa, la breve reseña que hemos realizado demuestra la imposibilidad de pensar en el hecho de que los derechos fundamenta-

⁹ Dubout, Edouard y Touzé, Sébastien. *La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques*. En: "Les droits fondamentaux: charnières entre ordres et systèmes juridiques". Paris. 2009. Tampoco parece aceptable el enfoque doctrinario realizado por Stanislas Lecuyer, quien basa la futura coordinación entre sistemas en la elaboración de Convenciones internacionales. Sin embargo, afirma algo interesante: que las nuevas normas que surgen de la entente entre los Estados han tenido que renovarse para atender las existencias del s. XXI, realizando una apertura hacia el derecho no escrito, habilitando la consulta a los principios generales, combinándose con leyes-tipo e incluso permitiendo que los particulares involucrados puedan dejar de lado la propia Convención cuando ésta no atiende adecuadamente sus intereses. La idea expuesta de resolver la armonía dentro de la jerarquía normativa exigiendo una participación activa de todos los grupos y personas jurídicas -públicas y privadas- interesadas en el quehacer internacional: Estados, organismos de integración, organismos internacionales y regionales, Autoridades Centrales, ONGs, jueces, árbitros, etc., parece un hermoso ideal pero suena a fantasía, al planteo de una quimera. ¿Cómo es posible aglutinar grupos humanos tan diversos de forma y manera que "cumplan con sus deberes" sobre el plano internacional? La firma de Tratados es uno de los caminos más seguros para exigir la responsabilidad estatal internacional. ¿Pero cuánto tiempo lleva ratificar un Tratado? Tenemos un ejemplo muy cercano: Uruguay ratificó la Convención de La Haya sobre la supresión de la legalización 51 años después de su redacción. ¿Medio siglo no es mucho tiempo? Además, la vía convencional hace responsable a los Estados, pero ¿cómo habría que responsabilizar a los demás actores, que pueden tener o no personalidad jurídica -por ejemplo, el medio académico- si no respetan sus disposiciones? De todos modos, su análisis de la cuestión se presenta sumamente valioso en numerosos aspectos. Lecuyer, Stanislas. *Appreciation critique du droit international privé conventionnel. Pour une autre approche de l'armonisation des relations privées internationales*. Paris. 2007.

les puedan constituirse en un factor de coordinación entre órdenes y sistemas jurídicos.

Influencia de los derechos humanos sobre la metodología de derecho internacional privado

10. Se ha manifestado igualmente, que los derechos humanos y el derecho internacional privado no hacen muy buenas migas, en realidad los primeros dejan al segundo en falsa escuadra. El carácter sustantivo de los derechos humanos, su pretensión a la universalidad y su consideración en grado absoluto resulta difícil de empalmar con una disciplina como el derecho internacional privado bastante abstracta, que todavía se la considera dotada de una cierta neutralidad, basada sobre el método indirecto fundado sobre el criterio de la localización, todo lo cual le permite dar voz a un derecho local.¹⁰ Universalidad por un lado y localidad o localización por el otro, son dos términos que se enfrentan. La materialidad de los derechos humanos por un lado y la "formalidad" -o más precisamente el carácter indirecto- de la regla de conflicto también se presenta como aspectos opuestos. Veamos un ejemplo: es reconocida en Occidente la igualdad de los sexos sin limitación alguna, ante lo cual una regla de conflicto que reconociera la potestad del marido dentro de la pareja o la patria potestad a favor del padre iría contra los derechos fundamentales y por tanto podría ser tachada de nulidad. Sin embargo, introducir la posibilidad de aplicar además la ley de la esposa o de la madre para respetar la igualdad de los sexos, no es una garantía que la categoría reciba un mejor tratamiento desde el punto de vista sustantivo. Puede ocurrir que la ley del domicilio o de la nacionalidad del marido o del padre provea una mejor solución material que la ley del domicilio o nacionalidad de la madre. Ello obedece al carácter indirecto de la regla de conflicto y a la sustantividad de los derechos fundamentales. Es por ello, que ante esta situación algunos autores alientan una cisura imponiendo el predominio de alguno de los dos actores en la liza, y otros en cambio, abogan por establecer algún tipo de acuerdo o de regla de convivencia entre los mismos.

11. Precisamente, la coordinación es el objetivo general del derecho internacional privado, que no desdeña ni la singularidad de las relaciones privadas internacionales, ni el pluralismo de los órdenes jurídicos estatales. Según Batiffol, el objetivo de coordinación es inmanente a

¹⁰ Aun cuando esta neutralidad no deja de ser relativa.

este derecho, en cuanto forma parte de su propia estructura.¹¹ Todas las reglas del derecho internacional privado se encuentran enervadas de esta búsqueda de coordinación, y quien dice coordinación dice complementariedad. La dificultad consiste en descubrir los medios apropiados para atender esta ambición de ajuste de los diferentes sistemas jurídicos, aun cuando la doctrina de derecho internacional privado se haya mostrado exuberante al respecto.

12. Los especialistas han constatado que el derecho internacional privado presenta una analogía con la protección de los derechos fundamentales en cuanto en ambos casos "se trata de derechos sobre los derechos", en el sentido de superioridad. Para nosotros, aun cuando sea cierta esa aseveración, lo es en un sentido muy diferente: la superioridad de los derechos humanos es sustantiva, la del derecho internacional privado es formal; en cada una de estas ramas jurídicas se procura indicarle al juez ya sea un criterio de validez en el primer caso o las reglas que debe aplicar, en el segundo.¹² Habría entonces, una esencia y una función análoga, en cuanto estarían por encima de los ordenamientos jurídicos, sin embargo esta aproximación es a la vez la piedra de toque de su mutua diferencia.

13. En su conferencia de La Haya Patrick Kinsch expresó sobre el tema, que el derecho internacional privado es una materia que se caracteriza a la vez por una tecnicidad muy refinada y por una duda permanente entre la primacía de la justicia de derecho internacional privado y la primacía de la justicia material.¹³ Para el autor no existe ninguna incompatibilidad radical entre un razonamiento en términos de derechos humanos y la aplicación de los métodos específicos al derecho internacional privado. Y considera que es perfectamente posible y enriquecedora para las dos disciplinas una coexistencia pacífica, bajo la condición de que cada una respeta las particularidades de la otra. El

¹¹ Batiffol, Henri. *Aspects philosophiques du droit international privé*. Paris. 1956. "La coordinación de los sistemas existentes parece ser el objetivo del derecho internacional privado, en el estado actual de las cosas". P. 102. p. 46. Ver igualmente: Marchadier, Fabien. *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH*. Limoges. 2005. p. 26.

¹² Dubout, Edouard y Touzé, Sébastien. *La fonction (...) Ob. Cit.* p. 16. Marchadier, Fabien. *Les objectifs (...) Ob. Cit.* p. 38. Los derechos fundamentales constituirían el fluido sanguíneo en tanto que el sistema de conflicto sería el aparato óseo, ambos indispensables y complementarios para mantener saludable al cuerpo humano y en este caso, el del derecho.

¹³ Kinsch, Patrick. *Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé*. Recueil des Cours. 318. 2005. p. 19 y 22.

derecho internacional privado debe observar la primacía jerárquica de los derechos humanos aun cuando también parece conveniente respetar los métodos del derecho internacional privado, a veces arreglarlos, o elegir entre ellos en función del objetivo de cumplimentar los derechos del hombre, pero no reemplazarlos por los derechos humanos, por cuanto la función de estos últimos no es la de regir directamente al conjunto de las relaciones de derecho privado.¹⁴

Tesis que apoyan un predominio absoluto de los derechos fundamentales

14. Dentro de nuestro continente, la autora brasileña Tatyana Scheila Friedrich¹⁵ aproxima en su tesis los derechos humanos a las normas imperativas, consagrando el carácter arrollador de estos derechos sobre cualquier rama del ordenamiento jurídico. "Las normas en dicho ámbito son imperativas porque reciben una valoración especial del sistema jurídico al que pertenecen. Al serle intrínseca su imperatividad, la misma es independiente de su fuente legislativa, pudiendo ser imperativa tanto la norma de origen interno del Estado, como la norma regional o internacional surgida por Tratado internacional. *La norma imperativa es una innovación para el derecho internacional privado por cuanto anula la operación usual de la regla de conflicto y su metodología específica, impidiendo la aplicación de la norma que sería competente en base a ella*. La norma imperativa posee un contenido material que hace que tenga una aplicación inmediata, estando inserta en la problemática de la definición del campo de aplicación en el espacio de las normas sustantivas. Su sistemática es unilateral".

Y para no dejar ningún espacio a la duda, reitera en las conclusiones que "los derechos humanos, entendidos como los derechos fundamentales previstos en las Constituciones y los derechos inscritos en los Tratados internacionales sobre derechos humanos, deben ser considerados como normas imperativas. Así, siempre que sobre una relación jurídica que contenga un elemento de extranjería incida una norma constitucional

¹⁴ "Si bien el derecho internacional privado aparece quebrado, sin embargo no ha vacilado. Simplemente deben plantearse las bases de un nuevo equilibrio, lo que implica revisar los métodos y objetivos de las dos disciplinas en un sentido cada vez menos absolutista". Fauvarque-Cosson, Bénédicte. *Droit comparé et droit international privé: la confrontation de deux logiques à travers de l'exemple des droits fondamentaux*. Revue Internationale de Droit Comparé. 2000. 4. p. 797.

¹⁵ Friedrich, Tatyana Sheila. *Norma imperativa: a conexão dos direitos humanos com o direito internacional privado*. Curitiba (Brasil). 2005. p. 250 y ss. Énfasis agregado.

o internacional de esa naturaleza, ella deberá ser aplicada inmediatamente, sin la utilización del método conflictual de definición de la ley aplicable.”

15. Se trata de una solución que se aproxima a las normas de aplicación inmediata sin ser exactamente lo mismo. Las normas de aplicación inmediata son de fuente interna y no convencional o consuetudinaria como los derechos fundamentales. Además, si bien los derechos fundamentales pueden colisionar con la regla de conflicto, aquellos derechos no darían una solución concreta a la situación a regular, y especialmente a nivel de los conflictos de leyes y de jurisdicciones. Se trata de situaciones que se dirimen sobre planos diferentes.¹⁶

16. En nuestro medio el mismo camino parece haber recorrido la Profesora Cecilia Fresnedo en un artículo de su autoría.¹⁷ La colega toma como base de su análisis las soluciones de conflicto en materia de filiación plasmadas en los *Tratados de Derecho Civil Internacional* de Montevideo de 1889 y de 1940, especialmente la diferente solución normativa consagrada entre filiación matrimonial y extramatrimonial. 17. **Unidad o diversidad en la regulación de las distintas filiaciones.** Como en tantas otras cuestiones del Derecho de Familia, surge la necesidad de decidir cuál es la regulación de conflicto más aceptable en el ámbito de las filiaciones. ¿Las diferentes filiaciones biológicas deben contar con una única categoría y por tanto indiferentemente con la determinación de uno o varios puntos de contacto? La autora es clara en afirmar la necesidad de establecer una unidad regulatoria de la filiación.

Sin embargo, a nuestro modo de ver, el diferente origen de cada filiación vuelve difícil asimilarlas bajo una misma solución de conflicto, salvo que la norma desarrolle varios puntos de contacto de manera que satisfaga las peculiaridades de cada filiación: la prueba del matrimonio en la matrimonial y la prueba del origen biológico o por la sangre en la extramatrimonial.

Desde siempre la primera ha gozado de una prueba muy simple, ya que bastaría para acreditarla con la exhibición de los testimonios de las partidas de matrimonio y de nacimiento. La extramatrimonial en cambio

¹⁶ Brière, Carine. *Les conflits de Conventions internationales en droit privé*. Paris. 2001. p. 317.

¹⁷ Fresnedo de Aguirre, Cecilia. *El régimen internacional de la filiación y los derechos humanos: el diálogo de las fuentes*. Revista de Derecho. Universidad Católica del Uruguay. No. 1. p. 155-187.

puede ser determinada de muy diferentes maneras: voluntariamente o por medio de un contencioso judicial. Y en esta última hipótesis los autores pueden ser variados: el padre puede pretender desconocer su calidad de tal o querer iniciar una investigación de paternidad; el hijo puede querer desconocer la filiación de su pretenso padre, y ahora también cabría la posibilidad de desconocer aquella madre que lo haya sido mediante la implantación de un embrión fecundado con un óvulo y semen de terceros; están implicados en esta relación: la madre, el padre, el hijo y uno o más terceros, todos los cuales pueden ser actores, afectados o demandados. Estos terceros (genéticamente o no) pueden apetecer ejercer la calidad de padre o madre o de hijo de alguien.

¿Es adecuado realizar una asimilación conflictual total respecto de ambas filiaciones? ¿No se atacaría la justicia de derecho internacional privado, o sea, la justicia de la mejor localización de la filiación a determinar o a consagrar? Un tratamiento diferenciado no constituye una discriminación cuando reposa sobre motivos objetivos.¹⁸ Audit considera que no significa introducir una desigualdad entre el niño natural y el legítimo plantear reglas de conflicto diferentes para el establecimiento de su filiación teniendo en cuenta -como en el derecho interno- la diferencia esencial que constituye la existencia o ausencia del matrimonio de los padres.¹⁹

La reproducción médicamente asistida en realidad tiene dos caras, pues se ubica a medio camino entre la filiación carnal y la filiación adoptiva, lo cual “hace dudar al jurista y a todos los intérpretes, entre el fundamento biológico y el fundamento afectivo o social del parentesco, que disocia el recurso a terceros dadores”.²⁰ Las legislaciones de los Estados se

¹⁸ “La existencia de una categoría de conexión única en materia de establecimiento de la filiación parecería inscribirse bajo una perspectiva igualitaria de las filiaciones, y más generalmente de la familia natural y de la legítima. Sin embargo, igualdad no significa asimilación integral, la que supondría hacer abstracción del matrimonio que existe en un caso y no en el otro. Las dos situaciones se presentan sensiblemente diferentes y en la medida que ellas son objeto de un tratamiento idéntico, éste debe responder a un fin legítimo y responder a una justificación objetiva y razonable”. Marchadier, Fabien. *Les objectifs (...)*. Ob. Cit. p. 256 y 289.

¹⁹ Audit, Bernard. *Droit international privé*. Cinquième Edition. Paris. 2008. p. 590. par. 716.

²⁰ Labrusse-Riou, Catherine. *La filiation en la médecine moderne*. Revue Internationale de Droit Comparé. 2. 1986. La autora destaca además, que “el poder femenino de exclusión del padre mediante la contracepción, se halla reforzado por la posibilidad de recurrir a la inseminación artificial: la mujer célibe, solitaria, puede realizar su proyecto sin desear y aún sin recurrir a la sexualidad (...), la cuestión de la legitimidad y de la

debaten en una profunda duda, entre aceptar y reconocer la exactitud del diagnóstico de paternidad basada sobre el análisis de los marcadores genéticos -la cual refuerza la verdad biológica como fundamento de la filiación en detrimento de otros criterios como la posesión de estado, el rol de la voluntad individual en el establecimiento de la filiación o de las ficciones sobre las que reposa todo sistema de parentesco- y por otro lado, el recurso a donantes biológicos (esperma, ovocitos) donde se busca borrar sus presencias recurriendo al anonimato, lo cual reenvía a otra concepción que basa el parentesco sobre la voluntad y el vínculo social, y que tiende a resucitar las ficciones combatidas.²¹ La procreación por donante anónimo busca basar la filiación que resultará del proceso fecundante sobre la voluntad de los beneficiarios. En estas hipótesis parece imposible regular la filiación matrimonial y extramatrimonial sin el recurso *concomitante* a otra categoría de derecho internacional privado que es la de la adopción, por cuanto es preferible organizar una forma de adopción del menor por aquel que resulta estéril en la pareja, ya que esta solución tiene el mérito de poner en relieve el carácter voluntario de la paternidad o maternidad y de desprenderse de la filiación basada sobre la verdad biológica, por lo menos en un cincuenta por ciento. Para salir de este impasse respecto de gran parte de la fecundación médicamente asistida, el legislador solo tiene un camino: asumir e inculcar en la sociedad que existen simultáneamente dos verdades: la verdad biológica y la verdad basada en la maternidad o paternidad voluntariamente asumida sin nexo biológico alguno, y que ambas conforman al día de hoy una sola verdad en beneficio del vínculo filiatorio, que en definitiva lo será en beneficio del menor.

18. Como es sabido, los arts. 16 y 17 del Tratado citado de 1889 y los arts. 20 y 21 del Tratado homónimo de 1940, consideran que la filiación matrimonial se acredita mediante la prueba de matrimonio válido entre los padres del hijo (de conformidad a la ley del lugar de celebración) y que este último provenga de dicho matrimonio. Pero si por ejemplo el padre cuestiona que ese hijo sea suyo o lo reclama un tercero como propio (por ejemplo un hombre, y ahora incluso una mujer ante la posibilidad de una maternidad subrogada), en tal hipótesis habrá que

licitud de una producción de niños sin padres se encuentra hoy abiertamente planteada y debatida (...), se ha creado deliberadamente una filiación unilineal en contra de los esfuerzos de todo el derecho de la filiación en cuanto a permitir la constitución de relaciones biparentales (...), la madre puede llegar a reducir al padre a ser solo un "patrimonio genético". P. 422 y 436.

²¹ Ob. Cit. p. 425.

acudir a la segunda regla de conflicto establecida por los Tratados: "las cuestiones sobre legitimidad de la filiación ajenas a la validez y nulidad del matrimonio, se rigen por la ley del domicilio conyugal en el momento del nacimiento del hijo". La primera regla de conflicto de leyes parece razonable, en cuanto entre matrimonio válido y filiación matrimonial existe un vínculo indisoluble por lo necesario, ya que sin matrimonio no puede haber filiación matrimonial. Cabe colegir entonces, que comprobándose esa vinculación, todos los Estados Parte de los Tratados mencionados deberían admitir la eficacia extraterritorial de la filiación matrimonial, *aun cuando el Tratado no lo diga directamente*.²²

19. El tema de la discordia (doctrinal) se presenta al interpretar la regla de conflicto de leyes asentada en los arts. 18 del Tratado de 1889 y 22 del Tratado de 1940 en lo referente a la filiación extramatrimonial. La solución es idéntica en los dos Tratados:

Los derechos y obligaciones concernientes a la filiación ilegítima se rigen por la ley del Estado en el cual hayan de hacerse efectivos.

El Maestro Alfonsín señala dos cosas respecto de esta solución de conflicto: la primera, que nos encontramos ante un territorialismo estricto; y la segunda, que la norma regula las consecuencias de la categoría "filiación" pero no las condiciones de la misma.

20. La pretendida territorialidad de la filiación extramatrimonial en los Tratados de Montevideo. Alfonsín interpreta la territorialidad de la siguiente manera: "la filiación ilegítima establecida en un Estado Parte del Tratado carece de eficacia extraterritorial. El reconocimiento voluntario realizado en 'A' por ejemplo, no puede ser eficaz *per se* en el Estado 'B'; por lo cual el instrumento público de reconocimiento probará en 'B' que el hijo fue reconocido en 'A' pero no probará que es hijo ilegítimo en 'B'". Y agrega: "para tener eficacia en 'B', la sentencia debería reunir estos requisitos: haber sido dictada por la judicatura internacionalmente competente y con arreglo a la ley regularmente aplicable, no afectar el orden público internacional local, y ser válida con arreglo al derecho procesal internacional vigente en 'B'. Se sobreentien-

²² Como sí lo dice en la hipótesis de una filiación adoptiva, el art. 5 de la *Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores* de 1984 afirma que: "Las adopciones que se ajusten a la presente Convención surtirán efectos de pleno derecho en los Estados Parte, sin que pueda invocarse la excepción de institución desconocida".

de -dice Alfonsín- que la sentencia no podrá reunir el primer requisito puesto que el Tratado de 1889 estableció un régimen territorial para la filiación ilegítima". La ley territorial decidiría en opinión del autor, acerca de las condiciones, los requisitos, plazos y pruebas admisibles para que sea establecida o revocada una filiación ilegítima, así como los medios jurídicos para establecerla o revocarla (reconocimiento, investigación, etc.).²³

21. En cuanto a la tercera hipótesis de filiación, aquella legitimada por el subsiguiente matrimonio de los padres, Alfonsín sostuvo también que el régimen debía ser territorial, porque la legitimación basada sobre una filiación extramatrimonial es de alcance territorial y por tanto, no puede tener mayor alcance que ésta.²⁴

22. La Profesora Fresnedo, en base a lo formulado por el Maestro, juzga discriminatoria la solución de los Tratados y considera que es nula de pleno derecho por atentar contra los derechos fundamentales de los hijos extramatrimoniales al consagrar una solución extraterritorial para la filiación matrimonial y territorial para la extramatrimonial. Sin embargo, ninguno de los dos autores es consecuente con la premisa que sustentan, puesto que Alfonsín también sostuvo que "el rigor de este precepto suele ser atenuado, reconociéndosele eficacia en 'B' al reconocimiento voluntario efectuado en 'A' si los derechos de los respectivos Estados son compatibles. Pero que ello no surge del Tratado sino de la voluntaria aquiescencia del Estado 'B'".²⁵ Y Fresnedo -siguiendo al Maestro- considera que una madre natural que tuviera dicha calidad solamente por la partida, con su domicilio y el del menor en un país que no exige posterior reconocimiento, no estaría obligada a efectuar reconocimientos o trámites posteriores para mantener los derechos y obligaciones derivados de la maternidad natural cada vez que cruza una frontera. En cambio si la filiación derivara de una sentencia y se tratara de hacerla valer en el extranjero, habría que tener en cuenta

²³ Alfonsín, Quintín. Derecho Civil Internacional. Montevideo. 1961. p. 715. par. 1058.

²⁴ Ob. cit. p. 717 y ss. par. 1060.

²⁵ Ibidem. p. 716. par. 1058. (Énfasis agregado). Sin percibirlo claramente Alfonsín llega al meollo de la cuestión que contradice su tesis: el de la libertad del Estado para actuar en materia filiatoria.

la categoría "reconocimiento y ejecución de sentencia", además de la categoría filiación.

22. La interpretación de la norma sustentada por Alfonsín y compartida por Fresnedo es equivocada. Hemos discordado desde el principio respecto de su interpretación del texto convencional.²⁶ En ninguna parte de la norma se establece que *se prohíbe* que la filiación "ilegítima" tenga efectos extraterritoriales sino que "los derechos y obligaciones (...) se rigen por la ley del Estado en el cual hayan de hacerse efectivos". O sea que deja las manos libres a cada Estado Parte para adoptar la posición más acorde a su ordenamiento jurídico. Tratándose en ambos Tratados de países (Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay) que han ratificado la Declaración Universal de 1948, además del Pacto de San José de Costa Rica y la Convención sobre los Derechos del Niño parece imposible sostener la tesis de la territorialidad, en cuanto existe coherencia entre los derechos sustantivos internos sobre derechos humanos y la regla de conflicto convencional.²⁷

En las legislaciones de todos los países mencionados el hijo matrimonial y el extramatrimonial gozan de igualdad de derechos, por tanto no existe ningún argumento de orden público oponible al reconocimiento extraterritorial de estas dos formas de obtener una filiación. Si en cualquier de ellos se realiza un reconocimiento voluntario de un hijo o se dicta una sentencia reconociendo a determinada persona como hijo de otra ¿cuál sería el argumento sólido que el operador jurídico podría

²⁶ Santos Belandro, Ruben. Derecho Civil Internacional y de Familia. Montevideo. 2ª edición. 2013. p. 310 y ss.

²⁷ Por otro lado no parece de buena política legislativa establecer una normativa de derecho internacional privado que regule las consecuencias de una categoría sin regular las condiciones. Es opinión ampliamente compartida que un Tratado constituye -en la mayoría de los casos- un derecho excepción, y que sobre lo no pactado se deja en total libertad a cada Estado para regular las relaciones a su manera. Es una forma bastante extraña de legislar la de los Tratados de Montevideo: se establece a texto expreso las consecuencias de una filiación extramatrimonial pero se deja fuera la ley aplicable y por tanto, la forma, manera y causales para determinarla. Pacto para las consecuencias y ausencia del mismo -y por tanto libertad- para las condiciones. Sin duda compartimos el criterio de que esa libertad tendrá su límite en una relación de coherencia entre condiciones y consecuencias, pero si en la legislación interna de los países ratificantes de los arts. 18 y 22 ya se reconoce la igualdad de derechos más allá de cualquier filiación, ¿no sería una cuestión de cohesión interna y de coherencia entre los planos interno e internacional, sostener que las condiciones para la categoría filiación extramatrimonial en ambos Tratados, también se beneficiarán de la extraterritorialidad?

imponer a la eficacia extraterritorial, en cuanto el consentimiento ha sido libremente expresado en la primera hipótesis, y en tanto la sentencia ha sido dictada respetando el debido proceso legal en el segundo caso?²⁸

Utilizamos deliberadamente la expresión "operador jurídico" por cuanto una sentencia judicial que declara a una persona hija de otra,

que hubo imposibilidad entre los Estados participantes de llegar a un acuerdo; se trata de la constatación de un fracaso, ya sea porque las condiciones que dan origen a una filiación extraterritorial pueden ser muy variadas, o porque no se supo qué punto de conexión elegir, o como debían éstos funcionar, o simplemente que *a dicho momento* no había una comunidad de convicciones que permitiera culminar en una solución (conflictual o material) uniforme. Esa unanimidad de creencias hoy día existe. Entonces, ¿cómo es posible que un reconocimiento voluntario en "A" no pueda tener efectos extraterritoriales en "B"? ¿O que una sentencia dictada en "A" no pueda tener eficacia en "B", si todos piensan que la filiación extramatrimonial goza de los mismos derechos en todos los Estados contratantes?

25. Es evidente que el territorialismo estricto es sustentado de *lege ferenda*. Una cosa es un territorialismo estricto -que postula que los derechos creados o reconocidos en un Estado sólo son tales dentro de los límites de su territorio, lo que obligaría a cada persona interesada a repetir el reconocimiento o desconocimiento de la paternidad, maternidad o filiación en cada Estado donde intentara hacerlos valer, *algo que los Tratados no imponen*- y otra muy diferente es el hecho de que cada país tenga la libertad de acción de acuerdo a su propio criterio. Esta última interpretación de la territorialidad no ataca los derechos humanos. Las causas de conceder libertad a cada Estado pueden ser variadas, pero en la mayoría de los casos obedece a la falta de acuerdo sobre una regulación internacional homogénea, o sea a la falta de comunidad jurídica.

Lo que queremos decir es que concederle libertad a cada Estado tendría las mismas consecuencias que si no hubiera Tratado, donde cada país establece su solución de conflicto, y la eficacia de su decisión quedará

²⁸ No obstante, una filiación denominada "alimentaria" puede ser pasible de rechazo y de pérdida de eficacia extraterritorial si se pretende hacer valer con efectos generales en otro Estado, debido a que en el caso de alimentos los procedimientos para determinar la filiación son mucho menos exigentes, en cuanto está en juego el derecho a la vida de una persona.

sometida a la convergencia o divergencia con los otros sistemas de conflicto existentes en el mundo. Las normas nacionales de derecho internacional privado de todos los Estados del mundo son también normas con un alcance territorial: tienen eficacia dentro del Estado que las dictó para regular las relaciones privadas internacionales con incidencia sobre su territorio, y sólo adquirirán vigencia extraterritorial en la medida que los demás Estados compartan la misma regulación (en cuanto a la calificación, a los puntos de conexión, etc.) y por tanto, admitan la solución establecida por las normas nacionales de derecho internacional privado del Estado de origen. Nuestra disciplina padece la ausencia de un sistema común de reparto. Esta vertiente de la territorialidad se intenta precisamente combatir a través de la redacción de Convenciones internacionales, que aseguren la circulación sin problemas de las relaciones privadas internacionales.²⁹

26. Si la territorialidad de las soluciones atacara a los derechos fundamentales, también habría que rever la solución sucesoria actual, donde cada heredero legítimo queda sometido al albur de ser reconocido como tal según el lugar de ubicación de los bienes, o igualmente la solución que propone el proyecto de ley de derecho internacional privado de Uruguay en materia sucesoria, donde los bienes muebles no registrables siguen el sistema de la unidad y los bienes inmuebles o muebles registrables el de la fragmentación territorial *respecto de un mismo patrimonio y posiblemente con los mismos herederos*.

En síntesis, la tesis del Maestro Quintín Alfonsín es incorrecta en cuanto los Tratados de Montevideo no establecen un estatuto filiatorio territorial estricto; lo afirmado en los arts. 18 y 22 de los Tratados mencionados es una confesión de que sobre el punto no existe una solución convencional precisa sino que se deja libre a cada Estado Parte para asumir la postura que más le convenga, la cual afortunadamente en la actualidad es uniforme sobre el plano del derecho interno, lo cual refuerza la extraterritorialidad del estatuto del hijo extramatrimonial. Y en cuanto a la postura de Fresnedo adolece de una doble falla: la de apoyarse sobre una tesis errónea (la de la territorialidad estricta), y la de

²⁹ Razonando por el absurdo debería afirmarse que todo sistema nacional de derecho internacional privado atacaría los derechos humanos por cuanto su alcance es exclusivamente territorial, pudiendo gozar de una extensión mayor en la medida que otros Estados tengan reglas de conflicto idénticas, con categorías dotadas de contenido y extensión similares, y puntos de conexión semejantes, algo que también sabemos es totalmente aleatorio.

deducir que ello plantea una discriminación en contra del hijo nacido fuera de matrimonio; la última afirmación se trata de una confusión en la que no ha incurrido ningún texto de doctrina sobre el tema.

27. El análisis de la discriminación de que puedan adolecer las reglas de conflicto debería dirigirse no al carácter territorial o extraterritorial de sus soluciones sino al carácter sexista de algunas de ellas en materia de estatuto personal (patria potestad, medios de protección de los menores, potestad marital) y en la manera de utilizar los puntos de contacto (domicilio, residencia habitual o nacionalidad del marido, o la utilización de varios puntos de contacto para regular acumulativamente determinado instituto de familia). En tal sentido, ¿no hubiera sido más conveniente examinar si la solución acumulativa del art. 23 del *Tratado de Derecho Civil Internacional* de Montevideo de 1940, que regula precisamente uno de los tipos de filiación como la adoptiva es discriminatoria, en cuanto el recurso a puntos de conexión acumulativos manifiesta una hostilidad hacia el instituto?³⁰

28. **La confusión entre regulación unificada de las filiaciones y un tratamiento igualitario de las mismas.** Fresnedo asevera que en base a lo expresado en el art. 17.5 del Pacto de San José de Costa Rica -que alude a la protección de la familia- la regla de conflicto de leyes debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo. Igualmente ha propuesto la solución única para todas las manifestaciones de la filiación biológica en el *Proyecto de ley general de derecho internacional privado* de 2004 de Uruguay, donde en cualquier caso y sin efectuar ningún tipo de distinguo, se regula la filiación por la ley del domicilio común de los padres, y si no tuvieran domicilio común, por el domicilio de la madre, atendiendo

³⁰ De todos modos, adelantamos nuestra postura de que en tal caso, y dado que todos los países ratificantes de los Tratados montevidianos han ratificado la Convención Interamericana sobre normas generales derecho internacional privado de 1979, salvo Bolivia, correspondería suavizar la rigidez de la regla de conflicto de leyes del Tratado de 1940 -e impedir de paso un ataque a los derechos humanos de los involucrados- haciendo aplicable el art. 9 de la Convención Interamericana que reclama la armonía de la solución, intentando realizar la finalidad de las legislaciones involucradas consistente en que un niño abandonado tenga una familia, de manera de "realizar las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto".

-según ella- a una realidad natural y social: la certeza respecto de la maternidad y el cuidado del niño que ésta ejerce desde su concepción.³¹

29. No parece discutible que a partir de la aprobación por Uruguay de las Convenciones sobre derechos humanos y del niño referidas *ut supra*, no debería existir en nuestro ordenamiento jurídico normas de derecho internacional privado discriminatorias entre supuestos subtipos filiatorios. El derecho interno ha corregido algunas disposiciones del Código Civil al adjudicarle iguales derechos sucesorios tanto al hijo nacido dentro como fuera del matrimonio. Pero creemos que hay que distinguir lo que es el derecho sustantivo a la igualdad -que eso nadie lo discute- con la acreditación de la filiación que es algo diferente. Ante todo deberá probarse la calidad de hijo, y será necesario hacerlo de una manera diferente en cada una de las dos hipótesis. Esta interpretación no altera el principio sustentado de igualdad de derechos, ya que luego de probada cada filiación, la equiparación es absoluta. Lo que acontece es que las circunstancias fácticas en uno u otro caso son distintas, algo que la comentarista no alcanza a apreciar. Sólo podría admitirse una única solución, siempre y cuando se den cabida a las diferentes cuestiones y problemas que genera cada filiación concreta, y para ello sin duda deberán diversificarse los puntos de conexión de manera tal, que permita atender las distintas circunstancias fácticas que han acontecido en la vida real. En suma, se confunde con discriminación, el suministro de pruebas y los requisitos o exigencias especiales que son propios a cada filiación.

30. Si queremos afinar un poco más el objeto de este estudio deberíamos tener en cuenta seis situaciones donde cada una de las cuales requiere una solución diferente: cuando el derecho interno del foro es discriminatorio; cuando lo es la regla de conflicto de fuente nacional; cuando ello acontece en la regla de conflicto de una Convención internacional integrada al orden jurídico del foro; cuando el derecho material extranjero designado por la regla de conflicto es discriminatoria; cuando la regla

³¹ Esta situación ha cambiado notablemente en los tiempos actuales y esos argumentos no pueden ser tomados como algo definitivo al visualizarse un intercambio permanente de roles en la pareja; en los hechos es posible comprobar hombres que ejercen el papel de madres con mucha mayor eficiencia y amor que estas últimas. No obstante, aun es posible ver hoy en la jurisprudencia, un rezago de esta concepción matriarcal en relación con los hijos, y como se ve, también en la doctrina. No cabe duda que implementar una solución de conflicto basada en el domicilio de la madre en exclusiva, es claramente discriminatoria y debería ser condenada en cuanto pone en desventaja al hombre. La solución debería provenir de las características del caso concreto.

de conflicto extranjera puede llegar a serlo, la cual ha sido conectada al caso concreto a través del juego del reenvío internacional; y la solución del tema de los derechos humanos cuando nos hallamos ante una cuestión previa o incidental. Por razones de espacio sólo abordamos en nuestro análisis la hipótesis de una regla de conflicto discriminatoria y aquella donde el derecho extranjero resulta ser discriminatorio.

31. La pretendida nulidad de los arts. 16 a 18 y 20 a 22 de los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940.

Fresnedo concluye manifestado lo siguiente: "con respecto a los *Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional* de 1889 y 1940, sus arts. 16 a 18 y 20 a 22 respectivamente, relativos a la filiación, serían nulos a partir de la fecha de entrada en vigor en Uruguay de los Tratados de derechos humanos en cuestión. (...) Parecería que la oposición entre los Tratados sobre derechos fundamentales y los Tratados de Montevideo 'es indiscutible'. Por consiguiente los referidos arts. 16 a 18 y 20 a 22 de los Tratados de Montevideo devendrían nulos".

32. Merece especial atención la conclusión a la que arriba la colega en cuanto a afirmar que los artículos citados de los Tratados de Montevideo resultarían fulminados por la nulidad y que a partir de 1969 habrían desaparecido del mundo jurídico, con lo cual el diálogo de las fuentes a la que apunta en su estudio en realidad se transforma en un predominio excluyente y avasallante del contenido material de los derechos fundamentales por sobre cualquier otra solución, incluida la del conflicto de leyes.

Suponiendo que fuera correcta la tesis sobre la que está basada la monografía citada, cabría examinar si siempre habría que pensar en una nulidad insanable de los textos citados. Ya hemos expresado que en los Tratados de Montevideo hay claramente reglas de conflicto de leyes y de jurisdicciones basadas en el sexo, como el art. 8 del Tratado de 1889 respecto del domicilio conyugal;³² no así respecto de las relaciones paterno-filiales donde se habla de "padres", comprensivo de padre y madre (art. 15). No cabe discusión acerca de que el art. 8 es discriminatorio al consagrar el predominio del hombre sobre la mujer y desatender el principio de igualdad entre los sexos hoy reinante. Ubertazzi considera que le corresponde al Poder Legislativo la respon-

³² Art. 8. El domicilio de los cónyuges es el que tienen constituido el matrimonio, y en defecto de éste, se reputa por tal el del marido. La mujer separada judicialmente conserva el domicilio del marido mientras no constituya otro."

sabilidad principal de asegurar la coherencia de los diferentes textos que forman parte del orden jurídico concernido, especialmente en el caso de normas nacionales de derecho internacional privado.³³ En cuanto a las normas convencionales la situación aparece más complicada y a nuestro modo de ver se presentan dos soluciones para los Estados Parte: o denunciar la disposición concreta (siempre que el Tratado lo permita), o renunciar al Tratado si éste resulta desequilibrado con una reserva que pueda interponerse, y renegociar un nuevo Convenio más adaptado a la realidad ambiente. ¿Pero entre tanto, qué hacer?

33. ¿Cómo cubrir el vacío provocado por el predominio fulmineo de los derechos fundamentales de acuerdo al método apriorista? El principio de la igualdad de los sexos está inscrito en todas las declaraciones relacionadas con los derechos del hombre y numerosos países lo hacen figurar igualmente en sus Constituciones. Ello ha provocado la condena por parte de algunos tribunales constitucionales, de aquellas reglas de conflicto que someten las relaciones entre los esposos a la ley personal del marido (nacionalidad, domicilio o residencia habitual), o en las relaciones entre padres e hijos a la ley personal del padre (nacionalidad, domicilio o residencia habitual). En Alemania hay una decisión del tribunal constitucional de 1971 donde se establece que una regla de conflicto que repose sobre una discriminación en razón del sexo, resulta contraria al principio fundamental de la igualdad entre el hombre y la mujer.

Kinsch acota que "la iniciativa de inconstitucionalidad de las reglas de conflicto discriminatorias no niega que la discriminación denunciada no es una discriminación a nivel de las soluciones de derecho material. Una conexión a la nacionalidad del marido no desconocería en sí misma la obligación al tratamiento (material) igual de los dos sexos. (...) Las decisiones alemanas e italianas acuden al principio de la igualdad no propiamente hablando en su calidad de derecho fundamental individual sino en su calidad mucho más abstracta, de principio de naturaleza estructural."³⁴ Se trataría entonces, de abogar o de luchar en última instancia, por una coherencia interna de todas las normas que componen la estructura de todo el ordenamiento jurídico. Reemplazar una regla de conflicto basada en una discriminación es una tarea que le incumbe al legislador actuando sobre el plano estatal o interestatal. Antes de su

³³ Ubertazzi, Giovanni Maria. Règles de non-discrimination et droit international privé. Recueil des Cours. 157. 1977. IV. p. 382.

³⁴ Kinsch, Patrick. Droits de l'homme, (...) Ob. Cit. p. 141 y 143.

derogación en la primera hipótesis y durante su renegociación en la segunda, siempre sería posible pensar en una declaración de inconstitucionalidad de la regla de conflicto, que en nuestro ordenamiento jurídico deberá ser declarada por el máximo órgano judicial (Suprema Corte de Justicia) y nunca podrá tener efectos *erga omnes* sino que sólo podrá concernir al caso concreto.

34. Efectivamente, no podemos quedarnos con el argumento según el cual la regla de conflicto no prejuzga el resultado material, argumento que reposa sobre la idea que las disposiciones materiales de la ley personal del marido pueden llegar a ser en ciertas ocasiones, más favorables a la mujer que la ley personal de esta última. No puede sostenerse que la regla de conflicto aún de estructura bilateral sea perfectamente neutra, ya que el atributo de la neutralidad de la regla de conflicto hay que tomarla con medida, debido a que puede -y en los hechos resulta así- verse alterada mediante la definición de las categorías o de los puntos de conexión, o la prosecución de un valor sustantivo como la elección de aquella ley "que valide el testamento", o que mejor satisfaga "el interés superior del menor" o "el derecho a los alimentos". La neutralidad de la regla de conflicto no es una falacia pero tampoco hay tomarla al pie de la letra.

Gaudemet-Tallon considera que "el hecho de que la regla de conflicto extranjera sea desigual no debería ser sistemáticamente sancionada mediante un rechazo a su reconocimiento o a su ejecución.³⁵ Ciertamente, el derecho internacional privado puede tener sobre el plano de las conexiones un papel útil para promover la igualdad de los sexos. Pero también es visible que esta igualdad cuando ella es adquirida, no lo es sino luego de algún tiempo y está lejos de ser perfecta. Por tanto -según la autora- al parecer conviene no mostrar una mayor severidad que la necesaria, respecto de los Estados que han conservado reglas de conflicto discriminatorias".

35. Y aún admitiendo la supremacía material de los derechos humanos y su propiedad de fulminar a la regla de conflicto ¿cuál sería la solución de recambio? No podemos quedarnos simplemente con la manifestación del rechazo. La aplicación inmoderada de los derechos fundamentales aniquilaría de una manera general, abstracta y anticipada todo aquello

³⁵ Gaudemet-Tallon, Héléne. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel). Cours Général. Recueil des Cours. 312. 2005. p. 407.

que se le oponga, provocando un vacío difícil de colmar. ¿En las hipótesis de puntos de conexión basados en el sexo de la persona (del marido o del padre) la respuesta sería adicionar a la solución primigenia, al sexo opuesto (la esposa o la madre) en forma opcional o acumulativa?

Ya manifestamos que luego de pergeñada esta solución, puede acontecer que no se presente como la más adecuada y sea necesaria una reformulación profunda de la regla de conflicto buscando otros caminos más adaptados a la realidad, como por ejemplo la contemplación privilegiada del interés superior del menor o del hijo en general, y de su residencia habitual. Si en cambio aceptamos la aplicación previa de los derechos fundamentales, ello aniquilaría la regla de conflicto y sería indispensable una solución de recambio, que ante la imposibilidad de que el legislador (nacional o convencional) lo haga en forma inmediata, habrá de ser una tarea a cumplir por el juez, lo cual creará inseguridad, riesgos de arbitrariedad y en definitiva, la consagración de una actividad indisciplinada de los magistrados, más allá de atacar el principio de separación de poderes.

36. Antes de establecer la sanción por la contradicción entre una regla de conflicto y los derechos humanos deberíamos examinar si realmente la única salida sea la nulidad de la regla de conflicto. Como ya dijimos, hay una tendencia a una interpretación dinámica y evolutiva de los Tratados relacionados con los derechos del hombre, dándose particular importancia a algunos principios interpretativos tales como el principio de proporcionalidad y el del efecto útil. Es importante consignar que estos Tratados están destinados a ejercer sus efectos sobre todo en los órdenes jurídicos internos y por el otro, los Estados a menudo ejercen resistencia en lo que respecta a la naturaleza inmediatamente obligatoria y *self executing* de esas reglas convencionales, lo que ha permitido elaborar en el ámbito europeo, teorías tales como la del margen nacional de apreciación, con el objetivo de hacer más flexible la aplicación interna de esos Tratados, un tema que cuenta con una amplísima doctrina, por lo que no nos extenderemos sobre el punto.

Si no ha acontecido una declaración de inconstitucionalidad, ¿qué rol pueden desempeñar los jueces para resolver las antinomias entre interdicciones de discriminar y reglas de conflicto discriminatorias, volviéndolas compatibles con la prohibición de discriminar? La evicción fulminea de un texto de derecho internacional privado esencialmente discriminatorio no es el único resultado que el juez puede obtener, porque también puede recurrirse al criterio jerárquico o al de la especia-

lidad. Un cabo al cual asirse podría ser recurrir al art. 9 de la *Convención sobre normas generales de derecho internacional privado* de 1979, que alienta tratar de "realizar la equidad en el caso concreto".

37. Pero en definitiva, ¿el vacío que produce la tesis de la nulidad cómo será llenado? Para Ubertazzi, por lo general la regla de conflicto no dejará de existir, sería suficiente con que sufra una suerte de amputación referido al punto de conexión discriminatorio³⁶; sin embargo, el problema se presenta si la regla de conflicto cuenta con un único punto de contacto. También podría restringirse el campo de aplicación de la regla discriminatoria y ampliar el campo de aplicación de otras reglas neutras, siempre en la hipótesis de que ellas existieran. Igualmente podría influir una calificación "apropiada" de la situación litigiosa y/o la búsqueda de otros criterios de conexión menos opuestos a la prohibición de discriminar, recursos siempre aleatorios.

38. La situación sólo se vuelve más cómoda si se tratara de una norma de conflicto extranjera discriminatoria, porque en tal caso puede hacerse funcionar la excepción de orden público internacional. De todos modos, el criterio de la nulidad absoluta parece ser el menos indicado porque crea automáticamente un vacío difícil de cubrir, ¿si el legislador no actúa inmediatamente, creará el juez una regla de conflicto *ad hoc*? ¿Esa regla de conflicto *ad hoc* puede consistir en la creación de una nueva regla de conflicto o en la modificación de la regla sexista existente, de tal manera que donde diga "domicilio del padre" diga "o de la madre"; o donde se consigne "domicilio del marido" diga "o el de la de mujer"? En este último caso realizar una modificación por agregación puede no llegar a ser la mejor solución, en cuanto la igualación no necesariamente se pliega a la realidad sino que lo único que hace es plegarse al principio de igualdad. ¿En la actualidad, no sería conveniente incorporar en las reglas de conflicto referidas a las relaciones paterno-filiales -con carácter compartido o excluyente- al hijo y a su interés superior? Si nos introducimos en esta vía ello significaría adjudicarles a los jueces el poder de dictar normas jurídicas con carácter general, y en definitiva colocarlos por encima del legislador.

39. Según Pisillo hay que distinguir entre dos clases de obligaciones a cargo de los Estados: una obligación de comportamiento específico (la que impone al Estado tener una conducta específica), y una obligación de resultado final (aquella que impone al Estado atender un cierto fin

o un cierto objetivo final).³⁷ Según el autor, "la obligación de resultado final se preocupa por respetar la libertad interior del Estado, limitándose a exigirle que asegure una cierta situación, un cierto resultado, dejándole la tarea de llegar al mismo, por los medios que él elija. (...) La obligación de comportamiento específico establece especialmente el tipo de ejecución interna que ella requiere (ejecución que podría tener lugar por medio de una actividad normativa o administrativa o jurisdiccional). (...) En cambio, *la obligación de resultado final no especifica el tipo de ejecución interna o internacional requerida, pero deja al Estado libre de elegir los medios y las actividades de ejecución apropiadas para atender el objetivo final apuntado por la obligación.*"³⁸

Y agrega: "una primera obligación positiva de resultado que incumbe a los Estados es aquella muy general de tener una legislación *en sentido amplio*, que respete y salvaguarde los derechos del hombre internacionalmente coactivos. Se trata de una obligación que deriva no sólo de distintos Tratados específicos sino igualmente del derecho internacional de los derechos humanos en su conjunto, desde el momento en que es una obligación funcionalmente necesaria para atender el fin general del respeto de esos derechos. Esta obligación comprendería igualmente la de adaptar su propio orden jurídico a las reglas internacionales relacionadas con los derechos humanos coactivos para el Estado, como

³⁷ Pisillo Mazzeschi, Riccardo. Responsabilité de l'État (...) Op. cit. p. 272-273 y 311-314.

³⁸ El acento ha sido agregado por nosotros. En relación con las obligaciones de resultado, que han sido calificadas de "prolongadas", en razón de la libertad dejada al Estado en cuanto a la elección de los medios a través de los cuales pueda atenderse el resultado, este último no tiene por qué ser considerado como definitivamente no realizable debido a que un órgano estatal ha tenido un comportamiento contrario a su realización, siempre que pueda ser logrado a través de la actividad de otros órganos que eliminarían las consecuencias del comportamiento del primer órgano. En tal caso, luego de la primera falta por parte de un órgano estatal, no puede decirse aún que un verdadero hecho internacionalmente ilícito, perfecto y definitivo haya sido cometido. Únicamente se cometerá un hecho internacionalmente ilícito de carácter definitivo, si los demás órganos que hubieran podido realizar el resultado querido por la obligación (o un resultado "de recambio" considerado equivalente por la obligación internacional), no cumplen su tarea. En tal caso, podría hablarse de un delito internacional complejo, por cuanto su elemento constitutivo no está conformado por un único comportamiento sino por la suma de los comportamientos sucesivos que se han producido o que no han impedido un resultado definitivo distinto que aquel apuntado por la obligación. p. 274.

³⁶ Ubertazzi, Giovanni Maria. Règles de non-discrimination (...) Ob. Cit. p 386.

dictando nuevas leyes, modificando o eventualmente derogando otras que estuvieran en contraste con el mismo fin”.

Y culmina su razonamiento de la siguiente manera: “*puede decir que el derecho humano a respetar impone al Estado una obligación de legislar que no tiene un carácter prescriptivo e inmediato, sino que puede a justo título ser realizada progresivamente en el transcurso del tiempo. Sin embargo, a nuestro entender, habitualmente la obligación del Estado de tener una legislación que respete y salvaguarde los derechos del hombre tiene un carácter inmediato y constituye por su propia naturaleza igualmente una obligación de resultado y no una diligencia debida. (...) Naturalmente, el hecho de que esta obligación sea habitualmente una obligación inmediata de resultado no significa que a veces no pueda ser necesario respetar un cierto tiempo “técnico” para modificar la legislación interna, especialmente cuando se trata no de derogar sino de promulgar leyes. Por otra parte, no puede dudarse más en la actualidad, que hay una responsabilidad internacional del Estado por las omisiones por parte de sus órganos legislativos. (...)*”

Y culmina su pensamiento de la siguiente manera: “un problema teórico más actual es el de saber si las obligaciones internacionales del Estado relacionadas con el tratamiento de los individuos, tales como las obligaciones relativas a los derechos humanos o las relativas al tratamiento de los extranjeros, pueden ser violadas por la simple existencia de una legislación incompatible con esas obligaciones, o bien si también es necesario que la legislación sea efectivamente aplicada respecto de esos individuos y que ella les cause un perjuicio. (...) Normalmente el mantenimiento o la adopción de una legislación nacional contraria a las reglas internacionales no dan lugar a la responsabilidad del Estado sino al momento en que esta legislación es aplicada en el caso concreto.”³⁹ Estos razonamientos nos están indicando que otra postura es posible en el relacionamiento entre los derechos fundamentales y el derecho internacional privado.

40. Los defectos del método apriorista. Para comprender por qué existen posturas aprioristas desde el punto de vista metodológico, hay que entender que las declaraciones sobre los derechos humanos parten del presupuesto de que existen características connaturales a la condición

³⁹ El problema se expande también al contenido de los pactos internacionales que cada Estado ha ratificado e incorporado a su ordenamiento jurídico, lo cual hace muy difícil medir ese “tiempo técnico” del que hace mención el autor. Recuérdese nuevamente la ratificación por parte de Uruguay de la Convención sobre la supresión de la legalización o apostilla, realizada medio siglo después de su redacción.

humana, las cuales pueden ser transformadas en formas jurídicas sin mediación de la sociedad. Como dice Barcellona, se parte de la base de un modelo liberal según el cual individuos libres, independientes y racionales existen antes que la sociedad, quienes se unieron con posterioridad a través de un contrato social, y crearon las instituciones. Las instituciones serían el resultado de estos derechos anteriores. Pero como muy bien expresa el autor español, “no puede pensarse ni siquiera con una gran dosis de fantasía, que antes que exista sociedad, existen individuos perfectos, racionales, y capaces de valorar el bien y el mal. La verdadera garantía de los derechos reside en la manera de ser de una sociedad. Si una sociedad es democrática, donde el respeto de la dignidad de cada uno es parte del modo de estar juntos, entonces todos los derechos están garantizados. Si es antidemocrática, autoritaria o teocrática, nunca podrá garantizar los derechos, debido a que su modo de ser heterónimo –o sea, conforme a principios basados en una presencia externa: la religión, la descendencia- impide concebir la autonomía. (...) Los derechos humanos no pueden existir si no existe un mecanismo sancionador que permita garantizar su ejercicio. Las reglas que garantizan los derechos humanos nacen de la praxis colectiva.”⁴⁰ Por esta razón debe abandonarse una respuesta *a priori*.

41. Siguiendo a Barcellona, Najm concluye que los derechos fundamentales están situados cultural y socialmente; la cultura universal de los derechos del hombre se choca con una realidad concreta innegable: la falta de universalidad de esos derechos. Lo atestigua la diversificación de las declaraciones relacionadas con los derechos humanos en función de la religión, entre ellas, la Declaración sobre el judaísmo y los derechos humanos.⁴¹ Najm realiza tres observaciones al respecto: en

⁴⁰ “Si no hay ciudad no puede hablarse de ciudadanos, los ciudadanos del mundo son ciudadanos de la nada. Decimos derechos humanos y elaboramos una coartada respecto a las antiguas preguntas de Sócrates: ¿son justas las leyes de Atenas? Es decir, ¿son justas aquellas leyes que juntos concurrimos a producir? La filosofía de los derechos humanos propone la idea de que existen características inherentes a la condición humana que pueden ser “calificadas” como expectativas jurídicas, sin la mediación de una sociedad. Sin embargo, los hombres son socializados desde su origen, y no puede siquiera imaginarse el paso de un hipotético estado de naturaleza a un estado civil. Como decía Castoriadis, no puede imaginarse a Atenas sin los atenienses, y a los atenienses sin Atenas. Los derechos humanos significan la inmersión de la vida, en lo jurídico-estatal”. Barcellona, Pietro. La globalización y los derechos humanos en la construcción europea. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. 7. 2004.

⁴¹ Najm, Marie-Claude. Le droit international privé libanais entre la réception des droits fondamentaux et les exigences du système communautaire.

cuanto a la primera, afirma que la cuestión no es saber si esos valores son realmente universales -pues considera que en los hechos no lo son- la cuestión estriba en saber si esta universalidad es una condición necesaria para el respeto de los derechos fundamentales. Considera que la relatividad de los derechos fundamentales no debilita forzosamente la noción o que sea un camino para justificar el desconocimiento de esos derechos. En segundo lugar, la adopción de los derechos fundamentales no debe significar una uniformización de las culturas, algo que pretende por acción u omisión la tesis apriorista. Y en tercer lugar, las demás culturas deberían mostrar un activismo mayor con el objetivo de no dejar a Occidente el privilegio y la exclusividad de la defensa de los derechos humanos fundamentales.⁴² Tres conclusiones que compartimos plenamente.

42. En síntesis, es la forma de ver el problema que tienen los aprioristas lo que induce pensar a las normas sobre derechos humanos como normas materiales rigurosamente imperativas de inmediata y preferente aplicación. Sin embargo, es posible pensar de otra manera, podría excluirse la aplicación inmediata de esos principios y derechos e integrarlos, por ejemplo, en el seno de la excepción de orden público internacional del foro. Algunos de los partidarios de la tesis apriorista han pensado que sería necesaria la elaboración de reglas unilaterales que determinen el campo de aplicación en el espacio de los derechos fundamentales, empero el recurso a las leyes de aplicación inmediata aparece como poco satisfactorio por el hecho de tener que recurrir a una técnica excepcional para todo un conjunto de normas. Por otro lado, la relativa generalidad de los derechos fundamentales hace difí-

⁴² "El centro de gravedad del mundo manifiestamente se desplaza, consagrando el fin de la hegemonía occidental sobre los negocios mundiales. (...) A comienzos del s. XXI el advenimiento de las economías emergentes y la crisis de todos estos últimos años han conducido el centro de gravedad de la economía mundial hacia el Este, y con él el centro de gravedad de los sistemas de valores. Los que se acuerda denominar "el Occidente" (Europa y América del Norte), hoy representa menos del 10% de la población mundial y su economía crece entre dos y tres veces menos rápido que las de los países emergentes. El predominio de Occidente por tanto, está en muy neto retroceso. (...) Paralelamente los planteos religiosos se chocan con las teorías de la secularización, y las élites occidentales tienen grandes dificultades para aprehender la explosión de ese fenómeno. Si ellas no aceptan incluir el hecho religioso en el diálogo de las culturas, es grande el riesgo de proponer construir un modelo incomprensible para los demás, y por ese motivo volcado al fracaso desde el comienzo. Rapport intermédiaire au Président de la République Nicolas Sarkozy. De la mondialisation à l'universalisation: une ambition sociale. Mission présidée par Christine Boutin. Ancien Ministre. Décembre 2010. p. 15 y 16.

cil identificar tanto la solución concreta postulada, como la necesaria conexión territorial.

43. No obstante y como dice Nord, ello no significa una omnicompetencia de esos derechos y principios fundamentales y excluirlos del juego de las conexiones. Para éste, "la aplicación inmediata sólo concerniría a las situaciones más próximas al foro. No se trata de hacer de esos derechos y principios fundamentales reglas de competencia exclusivas y aplicables siempre. Para aquellas relaciones más alejadas, los fundamentos del orden jurídico del foro están menos concernidos, dada la distancia entre este último y la relación en cuestión. (...) Por otro lado, hay que respetar las opciones tomadas por los Estados que no se adhieren a los mismos valores que el orden jurídico del foro, sólo ciertos principios forman parte del *jus cogens* y justificarían una aplicación sistemática por las autoridades del foro, como la interdicción de la esclavitud. No es imaginable acordar el carácter de norma de *jus cogens* a todo derecho fundamental, sólo puede considerarse involucrado un pequeño número."⁴³ El método de la aplicación inmediata presenta una evolución inquietante tendente a la sustitución de los principios metodológicos de derecho internacional privado por principios materiales, desreglando y fragilizando la disciplina. Recurriendo a una solución apriorista se termina por aislar a la persona y a oponerla frente a otros individuos.

44. Muchos se preguntan ¿pero no es que son fundamentales? Es el problema semántico que provocan ciertas palabras y el abuso de su uso. Parece más riguroso partir de la norma extranjera aplicable, inquiriendo si ésta puede llegar a atacar gravemente la cohesión de la sociedad del foro. Esta precisión es la única capaz de poner un freno a la hegemonía de los derechos fundamentales y de conciliar la cohesión interna con los imperativos del orden internacional que los somete a las características del caso concreto. No cabe duda, por los ejemplos que podemos constatar a diario, que la aplicación inmediata de los derechos fundamentales favorece el enclaustramiento de los órdenes jurídicos, no apoyándose en ningún principio director de derecho internacional privado. La aplicación inmediata de los derechos fundamentales se liberaría de las directivas tradicionales de derecho internacional privado que ordenan la aplicación de la ley que mantenga los vínculos más estrechos con la situación y que tienen por objetivo favorecer la realización de los prin-

⁴³ Nord, Nicolas. *Ordre public et lois de police en droit international privé*. Thèse-Strasbourg, 2003. p. 187.

cipios de continuidad, previsibilidad y efectividad de las situaciones jurídicas. El absolutismo de los derechos del hombre choca de plano contra la relatividad que inspira al derecho internacional privado; de alguna manera los derechos humanos sofocarían a nuestra disciplina.⁴⁴

45. Ello es debido a que las tesis aprioristas parten de la inconmensurabilidad de los derechos humanos, sinónimo de ilimitado, de incalculable, de absoluto. Sin embargo, los derechos humanos no deberían excluir su conmensurabilidad, y ello se logra a través del funcionamiento de la excepción de orden público internacional de acuerdo a las peculiaridades del caso específico.⁴⁵ En el ordenamiento jurídico de Uruguay tenemos ejemplos recientes de consagración de derechos humanos considerados fundamentales por el legislador nacional como: el derecho al cambio de género sin intervención quirúrgica (Ley No. 16.620 de 12 de octubre de 2009), el derecho a registrar un concubinato entre personas del mismo sexo (Ley No. 18.246 de 18 de diciembre de 2007), el derecho a la mujer a considerarse dueña de su propio cuerpo y a abortar sin consultar al hombre (Ley No. 18.987 de 17 de octubre de 2012), y si el proyecto de ley sobre matrimonio igualitario obtiene su aprobación, el derecho a casarse entre personas del mismo sexo. Para nuestro ordenamiento jurídico serían considerados derechos humanos fundamentales, pero ello no esquiva el hecho de que sólo un pequeñísimo número de Estados (entre 10 y 20 de un total de 192) comparten su "fundamentalidad" y hasta la misma calidad de "derecho", originando situaciones claramente claudicantes y perniciosas para los mismos sujetos privados. ¿Desdeñará Uruguay esta consideración y adoptará una postura militante sobre el plano internacional? Como señala Canivet, "debemos guardarnos

⁴⁴ El argumento más esgrimido es que no sería útil recurrir a esta noción de orden público internacional positivo, porque cuestionaría los métodos y los mecanismos del derecho internacional privado, desembocando en una aplicación imperialista de los derechos humanos, que deben imponerse al foro en cualquier circunstancia, arriesgando con ello exacerbar las divergencias entre los órdenes jurídicos, al privilegiar un enfoque nacionalista. Asumiendo esta actitud, se descartaría cualquier necesidad de interrogar al derecho extranjero.

⁴⁵ Los derechos fundamentales deben ser aplicados tomando en consideración las características de un sujeto concreto y de un caso concreto, de lo contrario su aplicación puede ser exagerada o, por con el contrario, verse innecesariamente rebajada.

de cualquier veleidad de representar al mundo dividido entre mí y los demás, entre centro y epicentro".⁴⁶

Propuestas dentro del derecho internacional privado

46. La tesis adoptada por las dos autoras que hemos citado luce demasiado tajante en cuanto propicia una aplicación de los derechos fundamentales de una manera radical y *a priori*, destruyendo los cometidos de una disciplina como el derecho internacional privado, que aún joven -pues tiene sólo 8 siglos de existencia- tiene por objetivo favorecer la circulación de las relaciones privadas internacionales defendiendo la seguridad y la certeza.

47. Es por ello que otros autores inquieran si no es posible encontrar mecanismos *dentro* del derecho internacional privado que, sin destruirlo como disciplina o sin relegarlo a una posición de precariedad y de contingencia, permita el respeto de los derechos fundamentales de los individuos; mecanismos que ya se estén utilizando en nuestra disciplina, o a crear expresamente para solucionar esta falta de coordinación entre el derecho sustantivo y el derecho de los conflictos. La inmensa mayoría de los especialistas internacional privatistas se inclinan por esta postura y las soluciones que han dado han sido tan ricas como variadas. Pensar en derechos fundamentales no significa no tolerar matices, en cambio las leyes de policía lo impedirían, por tanto debe preferirse una técnica que haga gala de una mayor tolerancia.⁴⁷

48. Una parte de la doctrina ha intentado enriquecer la pirámide de las normas incorporando, por ejemplo, a los principios generales de derecho, adjudicándoles un lugar eminente, lo cual choca con la jerarquía formal contenida en el art. 1 de la *Convención Interamericana sobre normas*

⁴⁶ Canivet, Guy. La convergence des systèmes juridiques du point de vu du droit privé français. *Revue Internationale de Droit Comparé*. 1. 2003. p. 16. Podemos también examinar el problema en forma invertida: ¿si un Estado cualquiera -China, Zimbabwe, E. U. de A, Francia o Guatemala- aprueban una ley considerando fundamental a determinado derecho, será obligatorio considerarlo así en el foro?

⁴⁷ El tema rememora en cierto modo, la opción que se le presentaba a Savigny entre partir del ámbito de aplicación de la norma o por el contrario de la relación jurídica, optando por esta última solución. Savigny. F. C. *Traité de Droit Romain*. Paris. 1860. T. 8. 2e. Édition. CCCXLIV. Introduction. p. 6 y 7. Hoy la opción interpela sobre lo siguiente: o aplicamos los derechos fundamentales ab initio, o examinamos primero a la relación privada internacional y de acuerdo a las características que presente hacer funcionar a la regla de conflicto y defender la vigencia de los derechos fundamentales implicados a través de la excepción de orden público internacional.

generales de derecho internacional privado de 1979. Najm aspira a resolver estos problemas acudiendo a principios en cuanto son conceptos fluidos, dotados de contornos inciertos, y definidos como propuestas jurídicas no escritas, cuya generalidad permite sostener una amplia serie de soluciones positivas.⁴⁸ Es su generalidad lo que constituye su mayor característica, pero además su aptitud por generar una serie indefinida de aplicaciones: reglas de derecho o soluciones positivas. Si nos atenemos únicamente al criterio de la generalidad de los principios, el conjunto de los derechos fundamentales podría catalogarse como principios generales. No obstante, al estar fuertemente impregnada de positivismo, la pirámide se contenta con aprehender únicamente reglas de origen estatal. Entonces, no se ve cómo los principios generales en tanto que fuentes informales de derecho, al no tener el aval de alguna autoridad estatal, estarían en condiciones de encontrar un lugar en el seno de la jerarquía de las normas. Se trataría de oponer al criterio formal retenido por la pirámide, un criterio material basado en el valor de la regla jurídica.

Sin embargo, sería necesario encontrar un punto de equilibrio entre los métodos implicados en el conflicto de leyes y la existencia de un ordenamiento jerárquico. Bajo esta perspectiva, para la colega convendría condenar no sólo el recurso abusivo a la jerarquía de las normas sino igualmente cualquier violación inconsiderada de ésta que no se apoye debidamente sobre argumentos de derecho internacional privado. Ahora bien, ¿autorizar al juez invocar los principios generales del derecho para descartar los textos de derecho escrito no estaría implicando indirectamente afirmar su primacía sobre el derecho estatal? Gannagé no lo considera así, pues ella se adhiere a una teoría pluralista de las fuentes del derecho sin rechazar la primacía del derecho estatal. En realidad, llenar las lagunas y resolver las contradicciones –sostiene la autora– no significa afirmar la primacía por sobre las normas estatales sino que

⁴⁸ Las tesis expuestas por Lena Gannagé en *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Étude de droit international privé de la famille*. Paris. 2001 y Marie-Claude Najm en *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations. Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*. Paris. 2005, son unas de las tantas variaciones sobre el mismo tema que se han presentado a lo largo del tiempo, y que ha tenido entre sus máximos exponentes a: Wengler, Wilhelm. *Les principes généraux du droit et leurs conflits*. *Revue Critique*. 1952. p. 505 y 1953 p. 169; Van Hecke, G. *Principes et méthodes du droit international privé*. *Recueil des Cours*. 399. 1969. I. p. 170; y Hessel Yntema. *Les objectifs du droit international privé*. *Revue Critique*. 1959. p. 1., quienes buscaron resolver los problemas del derecho internacional privado mediante principios propios.

se trataría de una manifestación de su subsidiariedad, constituiría la prueba de que esos principios sólo pueden desplegarse cuando falta el derecho estatal.

49. Busca una serie de principios a los que él denomina “principios directores de derecho internacional privado” pero por fuera de la pirámide normativa, recordando que el derecho internacional privado es el resultado de un delicado equilibrio que cada Estado busca establecer entre la especificidad de las relaciones privadas internacionales y la defensa necesaria de la cohesión de la sociedad a su cargo. 49 Los principios directores toman a su cargo uno y otro de esos imperativos: pues tres de esos principios traducen los objetivos del orden internacional: el de continuidad, el de efectividad y el de previsibilidad de las soluciones jurídicas; y dos transmiten los objetivos de orden interno: el de coherencia y el de cohesión.

50. Por razones de espacio es imposible abordar en detalle cada uno de estos enfoques, nos centraremos en cambio, sobre la solución aportada por la casi totalidad de la doctrina jus internacional privatista, consistente en recurrir a la excepción de orden público internacional como vehículo para la aplicación de los derechos humanos. 50 El argumento decisivo a favor del orden público es la flexibilidad que aporta la excepción, habilitando la posibilidad de un análisis concreto de los resultados producidos por las soluciones extranjeras, lo cual no ocurre con las leyes de policía; permite consultar a la regla de conflicto y en consecuencia a la ley extranjera normalmente competente según el sistema de conflicto del foro. De esta manera es posible una apertura hacia otras concepciones jurídicas, el foro no se acantonaría únicamente en sus soluciones impuestas *a priori*. Este enfoque posibilita no permanecer fijo en las posiciones de cada uno, sino que alienta una confrontación *real* con las instituciones extranjeras. Se le hace un lugar a dichas concepciones y se les da una chance para regir la situación concreta. Es que hay necesidad de introducir matices en el razonamiento, porque la diversidad cultural es fuente de riquezas para la humanidad y sería lamentable que

⁴⁹ Y los principios vectores del principio de cohesión serían: el principio del orden público, el principio del interés político del foro y el principio de consideración de la finalidad legislativa de las leyes internas.

⁵⁰ Uno de los pioneros ha sido Pierre Mayer, con su artículo *La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères*. *Revue Critique*. 90. 1991. 4. p. 651y ss.

el derecho rechace tenerla en cuenta. La regla de conflicto debe realizar un delicado equilibrio entre justicia material y conflictual.

51. El orden público puede ser lugar de diálogo comparativo, sobre todo su función mediadora puede observarse en la hipótesis del conflicto de civilizaciones.⁵¹ Veamos el siguiente ejemplo: supongamos que una mujer musulmana ha sido repudiada por su marido por la triple repetición de la palabra *talak*, ¿debemos rechazar esa forma de disolver el matrimonio porque no ha sido obtenida mediante un proceso judicial contradictorio con todas las garantías de la debida defensa? La respuesta debe ser un decidido no. Puede acontecer que la disolución matrimonial a través de ese procedimiento haya sido pedida por la esposa, o que exista mutuo consentimiento entre los cónyuges, o aún en un desacuerdo inicial luego sea la propia mujer la que invoca la eficacia extraterritorial de esa declaración solicitando su exequátur. Negársela en tales circunstancias significaría que: la mujer no puede volver a casarse pero su exmarido sí, que los hijos de la nueva unión serán considerados como hijos del exmarido, y que si muere, el exmarido que la repudió comparecerá a su herencia. Una solución que rechace de plano el repudio realizado, chocaría contra tantos derechos humanos que los jueces han entendido que es imposible negarle eficacia extraterritorial si se presentan las circunstancias anotadas.⁵² Este sentimiento es el que inclina la balanza para someter la aplicación de los derechos fundamentales a las características del caso concreto y para hacer justicia en el caso concreto.

Pensamos por tanto, que el razonamiento de derecho internacional privado, al situarse sobre otro nivel, lo deseable sería hacer intervenir a los

⁵¹ Canivet, Guy. La convergence (...) Ob. Cit. p. 17.

⁵² En la hipótesis donde se encuentren varios derechos fundamentales involucrados que manifiesten un cierto antagonismo entre sí, la moderna doctrina aconseja hallar una solución que armonice los derechos contrapuestos en el caso concreto sin excluir a ninguno. La relación entre los derechos fundamentales no es estática sino de alternancia en una constante búsqueda de equilibrio entre los bienes tutelados por dichos derechos cuando éstos se encuentren en pugna, lo cual supone la aplicación de un razonamiento tópico por parte del juez, quien deberá establecer prioridades con el objetivo de coordinarlos y ponderarlos de acuerdo con las situaciones en que se desenvuelvan las circunstancias del caso. La armonización concreta en la solución de los conflictos entre derechos fundamentales como criterio de interpretación, deberá valerse de otros principios, como el de la proporcionalidad y el de la racionalidad. Hernández Meza, Nelson. La aplicación del principio de la armonización concreta en la solución de conflictos entre derechos fundamentales. Revista de Derecho. Universidad del Norte. No. 19. 2003. p. 198 y ss.

derechos humanos únicamente en un segundo tiempo respecto del caso específico, cuando su aplicación concreta choque con valores y principios fundamentales del foro en los cuales se integran esos principios. La ley que corresponda al centro de gravedad de la situación asegurará una coincidencia entre el tratamiento jurídico y el medio sociológico de las personas involucradas, con lo cual se garantiza una armonía entre el estatuto jurídico de los interesados y los usos y costumbres del país en el cual están integrados. El impacto devastador que produce la aplicación directa de los derechos fundamentales se manifiesta por la indiferencia que ellos presentan tanto respecto de los puntos de conexión como del razonamiento conflictualista que lo sostiene.

52. La excepción de orden público internacional ha sido históricamente, el punto de penetración de los derechos fundamentales en derecho internacional privado. Tiene además la utilidad de comportar un mecanismo para la determinación de aquellas reglas que vendrán a sustituir a las reglas excluidas. De todos modos, no deberíamos quedarnos con el concepto de orden público internacional tradicional, la doctrina ha realizado aportes y modulaciones a esta excepción. Es así que al lado del orden público entendido en su forma tradicional, han aparecido luego el orden público atenuado, el orden público auténticamente internacional, el orden público de proximidad y el orden público afinado, haciendo gala la excepción de la versatilidad necesaria para poner en equilibrio valores o intereses sustantivos y los de la justa localización.

53. *Orden público tradicional.* La excepción de orden público internacional tradicional reposa sobre la idea de que la defensa de los derechos fundamentales no reclama ningún tratamiento particular. El orden público deberá apreciarse en concreto y no según la naturaleza de la norma considerada, lo cual significa que no descartaría a la norma extranjera abstractamente, en tanto que tal, sino las consecuencias que produce su aplicación concreta. Se estaría limitando la actuación del orden público únicamente a las situaciones estrechamente localizadas en el foro. Para la doctrina europea el gran problema que el recurso a la excepción del orden público tradicional no resuelve es que constituye una defensa insuficiente de los derechos humanos en cuanto estaría desprovista de toda especificidad, cumpliría su función de forma idéntica en cualquier situación y no sobre la especificidad del contenido que ella porta. En realidad, esta crítica no involucra a Uruguay -Estado de Derecho- país que ha realizado una Declaración interpretativa en relación con la excepción de orden público internacional en relación con la Convención Interamericana sobre normas generales, donde se

precisan correctamente lo que debe ser defendido por la excepción y las condiciones para su funcionamiento, algo que los demás ordenamientos jurídicos estatales carecen. Por tanto y *prima facie*, no se vería necesario otra precisión adicional para la defensa de los derechos fundamentales que las contenidas en la referida Declaración interpretativa.

54. Orden público atenuado. Se ha querido flexibilizar la actuación del orden público tradicional introduciendo la noción de orden público atenuado. Este enfoque autoriza a los jueces a no cuestionar una situación jurídica que ya ha desarrollado sus efectos en el extranjero. Aún si los derechos fundamentales resultaran afectados debemos tener en cuenta el respeto de los derechos adquiridos y las previsiones de las partes que han vivido durante mucho tiempo de acuerdo a tales derechos y los han asumido como parte de su ser. Su aplicación en las hipótesis dotadas de un elemento de extranjería ha permitido por ejemplo, que una de las esposas de un marido polígamo reclame una pensión alimenticia, que el repudio *talak* tenga sus consecuencias jurídicas si es invocado por la mujer, que todas ellas puedan concurrir a la sucesión del difunto o tener derecho -en forma compartida- a un pensión por viudez, etc. En ciertas hipótesis recurrir al orden público atenuado para la regulación de los derechos fundamentales podría ser de utilidad, especialmente respecto de los derechos adquiridos y las cuestiones previas.

55. Orden público universal. Lecuyer se pregunta si es posible hablar de un orden público universal como vehículo transmisor de los derechos humanos debido a que algunos autores han razonado de la siguiente manera: si el orden público de los derechos humanos ya no expresan exclusivamente los valores y principio del foro, si ya no se trata sólo de un orden público internacional nacional sino que corresponde a principios unánimemente compartidos, este orden público no deberá ser ya más modulado en función del vínculo de creación de la situación litigiosa -efecto atenuado del orden público- o de los vínculos más o menos estrechos con el territorio del foro -orden público de proximidad-, puesto que los valores en cuestión, no son más los del orden jurídico del foro en tanto que tal, sino los de la propia comunidad internacional. Responde a la interrogante manifestando que sin embargo, este orden público universal sólo podría ser conectado a tres o cuatro principios,

constitutivos sin duda de un verdadero *jus cogens*, tales como la interdicción de la esclavitud, de la tortura o de las discriminaciones raciales.⁵³

Sin embargo, lo que acontece en los hechos es que los sostenedores de la presencia de un orden público universal comprensivo de los derechos fundamentales, no se limitan a ese núcleo duro sino que alientan una concepción absolutista de los derechos fundamentales que podría hacer fracasar cualquier esfuerzo de coordinación de los sistemas jurídicos que intente perseguir el derecho internacional privado. Lo cual indica que el absolutismo de los derechos humanos puede actuar como un caballo de Troya dentro de la excepción de orden público internacional, de lo cual deberíamos precavernos, porque si el orden público internacional no es flexible, haría fracasar cualquier intento de coordinación entre los sistemas jurídicos a través de él.

Gaudemet-Tallon sugiere no la creación de una lista de derechos humanos sino más de una jerarquía de los mismos y cita algunos que ocupan la primacía de la pirámide. La colega expresa lo siguiente: "parece curioso hablar de una jerarquía de derechos humanos. ¿Si esos derechos son esenciales, no deberían ubicarse en un mismo pie de igualdad? La autora responde que "la noción de los derechos fundamentales es proteiforme, de ahí que pueda sostenerse que algunos derechos merecen más protección que otros. Entre los valores que deben imponerse absolutamente y por tanto permitiría descartar una ley o una decisión extranjera que no lo respete mediante el orden público, ubicaría a tres: el derecho de accionar ante la justicia y que se respete el derecho a la defensa, el derecho a la igualdad entre el hombre y la mujer, y el derecho a la libertad inherente a la dignidad humana." Y emplaza dentro de los derechos fundamentales menos absolutos a la igualdad entre las filiaciones matrimoniales, naturales, simples o adulterinas. Justifica esto último diciendo que entre el deseo de igualdad entre los hijos y el

⁵³ Lecuyer, Stanislas. *Appréciation critique* (...) Ob. Cit. p. 225. Un ejemplo de esta postura lo tendríamos en el art. 25 de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores de 1989 que reproducimos seguidamente: "La restitución del menor dispuesta conforme a la presente Convención podrá negarse cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño". El profesor Quintín Alfonsín sostenía acertadamente, que cuando los principios de orden público adquieren un valor regional dejan de ser una excepción para convertirse en un derecho material regional. No obstante, precisamente está ahí el disenso: de que no es posible pensar en un concepto uniforme de los derechos humanos. Alfonsín, Quintín. *El orden público*. Montevideo. 1940.

deseo de protección a la familia matrimonial los dos estarían justificados y no habría razones para hacer prevalecer en forma sistemática a uno de esos valores.

Ya la simple jerarquía tentativa que ha realizado la profesora Gaudemet-Tallon merece objeciones y concita la duda de si a través de una jerarquización no se estaría generando una cierta arbitrariedad.⁵⁴ Ha excluido del primer lugar de la jerarquía al derecho a la vida, al cual se le adhiere indefectiblemente el de la dignidad; un derecho principalísimo, sin el cual no es posible ningún otro derecho. Un derecho que ha sido atacado recientemente por los intentos de legalizar el aborto, basado en la consideración del derecho de la mujer a disponer de su propio cuerpo y a eliminar el ser humano que tiene en su vientre por razones laborales, económicas, de oportunidad o simplemente de comodidad; que conlleva la eliminación de un ser humano absolutamente indefenso, lo cual agrava sensiblemente la cuestión desde el punto de vista ético y moral.⁵⁵ Si bien sería inútil intentar redactar una lista de los derechos humanos jerarquizándolos, como proponen algunos, no debe dejar de constatar que algunos son viejos, como el derecho a una vida con dignidad, el derecho a la libertad personal y de conciencia, a la igualdad, etc.; en cambio otros han hecho su aparición más recientemente, como el derecho de toda persona al cambio de género, de la mujer a abortar, o a optar por un concubinato o por un matrimonio con una persona del mismo sexo, etc.

56. Orden público de proximidad. La doctrina francesa ha sido una gran defensora de la especial atención a dar a la excepción de orden público internacional enriquecida con la noción de proximidad, en cuanto parece ser el modo más apropiado de conciliación entre los principios con finalidad interna y los principios con una finalidad internacional, y el modo más apropiado y realista de coordinación de los sistemas en las relaciones jurídicas derivados de civilizaciones diferentes. Para esta postura, el funcionamiento de la obligación de respetar los principios fundamentales en las situaciones de derecho internacional privado no debería ser automático, un derecho fundamental supone esencialmente un determinado vínculo con el orden social, porque una aplicación ilimitada de esos derechos en todas aquellas situaciones que involucran

⁵⁴ Gaudemet-Tallon, Hélène. Le pluralisme (...) Ob. Cit. p. 411.

⁵⁵ Conste que hablamos de "ser humano" en cuanto biológicamente humano, abstrayéndonos de cualquier connotación jurídica, como el concepto de persona o de sujeto de derecho.

un elemento de extranjería faltaría a su fin. Lo cual quiere decir que a mayor vinculación del derecho fundamental con el orden jurídico del foro más fuerza tendrá su aplicación, y cuanto más lejana o débil sea la vinculación, más tenue será la contemplación de estos derechos.

La noción de proximidad permitiría por tanto, una modulación del juego del orden público impidiendo que la penetración de los derechos fundamentales en el orden público conduzca a un encerramiento sistemático de los órdenes jurídicos. Sin embargo, pensamos que el orden público no debería actuar basado únicamente en los elementos localizadores sin examinar el contenido, la condición técnica de la proximidad no debe excluir la condición sustantiva del ataque a los valores del foro, pues reduciría al orden público a una pura técnica vacía de valores sociales, morales y políticos que permanentemente lo nutren. Existen dos modalidades de concreción del vínculo de proximidad:

- la primera se desprendería a través de un vínculo preciso con el foro, por ejemplo la residencia habitual, el domicilio o la nacionalidad;
- la segunda permitiría examinar una suerte de abanico de índices que el juez apreciará caso a caso. Es evidente que este enfoque pierde en previsibilidad lo que gana en flexibilidad.

Najm propone una solución intermedia consistente en tomar en consideración un conjunto de índices, pero jerarquizándolos. Es cierto que una supresión de cualquier exigencia de proximidad arriesgaría conducir a una aplicación sistemática de los derechos fundamentales, sin embargo, resulta difícil determinar los vínculos que caracterizan a la proximidad.⁵⁶ Podría dejarse en manos de los jueces determinar la existencia o no de vínculos suficientes con el foro, pero como hemos señalado, dejar en total libertad al juez arriesgaría entrañar una gran inseguridad, ante lo cual habría que examinar las adhesiones o vinculaciones con el foro y distinguir puntos de contacto principales (nacionalidad, domicilio o residencia habitual, situación de un bien) de los puntos de contacto de apoyo. De todos modos, sería deseable que algunas directivas sean dadas por el legislador.

57. Orden público afinado o propio de los derechos fundamentales. Se ha sostenido que el orden público internacional debería afinarse con el objetivo de tomar en cuenta los imperativos de los derechos humanos.

⁵⁶ Hammje, Petra. Droits fondamentaux et ordre public. Revue Critique. 1997. 1. p. 15.

Ello significaría concebir a la excepción de una manera más severa cuando se halle concernida la defensa de los derechos fundamentales. Se sugiere, por tanto, introducir un nuevo factor de variación de la excepción en el cual se conjuguen la noción de proximidad con el contenido del derecho fundamental invocado o violado. Así, la reacción del orden público no estaría adaptada únicamente según los criterios del orden público de proximidad (nacionalidad, domicilio, residencia habitual), sino igualmente en función del contenido del derecho protegido. De todos modos deberá comprobarse que haya habido un ataque. Esta adaptación del orden público internacional a las características de los derechos fundamentales, permitiría una adecuada consideración de estos últimos, en cuanto se estaría propiciando un orden público específico a los derechos humanos.

58. Hage Chahine clasifica a los derechos fundamentales en derechos fundamentales principales y derechos fundamentales derivados.⁵⁷ Los primeros son un derecho natural, sagrado, inherente al ser humano, como: el derecho a la vida, a la dignidad, a la integridad de la persona, a la libertad, a la igualdad y a la propiedad. Los segundos, son derechos subjetivos preeminentes que consisten en insertar el derecho fundamental principal en el orden jurídico, como el derecho a casarse y a fundar una familia, los vinculados a la calidad de ciudadano, de trabajador o de consumidor, el derecho de propiedad. Se encuentran por tanto, derechos fundamentales dotados de una intangibilidad absoluta, y otros dotados de una intangibilidad relativa.

59. Lo interesante a destacar en este razonamiento es que el derecho fundamental principal no está sometido a ningún modo de adquisición, toma nacimiento desde el comienzo de la vida del ser humano. No necesitan de ninguna fuente jurídica para poder existir. Como dice Hage Chahine "son desde el momento en que la persona es".

En cambio ciertos derechos fundamentales derivados sólo existen si son adquiridos en virtud de un modo previsto por la ley. Para el referido autor, esta diferencia en cuanto a la manera en que el derecho fundamental toma nacimiento se manifiesta en el momento de la prueba, aspecto relevante para el funcionamiento de la excepción. Tratándose de la violación de un derecho fundamental principal, el actor no tiene por qué probar la existencia del derecho violado, únicamente debe probar el hecho de su violación. En cambio, tratándose de la violación de un

⁵⁷ Hage Chahine, Favez. Y-a-t-il un regime des droits fondamentaux?

derecho fundamental derivado, el actor deberá en un primer momento probar la existencia del derecho violado y en una segunda instancia, establecer la prueba de la violación.⁵⁸

Dentro de este enfoque cabe mencionar el *Proyecto de Ley General de derecho internacional privado* elaborado por Uruguay, que de acuerdo a su redacción introduce el respeto de los derechos humanos dentro de la excepción de orden público internacional, con lo cual parecería que pretende evitar la imposición irrestricta de las concepciones del foro en el ámbito internacional, respetando el multiculturalismo. Pero todavía y por el momento, el legislador nacional y el convencional no han querido darle un tratamiento particular a los derechos fundamentales, dentro de la excepción de orden público internacional. De todos modos conviene reproducir el texto del art. 5:

Los tribunales u otras autoridades competentes, mediante decisión fundada, declararán inaplicables los preceptos de la ley extranjera cuando ellos contrarien en forma grave, concreta y manifiesta, principios fundamentales de orden público internacional en los que la República asienta su individualidad jurídica.

Entre otras, esta situación tendrá lugar cuando la aplicación del derecho extranjero resulte inconciliable con los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en las Convenciones internacionales de las que la República sea Parte.⁵⁹

Tomando en consideración la observación realizada al referirnos al orden público tradicional, podría pensarse que la última frase es superflua, sin embargo una de las posibles finalidades de su inclusión

⁵⁸ Sin embargo, no comparte establecer una jerarquía de derechos humanos. Considera que no existe ningún sistema que permita determinar con certeza el lugar en la jerarquía de los derechos del hombre. Se sabe que las aplicaciones nuevas, como los derechos reconocidos a los transexuales, tienen un estatuto más frágil que otras aplicaciones más viejas. Todavía no han sufrido la prueba del tiempo. Pero a pesar de su fragilidad, al menos temporaria, esos derechos se benefician en cuanto a los legisladores y jurisdicciones que los han proclamado, de la misma primacía que los derechos reconocidos desde hace tiempo y de los cuales derivan. Manifiesta que la distinción entre derechos verdaderamente fundamentales y menos fundamentales arriesga ser arbitraria y conducir a la distinción entre las violaciones tolerables e intolerables de los derechos fundamentales.

⁵⁹ La disposición ha sufrido la influencia clara del art. 6 de la Ley de Introducción al Código Civil Alemán, que establece que "una ley de otro Estado no será aplicada cuando su aplicación conduzca a un resultado manifiestamente incompatible con los

seguramente está dirigida a brindarle al texto un sentido pedagógico, especialmente dirigido a los jueces y al especial cuidado que deben tener en el tratamiento de los derechos fundamentales, como también en el momento oportuno para su análisis.

Una vía posible para coordinar los sistemas jurídicos: la jerarquización mediante el criterio de encastres por áreas⁶⁰

60. Para cerrar la investigación sobre la relación que deben mantener los derechos fundamentales y el derecho internacional privado, desarrollaremos las siguientes conclusiones.

I) Todo orden o sistema jurídico –estatal o no– se nutre de elementos que les son propios, intransferibles en cuanto hacen a su ser, pero igualmente de elementos provenientes del exterior, algunos de los cuales se insertan en forma permanente transformándolo a través de un mestizaje, otros ingresan al orden jurídico pero no producen consecuencias mayores, y unos últimos –como estrellas fugaces– pasan a través del orden jurídico para seguir su camino fuera de él. Existe por tanto, una interpenetración constante entre órdenes y sistemas jurídicos.

II) En virtud de lo dicho los órdenes o sistemas jurídicos necesitan de algún tipo de conducta para que la porosidad que muestran no los destruya, elaborando para ello diversos criterios basados en la idea de una jerarquización, de una complementación o de una sustitución de las normas propias y de aquellas que provienen del exterior. En cuanto al Estado, específicamente, no es un ente aislado sino que está integrado a los ámbitos regional e internacional que con otros Estados ha contribuido a crear; igualmente recibe e influye sobre los órdenes y sistemas jurídicos nacidos y creados extraestatalmente. Estando en presencia de multiniveles jurídicos, es posible que algunos hechos se desarrollen a nivel puramente interno o nacional, otros a nivel regional y aún otros a

fundamentos esenciales del derecho alemán. En particular no se aplicará, cuando su aplicación sea incompatible con los derechos fundamentales”.

⁶⁰Se trata de un tema que ya hemos analizado, pero quizás requiera ser examinado bajo una nueva luz, tomando en consideración a los derechos humanos. Ver Santos Belandro, Ruben. *Derecho Comercial Internacional*. Montevideo. 2010. 2ª edición. p. 32.

nivel internacional, requiriendo la actuación del derecho nacional, del derecho internacional privado o del derecho de la integración.

III) Es posible todavía, pensar que en cada nivel puedan existir diversas construcciones para facilitar el funcionamiento del plexo normativo propio y el que proviene de afuera, cabría hablar entonces de una pluralidad de criterios para la aplicación ordenada de las normas. Cada sistema adopta algún tipo de criterio al cual sujetarse. En un caso de derecho de familia por ejemplo, puede ser necesaria la aplicación de una Convención internacional sobre derechos humanos y/o la Convención sobre los derechos del niño, una Convención regional sobre el tema en cuestión e igualmente estar sometido a uno o varios derechos nacionales. Esas distintas fuentes alimentan un único y mismo objeto. De esta manera el nivel superior (internacional) define un cierto número de soluciones jurídicas que es completado por el nivel regional y el nacional. Pueden movilizarse en esta hipótesis tres niveles: el internacional, el regional y el nacional, los cuales deben mantener algún tipo de “diálogo” para poder mantener un relacionamiento ordenado.⁶¹

El mejor criterio parece ser el de la complementariedad por cuanto cada uno de los niveles se preocupa por aportar lo más valioso de sí, para obtener una regulación satisfactoria de la relación privada internacional. Un claro ejemplo de esta complementariedad lo da el art. 1 de la *Convención Interamericana sobre personalidad y capacidad de las personas jurídicas en derecho internacional privado* de 1984, el cual establece que “la presente Convención se aplicará a las personas jurídicas constituidas en cualquiera de los Estados Parte, entendiéndose por persona jurídica toda entidad que tenga existencia y responsabilidad propias, distintas a las de sus miembros o fundadores, y que sea calificada como persona jurídica según la ley del lugar de constitución”.⁶² El orden jurídico nacional y el internacional intentan conjugarse entonces, con el objetivo de una regulación satisfactoria de las personas jurídicas de naturaleza privada. Esta búsqueda de la complementariedad es la mejor solución jus internacional privatista, aun cuando para algunos, contribuye a

⁶¹ Debería tenerse en cuenta que no sería lo mismo la consagración de un derecho fundamental por medio de un Tratado internacional, sobre el cual cabría examinar si ha sido o no ampliamente ratificado; que sea consagrado por medio de una ley, en cuanto sólo es la expresión nacional sobre el tema; o que provenga de una recomendación o de una simple directiva. La fuerza de aplicación en cada uno de estas hipótesis variará considerablemente.

⁶² Énfasis agregado.

otorgarle a los magistrados un papel desmedido, pudiendo éstos caer en la arbitrariedad y subjetividad.

IV) Otra de esas construcciones es la elaborada en base a una jerarquía de normas, la cual puede detentar diversas versiones dentro de un mismo orden jurídico, algunas más elaboradas que otras. Aparte de ello, la jerarquía puede ser formal, donde la norma creada por una autoridad superior prevalece sobre la estatuida por la autoridad inferior, o puede tratarse de una jerarquía sustantiva, en la cual el valor considerado preeminente se considerará superior a otros que se ubican en una escala en orden descendente.

La jerarquía formal tiene la propiedad de ser automática: basta constatar el origen de la norma y el lugar que ocupa la autoridad en la jerarquía, para saber con precisión cuál de ellas debemos aplicar en primer lugar, y a cuál corresponde desplazar; brinda por ende, certeza y seguridad. La jerarquía sustantiva, basada en valores, es más difícil de precisar por cuanto esos valores deben estar claramente determinados, deben gozar de una definición que no genere dudas y que sea compartida por todos, lo cual como hemos apreciado es imposible, debiendo recurrirse a la intervención judicial para que éste realice una actividad que debería estar determinada *a priori*, por lo menos respecto de aquellos valores menos fundamentales. Produce por tanto imprevisibilidad y su manipulación en manos judiciales.

Más complejo aún es el relacionamiento entre una jerarquía formal y una material: ¿los valores deben prevalecer sobre la escala de normas establecida en base a la autoridad que la dictó? ¿Todos o cuáles de ellos? Resulta imposible aventurar un criterio de carácter general porque el contexto en el cual las normas actúan determinará la política legislativa a seguir.

V) Sobre el plano regional americano se ha afirmado explícitamente la primacía de los Tratados por sobre las fuentes de origen inferior. Tal lo que acontece -como hemos visto- con el art. 1 de la *Convención Interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado*, el cual establece que: "en defecto de norma internacional, los Estados Parte aplicarán *las reglas conflictuales* de su derecho interno" (se alude por tanto al relacionamiento entre una Convención y una regla de conflicto y no

respecto de una norma material. El énfasis es nuestro).⁶³ Se trata de la consagración por parte del derecho positivo, de una jerarquía formal de las fuentes bastante reciente a nivel regional (en 1980, con la ratificación de la Convención mencionada) y nacional (en 1989, con la aprobación del Código citado). Nos encontramos entonces, ante una coordinación puramente abstracta que reconoce el monismo internacional; sin embargo, el sistema uruguayo es parcialmente monista internacional debido a que concomitantemente con la consagración de una jerarquía formal reconoce la actuación del orden público internacional, como veremos más adelante.

VI) Este principio jerárquico no resuelve el conflicto entre dos normas sustantivas de diferente origen: a título de ejemplo, entre la norma convencional sobre derechos humanos y la norma constitucional, lo cual no es un problema menor.⁶⁴ Lo que la experiencia indica -específicamente a nivel europeo- es que cuando se trata de una colisión entre dos normas sustantivas o materiales de diferente nivel, el núcleo duro del sistema jurídico será la Constitución de cada país, la que se presenta como una bisagra que permitirá o no, la aplicación de una norma internacional o de integración.

VII) Cabría formular la pregunta acerca de si esta jerarquía formal implantada en los años 1980 y 1989 se la considera acabada y cerrada sobre sí misma, de modo de no permitir la atención de valores sustantivos o los aportes que pueda realizar el derecho espontáneo para regular las relaciones privadas internacionales. Como especialistas de derecho internacional privado lo que a nosotros nos interesa es la aplicación del derecho en diferentes niveles y no a nivel exclusivamente interno, que también tiene sus propias jerarquías.⁶⁵

A nuestro modo de ver, los arts. 1 y 524 simplemente formulan un criterio general, el cual *puede ser complementado, adaptado o corregido*

⁶³ Respecto del Código General del Proceso el relacionamiento jerárquico es más amplio que en el ámbito de la Convención Interamericana sobre normas generales, ya que una jerarquía entre una Convención internacional y las normas nacionales, tanto materiales como de conflicto. El art. 524 dice así: "Normas aplicables. En defecto de Tratado o Convención, los tribunales de la República deberán dar cumplimiento a las normas contenidas en el presente Título."

⁶⁴ Por cuanto el art. 1 de la Convención Interamericana solo habla de un conflicto entre una Convención internacional y una regla de conflicto de derecho interno.

⁶⁵ Por ejemplo, sobre el plano exclusivamente interno hay una jerarquización clásica basada en la Constitución, colocada en la cima, seguida por la ley y a continuación

posteriormente. Por lo pronto, si bien el art. 1 de la Convención sobre normas generales es considerado un principio general, también lo es el art. 5 de la misma Convención, en cuanto reconoce la posibilidad de interponer la excepción de orden público internacional y la aplicación del derecho propio en lugar del derecho extranjero seleccionado por la regla de conflicto. Se trata de la prevalencia de criterios sustantivos que implican un ataque –quizás debiéramos decir una modulación– muy importante a la jerarquía formal. Pero podemos suministrar otros ejemplos, donde se hacen intervenir criterios sustantivos, derechos escritos o no escritos, estatales o extraestatales.

En el área de los contratos internacionales el art. 10 de la *Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales* de 1994, amplía las fuentes del derecho al derecho no escrito, es decir, “a las normas, costumbres y principios de derecho comercial internacional”. Se ha sostenido que es una alusión directa a los Principios de UNIDROIT aplicables a los contratos internacionales.⁶⁶ Esta misma Convención menciona “la búsqueda de la justicia y la equidad en el caso concreto”, cabría preguntarse ¿justicia formal de la localización o justicia sustantiva, o una combinación de ambas?

La ruptura de la jerarquía formal es mucho más evidente en el art. 11, cuando establece que “se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo”. Las normas de policía o de aplicación inmediata no fueron incluidas en la Convención sobre normas generales porque según la delegación uruguaya “en la medida que recibe de este afluyente un caudal cada día mayor, puede hacer entrar en crisis a buena parte del sistema binacional o interna-

por el decreto o el reglamento. Sobre el plano multinivel, o sea cuando se presenta una relación entre Tratados y leyes, se acepta la primacía de los primeros sobre las segundas. Es posible que aún en aquellos sistemas de integración, donde el principio de la jerarquía parece ser más fuerte, pueda constatarse que muchos Estados aceptan las normas de integración provenientes de una fuente superior siempre que no choquen contra la Constitución nacional. Respecto del derecho internacional privado, diferentes concepciones jerárquicas pueden elaborarse en materia civil, comercial y procesal, y aun pueden presentarse subtipos, como por ejemplo en material contractual donde la jerarquización normativa no sea la adecuada por ejemplo, para la regulación de la insolvencia transfronteriza.

⁶⁶ Samtleben, Jürgen. Los principios generales del derecho comercial internacional y la *lex mercatoria* en la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales. ¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional? Asunción. Paraguay. 2010. p. 413-426.

cional de derecho internacional privado”,⁶⁷ aún cuando a juicio del proponente venezolano “el desconcertante naufragio de la anterior iniciativa fue sólo formal: los intervinientes en el debate manifestaron su conformidad con la idea subyacente en la propuesta y únicamente razones intrínsecas condujeron a excluirla de la Convención”.⁶⁸ Tanto respecto de la acogida de la excepción de orden público internacional como de las normas de aplicación inmediata se produce un asalto a la jerarquía de la pirámide formal.

En el campo contractual igualmente resulta indispensable realizar una referencia a la *Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías* de 1980, la que en el art. 9 faculta a los contratantes a recurrir a los usos. Además, de acuerdo al art. 7 “las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén resueltas expresamente en ella, se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención”, todo sin perjuicio de que las partes excluyan la aplicación de la norma supranacional en beneficio de otras fuentes jurídicas, dando intervención a la autonomía de la voluntad de los particulares para que ellos establezcan su propia jerarquía, dando lugar una especie de autoservicio normativo (art. 6).⁶⁹

Puede citarse la *Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional* de 1975, que en su art. 3 declara como derecho aplicable “a falta de acuerdo expreso entre las partes”, el Reglamento de una Institución privada de arbitraje, como lo es la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial o C.I.A.C.

Finalmente, aun cuando la lista puede ser más amplia, citaremos la *Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores* de 1984, que en su art. 19 habilita la posibilidad de desechar la jerarquía formal “a favor de la validez de la adopción y en beneficio del adoptado”.

VIII) Por tanto, pensamos que el art. 1 sólo regula una parte del problema y que el legislador convencional y el nacional han admitido que

⁶⁷ OEA/Ser.K/XXI.2 CIDIP II/62. corr.4 mayo 1979. p. 243.

⁶⁸ Parra Aranguren, Gonzalo. La Convención Interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado (Montevideo, 1979). Anuario Interamericano. Sría. OEA. Wash. DC. 1980. p. 184 y 185.

⁶⁹ Con exclusión del principio de la buena fe. Para quienes basan su criterio en principios publicistas puede serles difícil de soportar que la pirámide normativa pueda ser elaborada ad hoc por los propios particulares interesados en el caso concreto.

la construcción de una jerarquía de las fuentes es una tarea inacabada o a realizar, se trata de una construcción eternamente *in fieri*, y que si bien se ha planteado una jerarquía puramente formal en el citado art. 1, *esta jerarquía se verá complementada, modulada, excluida o alterada por otras fuentes según el área donde actúen*⁷⁰: en el de los contratos en general, en el de la compraventa internacional de mercaderías en particular, en el del arbitraje comercial internacional, en el de la adopción internacional de menores, etc. Ello indica que los órdenes jurídicos recurren a menudo a otras construcciones distintas de la jerárquica para definir sus relaciones, las cuales no necesariamente tienen vocación para excluirse mediante un juego escalonado sino que incitan a una coexistencia perdurable mediante un enfoque de tipo combinatorio. Algunos autores ven con simpatía enfoques que les permitan combinar más que jerarquizar las soluciones que tiene por delante.

IX) Entonces, la jerarquía formal de las fuentes deberá considerársela como una pieza central que admite el encastrado con otras soluciones. Aun cuando la relación jerárquica sea uniforme a nivel regional americano, el encastrado puede llegar a variar de país a país. O dicho en otras palabras, se ha tenido la convicción de lo inapropiado de establecer una planificación general y completa de las fuentes del derecho internacional privado basada en el aspecto puramente formal.⁷¹ La intervención de otras fuentes diferentes de las formales variará según el campo de actuación y ello será determinado por el legislador estatal o supranacional. Como señala Gannagé, ésta es la mejor solución: la admisión de un pluralismo de las fuentes pero bajo la dirección estatal, de esta manera se evita un enmarañamiento del cual será difícil de salir.⁷² Gannagé es partidaria de acudir a los principios generales (reglas jurídicas no escritas y generales, que permiten generar una serie indefinida de aplicaciones) y darles un lugar en la pirámide que les permite descartar aquella regla de conflicto del foro que ataquen los derechos fundamentales garantizados por los principios generales. Esta propuesta de solución tiene sus bemoles: significaría reconocer la primacía de ciertos principios generales por sobre las disposiciones

⁷⁰ La pirámide jerárquica del art. 1 parece ser una construcción más bien débil, a pesar de apariencia fuerte y rígida.

⁷¹ Aquel perfil tan fuerte e inmovible que mostraba el art. 1 de la Convención Interamericana, se presenta a la luz de estos razonamientos con un rostro bastante emaciado.

⁷² Gannagé, Lena. La hiérarchie (...) Ob. Cit. p. 321 y 81. Ver igualmente: Bergé, J-S. Hiérarchie des normes et application du droit au nivel national, international et européen. En Hiérarchie des normes. Paris. 2012. p. 27.

legislativas en razón de su valor y no de su origen. ¿Será sólo su valor el que determinará su lugar en el seno del sistema jerárquico? ¿El valor está adecuadamente definido? ¿Lo están los valores en general? ¿Y si el valor no está definido?

X) En este contexto se presenta la necesidad de ubicar a los derechos humanos en la jerarquía de las normas, que como hemos comentado al respecto se presentan dos posturas: o una exclusión de los métodos de derecho internacional privado en beneficio de los derechos humanos, lo cual vuelve contingente a la regla de conflicto, como las tesis de Friedrich y Fresnedo; o ir a una reestructuración de la pirámide que resuelva las antinomias o limite la supremacía sistemática de las normas fundamentales internacionales. Entre la eventualidad de hacer prevalecer el criterio de valor sobre lo formal en cualquier circunstancia, o admitir una superioridad selectiva con una previa definición de las circunstancias de la primacía, parecería que esta última opción es la más aceptable. De lo contrario le daríamos al juez la facultad de censurar a las normas legislativas, lo que puede herir profundamente el principio de separación de poderes ya que les permitiría colocarse por encima de las leyes.

XI) Lo que parece seguro para la inmensa mayoría de los especialistas de derecho internacional privado es que debería evitarse crear un nuevo método de regulación de derecho internacional privado,⁷³ un método o correctivo de la regla de conflicto bilateral que se agregaría a los tradicionales, donde la idea de la localización resultaría totalmente extraña en materia de derechos humanos porque lo único que valdría sería el contenido sustantivo. Un método que además se impondría – queriéndolo o no– sobre cualquier procedimiento de regulación: regla de conflicto, normas materiales y leyes de policía. Por estas razones, la corriente mayoritaria –casi unánime de la doctrina– propone acudir a

⁷³ Un método unilateral; sustantivo o material, y por tanto directo; abstracto, que aliena a su generalidad; dotado de una especial fuerza coactiva para favorecer su carácter absoluto; que no necesita de una localización territorial específica para aplicarse, con el objetivo de propender a la universalidad de su contenido y otorgándole por ello un cariz de ubicuidad; que funciona en forma anticipada a cualquier método imaginable: regla de conflicto, norma material e incluso normas estatales de aplicación inmediata del foro, lo que garantiza su superioridad; que goza a su favor de tribunales específicos que los crean, presionan a su expansión, y juzgan las violaciones incurridas, a diferencia de las leyes de policía que son aplicadas y/o contempladas comúnmente por jueces nacionales. Como puede apreciarse, un método parecido pero diferente de las leyes de policía o normas de aplicación inmediata.

la excepción del orden público internacional, al ser más flexible que la aplicación directa de los derechos humanos. Compartimos entonces, la tesis que adhiere a una tesis pluralista de las fuentes del derecho que no rechaza la primacía del derecho estatal, el cual oficiará como maestro coral, coordinando adecuadamente el momento y el papel a desempeñar por las diferentes voces del coro, sin caer en un estricto interestatalismo o en un estricto globalismo.

XII) Durante miles de años las sociedades humanas han nacido, se han expandido y han muerto sin conocer el tratamiento más leve de los derechos humanos. Ello indica que el tema de los derechos fundamentales del hombre es un *constructo* o construcción social. Construcción que adquirió fuerza con el desarrollo de la democracia en los tiempos modernos, manteniéndose entre ambos conceptos una interrelación cada vez más fuerte. Se trata de un movimiento que aun no ha agotado sus efectos y que quizás nunca los agote, pues debe adaptarse a las circunstancias cambiantes que al hombre le toca vivir. Ese carácter evolutivo y adaptable a los tiempos le quita a los derechos fundamentales el perfil mayestático que algunos pretenden adjudicarle, para acercarlos al plano personal; el ideal sería que cada humano pudiera solazarse sin obstáculos en la contemplación de su propia dignidad.

Artigo recebido em 05/03/2013 – Aprovado em 07/05/2013.

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

EMENTA

Incidente de Inconstitucionalidade. Lei Municipal n. 1.420/2000 do Município de Viçosa. Previsão de limite de área de preservação permanente em faixas de terreno situadas ao longo das águas correntes e dormentes em *quantum* diverso ao determinado na Lei Federal n. 4.771/65 e pela Lei Estadual n. 14.309/2002. Competência suplementar prevista na CEMG extrapolada. Afronta ao art. 10, inciso V, da Constituição do Estado de Minas Gerais. Incidente de inconstitucionalidade acolhido. Inconstitucionalidade declarada.

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE CÍVEL
Nº 1.0713.07.075602-6/003 DA COMARCA DE VIÇOSA
SUSCITANTE: 4ª CÂMARA CÍVEL DO TJMG
SUSCITADO: CORTE SUPERIOR
RELATOR: EXMO. SR. DES. RONEY OLIVEIRA

DISPOSITIVO DO ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda a CORTE SUPERIOR do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador CLÁUDIO COSTA, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM ACOLHER O INCIDENTE.

Proferiu sustentação oral, pelo Município de Viçosa, o Dr. Francisco Galvão de Carvalho.

Belo Horizonte, 26 de outubro de 2011.

VOTOS

O SR. DES. RONEY OLIVEIRA:

Sr. Presidente.

Estive atento à brilhante sustentação oral produzida em nome do Município de Viçosa e dos interessados pelo ilustre Advogado.

Trata-se de incidente de arguição de inconstitucionalidade do art. 5º, inciso I, da Lei Municipal n. 1.420/00, suscitado pela Quarta Câmara Cível deste Tribunal de Justiça nos autos da Ação Civil Pública por Dano Ambiental, interposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra a Incorporadora Irmão Lelis Ltda., representada legalmente por seus sócios Antônio Lelis Milagres e Paulo Mariano Lelis, e o Município de Viçosa, legalmente representado pelo Prefeito Municipal Raimundo Nonato Cardoso.

A sentença de primeiro grau (fls. 433/448) julgou improcedentes os pedidos iniciais, extinguindo, via de consequência, o processo, com resolução de mérito, com finsas no artt. 269, inciso I, do Código de Processo Civil.

Apelou o Ministério Público do Estado de Minas Gerais (fls. 450/475), pugnando pela reforma da sentença, para que seja reconhecida "a inconstitucionalidade incidental do art. 5º, inciso I, da Lei Municipal n. 1.420/2000 e condenar os apelados à reparação do dano ambiental, seja através de reparação *in natura* ou, mostrando-se inviabilizada esta opção, à compensação dos danos provocados" (fl. 475).

Relatada pelo Des. Dárcio Leopardi Mendes, a apelação foi levada a julgamento em 26/06/2010, oportunidade em que foi suscitado e distribuído a este Relator o presente incidente de inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 1.420/2000.

Após cumprido o disposto no art. 249, *caput*, e § 1º do Regimento Interno, manifestou-se, nos termos do art. 480 do CPC, a douta Procuradoria-Geral de Justiça (fls.563/572) pelo conhecimento e procedência do presente incidente, sob o fundamento de que a Lei Municipal n. 1.420/2000 teria transbordado da competência atribuída pela Lei Maior - poder complementar, ao colidir com a Lei Federal n. 4.771/65.

É o relatório.

Em primeiro plano, há que se observar as diretrizes estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, para a questão do meio ambiente:

"Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

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

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas."

A matéria demanda um cuidado redobrado pelos propalados danos irreparáveis ao meio ambiente, hoje limitados por princípios constitucionais e legais,

"(...) No que se refere aos princípios fundamentais do direito ambiental, apesar de pequenas alterações de nomenclatura, a maioria dos autores converge na indicação dos seguintes: princípio do ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana, princípio da natureza pública da proteção ambiental, princípio do controle do poluidor pelo Poder Público, princípio da consideração da variável ambiental no processo decisório de políticas de desenvolvimento; princípio da participação comunitária, princípio do poluidor-pagador, princípio da prevenção, princípio da função sócio-ambiental da propriedade, princípio do direito ao desenvolvimento sustentável e princípio da cooperação entre os povos. (...) Nesse contexto, vale lembrar - porque abrange de todos os 'mandamentos ambientalistas', embora não mencionadas, expressamente, pelos seus formuladores - a ética de prospectiva e responsabilidade, cujos fundamentos e objetivos, tal como enunciados pelo filósofo Hans Jonas, surgiram precisa-

mente no contexto das suas reflexões sobre uma ecologia profunda e uma heurística do medo, que, partindo do conhecimento da extrema vulnerabilidade de Natureza à intervenção tecnológica do homem, obriguem-no a inspirar as suas decisões com os olhos postos no porvir, a fim de manter o nosso planeta em condições de abrigar as gerações futuras. Afinal de contas, como assinala o mesmo Jonas, alegar a ignorância sobre esse poder de destruição já não nos serve de álibi, e o futuro indefinido - mais do que o contexto contemporâneo -, é que constitui o horizonte relevante da nossa responsabilidade. (...)". (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1371).

O Código Florestal - Lei n. 4.771/65 - define, em seu art. 1º, § 2º, inciso II como área de preservação permanente a "área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas". (Incluído pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001).

E dispõe, ainda, em seu art. 2º, *in verbis*:

"Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas: a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será: (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989).

1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989).

2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989).

3 - de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos)

metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989).

4 - de 200 (duzentos) metros para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989).

5 - de 500 (quinhentos) metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros; (Incluído pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989).

b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais.

c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados "olhos d'água", qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989).

d) no topo de morros, montes, montanhas e serras;

e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45°, equivalente a 100% na linha de maior declive;

f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;

g) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais; (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989).

h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação.

Parágrafo único. No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo. (Incluído pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)".

A Lei Estadual n. 14.309/2002, ao dispor sobre a política florestal e proteção à biodiversidade no Estado de Minas Gerais, estabeleceu, em seu art. 10, inciso II, alínea "a", que:

"Art. 10 - Considera-se área de preservação permanente aquela protegida nos termos desta lei, revestida ou não com cobertura vegetal, com a função

ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, de proteger o solo e de assegurar o bem-estar das populações humanas e situada:

()
II - ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água, a partir do leito maior sazonal, medido horizontalmente, cuja largura mínima, em cada margem, seja de:

a) 30m (trinta metros), para curso d'água com largura inferior a 10m (dez metros)".

Confrontando a legislação federal e estadual, o art. 5º, da Lei Municipal n. 1.420/2000, Lei de Ocupação, Uso do Solo e Zoneamento do Município de Viçosa, considerou a fixação de 10 (dez) metros como área não edificada à margem dos cursos de água.

Confira-se a redação do referido dispositivo legal:

"Art. 5º - No território municipal, consideram-se não-edificantes:
I - nas áreas urbanas, as faixas de terrenos situadas ao longo das águas correntes e dormentes, a distâncias laterais nunca inferiores a 10m (dez metros) dos eixos;

II - nas áreas rurais, as faixas serão de, no mínimo, 30m (trinta metros) de cada lado das margens;

III - ao longo de redes de adutoras de águas, emissários de esgotos sanitários e galerias de águas pluviais, as faixas serão de, no mínimo, 4m (quatro metros) a partir do eixo das tubulações e galerias.

§ 1º - A faixa não-edificante será usada exclusivamente para provimento de infra-estrutura, áreas públicas para lazer e vias públicas.

§ 2º - Nos loteamentos aprovados, implantados e registrados será obedecido ao longo das águas correntes e dormentes o afastamento mínimo de 15m (quinze metros), contado das margens».

Observa-se que o art. 5º, inciso I, da Lei Municipal n. 1.420/2000, ao considerar como área não edificante, nas áreas urbanas, as faixas de terrenos situadas ao longo das correntes e dormentes, a distâncias laterais nunca inferiores a 10 (dez) metros dos eixos, colidiu, frontalmente, com o *quantum* previsto na Lei Federal n. 4.771/65 e na Lei

Estadual n. 14.309/2002, extrapolando da competência suplementar estabelecida na Constituição do Estado de Minas Gerais e na Constituição da República Federativa do Brasil.

Constituição do Estado de Minas Gerais (1989):

“Art. 10 - Compete ao Estado:

(...)

V - proteger o meio ambiente;

VI - manter e preservar a segurança e a ordem públicas e a incolumidade da pessoa e do patrimônio;

()
§ 1º - No domínio da legislação concorrente, o Estado exercerá:

I - competência suplementar;

II - competência plena, quando inexistir lei federal sobre normas gerais, ficando suspensa a eficácia da lei estadual no que for contrário a lei federal superveniente.

§ 2º - O Estado poderá legislar sobre matéria da competência privativa da União, quando permitido em lei complementar federal.”

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

“Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

()
VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

()
§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário”.

Interpretando os referidos dispositivos, em recente obra publicada, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco afirmam que: “(...) A divisão de tarefas está contemplada nos parágrafos do art. 24, de onde se extrai que cabe à União editar normas gerais - i. é, normas não-exaustivas, leis-quadro, princípios amplos, que traçam um plano, sem descer a pormenores. Os Estados-membros e o Distrito Federal podem exercer, com relação às normas gerais, competência suplementar (art. 24, § 2º). (...)” (MÉNDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 820), posicionamento coerente com o manifestado por um constitucionalista de escol, que, para nossa honra e goáudio, integra este Tribunal e seu órgão especial:

“Como foi assinalado, no Estado Federal ocorre uma descentralização do poder político. Toda a estrutura federal baseia-se, assim, na repartição de competências considerada como a grande questão do federalismo, o elemento essencial da construção federal, o tema representativo de medida dos poderes políticos do Estado. No Estado Federal, assinala-se que as normas não são hierarquizadas em função da origem de sua emanação, mas em virtude de um critério de competências para editá-las, estabelecido pela Constituição Federal.” (CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 867).

“(...) O art. 24 da Constituição Federal prevê as regras de competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal, estabelecendo quais as matérias que deverão ser regulamentadas de forma geral por aquela e específica por esses. (...) No âmbito da legislação concorrente, a doutrina tradicionalmente classifica-a em cumulativa sempre que inexistir limites prévios para o exercício da competência, por parte de um entre, seja a União, seja o Estado-membro, e em não cumulativa, que propriamente estabelece a chamada repartição vertical, pois, dentro de um mesmo campo material (concorrência material de competência), reserva-se um nível superior ao ente federativo União, que fixa os princípios e normas gerais, deixando-se ao Estado-membro a complementação. A Constitui-

ção brasileira adotou a competência concorrente não-cumulativa ou vertical, de forma que a competência da União está adstrita ao estabelecimento de normas gerais, devendo os Estados e Distrito Federal especificá-las, através de suas respectivas leis. É a chamada competência suplementar dos Estados-membros e Distrito Federal (CF, art. 24, § 2º). Essa orientação, derivada da Constituição de Weimar (art. 10), consiste em permitir ao governo federal a fixação das normas gerais, sem descer a pormenores, cabendo aos Estados-membros a adequação da legislação às peculiaridades locais. Dessa forma é possível o estabelecimento de algumas regras definidoras da competência legislativa concorrente: A competência da União é direcionada somente às normas gerais, sendo de flagrante inconstitucionalidade aquilo que delas extrapola. A competência do Estado-membro ou do Distrito Federal refere-se às normas específicas, detalhes, minúcias (competência suplementar). Assim, uma vez editadas as normas gerais pela União, as normas estaduais deverão ser particularizantes, no sentido de adaptação de princípios, bases, diretrizes e peculiaridades regionais (competência complementar). (...) a previsão de competência legislativa concorrente entre União, Estados e Distrito Federal (CF, art. 24) para proteção das florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição (inciso VI); proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (inciso VII); responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (inciso VIII). (...)” (MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. São Paulo: Atlas, 2002, p. 296/29 e 680).

Embora o art. 30, incisos I e II, da CR/88 permita ao Município legislar sobre assuntos de interesse local e, ainda, suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, a Lei Municipal não pode desprestigiar, nem restringir as normas ambientais tratadas pela Lei Federal, sob pena de flagrante inconstitucionalidade, como sói acontecer no presente caso.

Peço vênias ao ilustre Procurador de Justiça, Dr. Nedens Ulisses Freire Vieira, para transcrever trecho do parecer que exarou quando da apreciação do recurso de apelação (fls. 523/525), que com brilhantismo analisou a questão:

“De outro giro, na ótica da competência legislativa regulamentada pela Carta Política, muito embora não haja disposição que trate especificamente da competência municipal legislativa em matéria ambiental, o exame das disposições contidas nos artigos 23, 24 e 30 (incisos I e II) autorizam entender que há espaço para que se reconheça ter o Município competência para legislar acerca dessas questões.

Entretanto, não há dúvida de que essa competência se apresenta de natureza supletiva, ou mesmo que se entenda ser concorrente, em qualquer caso, havendo conflitos de leis, à evidência, deve prevalecer aquela relativa à União (cf. art. 22 da CF), ou, não existindo fundamentação em lei federal, despontar-se a norma estatuída pelo Estado-membro. Nesse sentido, lembra Luiz Paulo Sirvinskas:

“A repartição de competência entre os entes federados tem por finalidade dividir o poder, que é uno e indivisível, permitindo legislar sobre assuntos de interesse local fundados nas normas de caráter geral fixadas pela União e Estados. Procura-se, com isso, uniformizar o tratamento de determinado assunto no território nacional e regional e permitir, aos Municípios, especificá-lo com base em suas peculiaridades.

O Município não pode legislar plenamente respaldado na sua autonomia constitucional, alegando tratar-se de assunto pertinente a seu interesse local. Caso fosse possível, a repartição de competência perderia o sentido. O que seria um contra-senso. Não foi isso que pretendeu o legislador constituinte (*in* “Manual de Direito Ambiental”, 6ª ed. rev. at. e ampl., Ed. Saraiva, p. 120)”.

No caso vertente, trata-se de edificação, autorizada pelo Município com base na citada lei local, em área de preservação permanente, ou seja, espaço de domínio público ou particular, onde, em regra, é vedado o exercício de determinadas atividades em razão de sua importância vegetal.

Portanto, a disposição de lei municipal está afrontando as normas contidas nos artigos 2º, "a", 1 e 4º, III, ambos da Lei Federal n. 6.776/79 (que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências), no artigo 3º, I, "a", do CONAMA 303/2002, no artigo 2º CONAMA 396/2006, no artigo 10, II, "a", da Lei Estadual n. 14.309/2002, e no artigo 10, II, "b", do Decreto Estadual n. 23.710/2004."

E, também, da ilustre Procuradora de Justiça, Dra. Elaine Martins Parise (fls.569/571):

"A Constituição da República dispõe, em seu artigo 24, VI ser da competência legislativa concorrente das entidades federadas e federal a regulamentação da matéria relativa ao meio ambiente.

Todavia, não cabe aos entes políticos definir ou estabelecer outros limites já estabelecidos pela Lei federal n. 4.771/1965 que define, com precisão, o que seja preservação permanente para efeito de não-edificação, além de ter sido, ainda, regulamentada pela Resolução n. 302/2002 editada pelo Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA), eis que é o órgão consultivo e deliberativo nacional integrante do Sistema Nacional de Meio Ambiente com competência, dentre outras, de estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais.

Cabe, sem óbice, a União estabelecer e fixar limites razoáveis do que seja área de preservação permanente para efeito de construção em área urbana.

(
Nessa linha de raciocínio, destarte, conclui-se, claramente, que a Lei Municipal invectivada contém vício de inconstitucionalidade, pois desbordou da competência atribuída pela Lei Maior - poder complementar -, ao colidir com a legislação federal e estadual de regência, que dispõe, com assinalado, sobre a matéria".

Assim sendo, afigura-se inquestionável a inconstitucionalidade do art. 5º, inciso I, da Lei Municipal n. 1.420, de 21 de dezembro de 2000, do Município de Viçosa, por flagrante ofensa ao disposto no art. 10, inciso V, da Constituição do Estado de Minas Gerais.

Pelo exposto, acolho o incidente e declaro a inconstitucionalidade do inciso I do art. 5º da Lei Municipal n. 1.420/2000 do Município de Viçosa.

Custas na forma da lei.

O SR. DES. ALMEIDA MELO:

Sr. Presidente.

Estive atento à sustentação oral. O voto do Relator está muito bem elaborado, fundamentado na melhor doutrina do Direito Constitucional, a do Des. Kildare Carvalho, do Alexandre de Moraes, do Gilmar Mendes e, também, do parecer da Procuradoria de Justiça, do Dr. Nedens e da Drª Elaine Parise.

Realmente, houve, no exercício da legislação suplementar, excesso que implica em inconstitucionalidade.

De pleno acordo com o voto do eminente Relator.

O SR. DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES:

De acordo.

O SR. DES. KILDARE CARVALHO:

De acordo.

A SRª DESª MÁRCIA MILANEZ:

De acordo.

O SR. DES. BRANDÃO TEIXEIRA:

De acordo.

O SR. DES. ALVIM SOARES:

Após análise cuidadosa de todo o expediente, cheguei ao mesmo entendimento externado pelo eminente Desembargador Relator.

Com efeito, colide frontalmente com o artigo 10, V, da Constituição Estadual, a norma do artigo 5º, I, da Lei Municipal nº 1.420/2000, ao estabelecer como área de preservação permanente distância menor

do que aquela prevista na legislação federal e estadual de regência, extrapolando a competência suplementar estabelecida na CEMGE.

Ante o exposto, acolho o presente Incidente de Inconstitucionalidade.

O SR. DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. PAULO CÉZAR DIAS:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. ARMANDO FREIRE:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. FRANCISCO KUPIDLOWSKI:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. MAURÍCIO BARROS:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA:

De acordo com o Relator.

A SR.^a DES.^a HELOÍSA COMBAT:

De acordo com o Relator.

A SR.^a DES.^a SELMA MARQUES:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. ALBERTO DEODATO NETO:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. CARREIRA MACHADO:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. GERALDO AUGUSTO:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. BELIZÁRIO DE LACERDA:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. EDILSON FERNANDES:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. ELIAS CAMILO:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. TIBÚRCIO MARQUES:

De acordo com o Relator.

SÚMULA DO ACÓRDÃO: ACOLHERAM O INCIDENTE.

COMENTÁRIOS AO ACÓRDÃO

Bernardo Pimentel Souza

Professor do Departamento de Direito

Trata-se de acórdão unânime proferido pela Colenda Corte Especial do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais em incidente de inconstitucionalidade suscitado pelos Desembargadores da Colenda Quarta Câmara Cível do Tribunal, em sede de controle difuso de constitucionalidade exercido no julgamento de apelação interposta pelo Ministério Público de Minas Gerais em face de sentença de improcedência exarada em processo instaurado por força de ação civil pública movida pelo parquet.

Constatada a inconstitucionalidade da lei municipal durante o julgamento da apelação, os eminentes Desembargadores da Colenda Câmara Cível suscitaram o incidente, em cumprimento ao disposto no artigo 97 da Constituição Federal e nos artigos 480 e 481, caput, do Código de Processo Civil. É que não cabe ao órgão fracionário resolver, em definitivo, a questão prejudicial da inconstitucionalidade de lei, sem prévio julgamento em colegiado superior.

Com efeito, à vista do princípio constitucional da reserva de plenário, vislumbrada a inconstitucionalidade pelos julgadores dos órgãos fracionários, pela primeira vez, o incidente deve ser suscitado, a fim de que a questão prejudicial seja submetida ao Plenário ou ao Órgão Especial do Tribunal, in casu, a Colenda Corte Superior do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Corretos, portanto, os procedimentos adotados no acórdão sob comento, em perfeita harmonia com o artigo 97 da Constituição Federal e com os artigos 480 e 481 do Código de Processo Civil.

No que tange ao mérito, a lei municipal não se coaduna com o disposto no artigo 24, inciso VI, da Constituição Federal, porquanto o constituinte conferiu competência específica aos legisladores federais e estaduais, já que a preservação do meio ambiente é direito transindividual que alcança múltiplas pessoas, muito além dos limites territoriais de um ou de outro município. Basta

imaginar que eventual prejuízo às nascentes situadas em um determinado município pode gerar sérios danos ambientais para as pessoas residentes e domiciliadas nos municípios contíguos, de um ou até mais Estados da Federação. Daí a justificativa constitucional para a prevalência da legislação federal acerca de direito ambiental.

A lei sob comento do Município de Viçosa também não encontra proteção no artigo 30 da Constituição Federal, porquanto a matéria afeta à proteção e preservação ambiental não é de simples índole local, em razão das apontadas consequências difusas, além dos limites territoriais municipais.

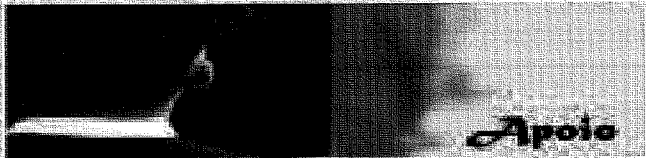
É certo que as leis municipais podem reforçar o disposto na legislação federal em matéria de proteção e preservação do meio ambiente, em virtude da especificação e do detalhamento do disposto na Lei Federal nº 4.771/1965, para a melhor aplicação do diploma à vista das peculiaridades locais. Em contraposição, as leis municipais jamais podem restringir, mitigar, muito menos abolir proteções ambientais estampadas na Lei Federal nº 4.771/1965, sob pena de inconstitucionalidade.

Sob todos os prismas, portanto, o acórdão sob comento merece ser prestigiado.

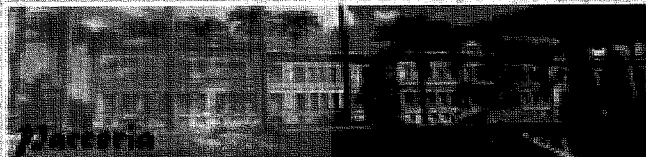
FUNARBE

Fundação de Apoio e Desenvolvimento Técnico de UFV

**EM 33 ANOS CONTRIBUINDO
PARA O DESENVOLVIMENTO
DE UFV E DO BRASIL.**



Apoio



Matéria



Qualidade

**CAPTAÇÃO
DE RECURSOS E
GESTÃO
DE CONTABILIDADE E PATRIMÔNIO**

(31) 3899-7100

www.funarbe.org.br

Fundação Arthur Bernardes (Funarbe)
Edifício Sede, s/n - Campus da UFV
36570-000 Viçosa-MG Brasil