

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO DE RECIFE  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**ALVARO AUGUSTO SANTOS CALDAS GOUVEIA**

**A PROTEÇÃO ÀS 'CIDADES-VIVAS' BRASILEIRAS NOS MOLDES  
DA CONVENÇÃO DA UNESCO SOBRE O PATRIMÔNIO MUNDIAL:  
um estudo dos reflexos do princípio da subsidiariedade na  
Sociedade Internacional.**

**Recife  
2004**

**ALVARO AUGUSTO SANTOS CALDAS GOUVEIA**

**A PROTEÇÃO ÀS ‘CIDADES-VIVAS’ BRASILEIRAS NOS MOLDES  
DA CONVENÇÃO DA UNESCO SOBRE O PATRIMÔNIO MUNDIAL:  
um estudo dos reflexos do princípio da subsidiariedade na  
Sociedade Internacional.**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco.

Área de Concentração: Direito Público

ORIENTADOR: PROF. DR. ANDREAS JOACHIM KRELL

**Recife**

**2004**

FICHA CATALOGRÁFICA

341.124  
G719p

Gouveia, Alvaro Augusto Santos Caldas, 1978-

A proteção às “cidades-vivas brasileiras” nos moldes da convenção da UNESCO sobre o patrimônio mundial: um estudo dos reflexos do princípio da subsidiariedade na sociedade internacional / Alvaro Augusto Santos Caldas Gouveia – Recife : Edição do Autor, 2004.

202 f.

Orientador: Andreas Joachim Krell.  
Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2004.

Inclui bibliografia.

1. Tratados internacionais. 2. Patrimônio mundial da humanidade – subsidiariedade – cidades-vivas. I. Krell, Andreas Joachim. II. Título.

UFPE/CCJ-FDR/PPGD/EFR-efr

ALVARO AUGUSTO SANTOS CALDAS GOUVEIA

**A PROTEÇÃO ÀS 'CIDADES-VIVAS' BRASILEIRAS NOS MOLDES  
DA CONVENÇÃO DA UNESCO SOBRE O PATRIMÔNIO MUNDIAL:  
um estudo dos reflexos do princípio da subsidiariedade na  
Sociedade Internacional.**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco.

Área de Concentração: Direito Público

Recife, 25 de agosto de 2004.

A Banca Examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa em nível de Mestrado e o julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: Aprovado

Prof. Sylvio Loreto, Dr. UFPE

Julgamento: Aprovado Ass.: Sylvio Loreto

Prof. Eduardo Ramalho Rabenhorst, Dr. UFPB

Julgamento: APROVADO Ass.: Eduardo R. Rabenhorst

Profa. Maria de Fátima Ribeiro de Gusmão Furtado, Dra. UFPE

Julgamento: APROVADO Ass.: Maria de Fátima Ribeiro de Gusmão Furtado

**Para meus pais, Angelo e Lucila,  
por todo seu apoio e carinho durante todos estes anos de vida.**

**Para Cicília,  
por seu amor e paciência em nossa vida a dois.**

## **AGRADECIMENTOS**

**Ao Prof. Dr. Andreas Joachim Krell, pela orientação e solidariedade;**

**À Eugênia Barza, por suas grandes e decisivas contribuições para a realização desta pesquisa;**

**À Carminha, por ter se mostrado sempre tão atenciosa e solícita com minhas preocupações de mestrando;**

**Ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, por sua ajuda financeira.**

Uma causa nem sempre é aceita e esposada por ser justa apenas. É preciso, mais do que isso, que ela encontre correspondência no nível de consciência daqueles mesmos a que pretende libertar<sup>1</sup>.

...aqueles que não relêem condenam-se a ler a mesma história em todos os lugares<sup>2</sup>.

Beauty will not come at the call of a legislature, nor will it repeat in England or America its history in Greece. It will come, as always, unannounced, and spring up between the feet of brave and earnest men. It is in vain that we look for genius to reiterate its miracles in the old arts; it is its instinct to find beauty and holiness in new and necessary facts, in the fields and roadside, in the shop and mill. Proceeding from a religious heart it will raise to a divine use the railroad, the insurance office, the joint-stock company; our law, our primary assemblies, our commerce, the galvanic battery, the electric jar, the prism, and the chemist's retort; in which we seek now only an economical use<sup>3</sup>.

...la actividad laboral del hombre ha de incluirse también entre las fuerzas vivas de la naturaleza que actúan en sentido erosionador, al menos en las variedades de monumentos no demasiado antiguos y que de por sí todavía hoy pueden ser utilizados. La fuerza humana que entra aquí en acción no obra de un modo arbitrario y violento, sino en cierto modo conforme a unas leyes determinadas. La actividad que la fuerza humana desarrolla en esta obra significa un desgaste y deterioro de la misma, lento pero constante y, por tanto, incontenible.<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> SODRÉ, Néelson Werneck. *A Coluna Prestes*. 4ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1985, p. 53.

<sup>2</sup> ECO, Umberto. *Interpretação e Superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, p. 145.

<sup>3</sup> EMERSON, R. W. In: *COMPLETE works, Collected essays*, t. II, XII. Boston: Houghton, 1988, p. 342 *apud* CHOAY, Françoise. *A alegoria do patrimônio*, 1ª reimpressão. São Paulo: UNESP, 2001, p. 190.

<sup>4</sup> RIEGL, Aloïs. *El culto moderno a los monumentos: caracteres y origen*. Traducción de Ana Pérez López. Madrid: Visor, 1999, p. 84.

## RESUMO

O trabalho objetiva demonstrar a importância do princípio da subsidiariedade para a proteção do Patrimônio Mundial Cultural, ressaltando-se a ineficiência de regras do nosso ordenamento jurídico para um adequado disciplinamento em favor das 'cidades-vivas' situadas no território brasileiro que integram a lista do Patrimônio Mundial. Fundamentado em pesquisa bibliográfica e documental, foi feito o estudo da Convenção da UNESCO sobre a salvaguarda do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, assinada em Paris, em 1972, com vistas à interpretação e aplicação de seus princípios normativos aplicáveis às chamadas 'cidades-vivas' brasileiras. Parte da compreensão de conceitos e noções sobre Humanidade e de seus interesses comuns, de ambiente, todos informadores dos elementos integrantes das Listas do Patrimônio Mundial. Identifica os critérios modernos para determinar a proteção às 'cidades-vivas' integrantes do Patrimônio Mundial, mormente as situadas no Brasil. Ao considerar relevante o disciplinamento jurídico internacional, e, tendo em vista a idéia de que a proteção ao Patrimônio Mundial Cultural é feita por meio de normas internas e internacionais, segue anotando as peculiaridades do Direito Internacional, sua coercibilidade e notadamente do princípio da subsidiariedade, para identificar as dificuldades neste sistema protetivo. Convencido de que para efetivar a proteção deve-se compreender o alcance da norma, passa a analisar a linguagem e o texto, propondo uma estratégia de interpretação cabível a essa categoria de bens jurídicos ambientais em comento.

Palavras-chave: Patrimônio Mundial Cultural. 'Cidades-vivas'. Proteção–Subsidiariedade.

## ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to demonstrate the importance of the subsidiarity principle to the protection for the Cultural World Heritage, emphasizing the inefficiency of the Brazilian law to the 'living-cities' placed in the Brazilian territory which integrate the World Heritage list. By means of bibliographical and documental research, to be a matter of the study of the UNESCO's Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage, signed in Paris, 1972, aiming the interpretation and application of their normative principles applicable to the denominated Brazilian 'living-cities'. It comes from the comprehension of concepts and notions about the Humanity and their common interests, environment, all informing the integrant elements of the World Heritage Lists. Identifying modern criteria to settle the protection of the 'living-cities' which integrates the Cultural World Heritage, mainly the ones located in Brazil. Considering significant the International Law and the idea that the protection to the Cultural World Heritage is made by means of national and international rules, keep on pointing out the singularities of the International Law, its coercibility and specially the subsidiarity principle, to identify the difficulties in this protective system. To make effective the protection within a rule you shall comprehend the scope of the rule, then analyze the language and the text and finally propose an appropriate interpretation strategy to this category of juridical environmental property.

Key-words: Cultural World Heritage. 'Living-cities'. Protection–Subsidiarity.

## SUMÁRIO

### Introdução

Por que princípio da subsidiariedade?.....	11
Hipótese de trabalho.....	12

### Parte I

<b>A Humanidade e sua relação com o ambiente: interesses comuns, Patrimônio Comum e a proteção deste Patrimônio mormente às ‘cidades-vivas’ consoante a Convenção da UNESCO sobre a salvaguarda do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, de 1972.....</b>	<b>17</b>
1. Sobre o ambiente e suas vertentes.....	23
2. Noção de Humanidade e seus interesses comuns.....	26
3. Patrimônio Comum da Humanidade.....	28
3.1 Patrimônio Comum da Humanidade ‘por natureza’ e Patrimônio Comum da Humanidade ‘por afetação’.....	29
3.2 A proteção do Patrimônio Mundial da Humanidade.....	31
3.2.1 Noção e classificação do Patrimônio Mundial da Humanidade.....	35
3.2.2 O que são e quais são as Listas do Patrimônio Mundial.....	38
4. O Patrimônio Mundial Cultural conforme a Convenção de 1972.....	40
4.1 Os monumentos.....	42
4.2 Os sítios.....	43
4.3 Os conjuntos.....	45
5. As ‘cidades-vivas’ e sua proteção consoante princípios protetores modernos.....	46
5.1 Desenvolvimento urbano e a preservação do sítio protegido.....	47
5.2 As ‘cidades-vivas’, dentro do contexto da Convenção de Paris de 1972.....	51
5.3 A proteção jurídica interna das “cidades-patrimônio” brasileiras.....	54

## **Parte II**

<b>Das normas de Direito Internacional: sua coercibilidade frente à soberania dos Estados na Sociedade Internacional contemporânea e o princípio da Subsidiariedade na Sociedade Internacional.....</b>		<b>64</b>
6.	Regulamentação de condutas: o Direito e o problema da coercibilidade como traço distintivo da ordem jurídica.....	69
6.1	Sistemas de regulamentação de condutas.....	69
6.2	O Direito e a Moral.....	71
6.3	O Direito e suas características.....	75
6.3.1	A sanção jurídica.....	77
6.3.2	A coercibilidade como atributo do Direito.....	79
7.	O Direito Internacional como 'Direito imperfeito'?.....	82
8.	Sistema Dualista e o problema da recepção.....	86
9.	Sistema Monista.....	89
9.1	Com predominância do Direito interno.....	91
9.2	Com predominância do Direito Internacional.....	92
10.	A evolução do conceito de soberania.....	96
11.	A Sociedade Internacional frente à soberania dos Estados e o cumprimento das normas internacionais.....	102
12.	Do princípio da subsidiariedade.....	112
12.1	Noções propedêuticas.....	112
12.2	Origem e evolução.....	115
12.3	A subsidiariedade no campo do Direito Internacional.....	122

## **Parte III**

<b>A textura aberta da linguagem, a interpretação dos textos jurídicos notadamente do princípio da subsidiariedade na proteção internacional ao Patrimônio Cultural Mundial consoante a Convenção de Paris de 1972 e a recepção de institutos jurídicos alienígenas à realidade brasileira.....</b>		<b>129</b>
13.	A linguagem humana.....	134

13.1 A postura do positivismo lógico.....	134
13.2 A semiótica e sua divisão epistemológica para o estudo da linguagem.....	137
13.3 A textura aberta da linguagem.....	139
14. A linguagem jurídica.....	141
14.1 A linguagem jurídica como modalidade de linguagem.....	141
14.2 A “semelhança de família” e sua relevância no Direito.....	144
14.3 A “textura aberta” da linguagem jurídica.....	146
15. Uma visão da interpretação jurídica.....	148
15.1 Os sistemas clássicos de interpretação das regras que regulam as relações humanas e sua adequação no mundo jurídico contemporâneo.....	148
15.2 A exegese e a interpretação.....	151
16. As estratégias de interpretação de textos jurídicos.....	154
16.1 Tipologia.....	154
16.2 A flexibilidade das interpretações e a ocorrência do uso de textos jurídicos.....	158
17. O princípio da subsidiariedade e sua interpretação no âmbito da Convenção de Paris de 1972, consoante as condições atuais da Sociedade Internacional.....	160
17.1 A previsão normativa da Convenção de Paris para proteção Internacional ao Patrimônio Mundial.....	162
17.2 Uma interpretação da seção II da Convenção de 1972.....	165
17.3 A adequação da estratégia interpretativa proposta às condições atuais da Sociedade Internacional.....	175
18. A prática jurídica brasileira da recepção de institutos jurídicos estrangeiros como “país periférico”.....	178
<b>Parte IV</b>	
<b>Considerações finais.....</b>	<b>185</b>
<b>Referências.....</b>	<b>191</b>

## Introdução

*Por que princípio da subsidiariedade?*

Ao longo de sua história, o princípio da subsidiariedade mostra-se presente em diversos campos do saber, tais como na Filosofia, na Política, no Direito, etc. Em todos estes campos, tem suscitado diversas polêmicas e se mostrado plural e ambivalente.

Dentro do campo jurídico, este princípio reflete um paradoxo entre o dever de não-ingerência e o dever de ingerência de entes considerados ‘maiores’ – em virtude de sua abrangência jurídica ou territorial – relativamente a entes ‘menores’, fazendo com que sua interpretação apresente-se sempre problemática, qualquer que seja sua interpretação jurídica<sup>5</sup>.

A necessidade de se alcançar o equilíbrio, de uma parte, entre liberdade e dignidade e, de outra parte, entre não-intervenção e o dever de ingerência, fez levantar vozes para pôr em questão a validade de um princípio jurídico da subsidiariedade. Várias dessas vozes consideravam tal princípio demasiado vago e questionavam a sua concretização no plano jurídico. Entretanto, até que ponto ser vago é algo prejudicial à atuação deste princípio? Amiúde se observa que a vaguidade é característica fundamental do princípio da subsidiariedade, o que o faz ser adaptável às mais diversas circunstâncias<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> MARTINS, Margarida Salema d’Oliveira. *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 82.

<sup>6</sup> *Idem. Ibidem*, p. 77.

Na sua aplicação prática, a subsidiariedade pode ser vista no interior dos Estados, e principalmente dos que adotam o sistema federativo, podendo ser interpretada como princípio que produz uma limitação à intervenção estatal, mas também justificando a ingerência nos assuntos de entes menores por parte do Estado. Ambos os posicionamentos acerca deste princípio visam à valorização do bem-comum da sociedade.

Na seara do Direito Internacional, mostra-se relevante estudar como se apresenta a colisão entre os princípios da soberania e da subsidiariedade. Algumas questões se apresentam polêmicas e extremamente relevantes: permanece a soberania absoluta até hoje? Qual é o grau de influência de um princípio na atuação do outro?

Afigura-se como mais importante neste trabalho, o questionamento da forma de resolução do problema da colisão entre os mencionados princípios no contexto internacional. Essa colisão pode se dar em diversos momentos da vida internacional, sobretudo em relação à existência contemporânea de blocos de países, na qual aparece mais nítida a possibilidade de derrogação de um princípio em virtude da prevalência do outro.

### *Hipótese de trabalho*

O presente trabalho encontra-se dividido em três partes: “A Humanidade e sua relação com o ambiente: interesses comuns, patrimônio comum e a proteção deste patrimônio mormente às ‘cidades-vivas’ consoante a Convenção da UNESCO sobre a salvaguarda do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, de

1972” (Parte I); “das normas de Direito Internacional: sua coercibilidade frente à soberania dos Estados na Sociedade Internacional contemporânea e o princípio da Subsidiariedade na Sociedade Internacional” (Parte II); “a textura aberta da linguagem, a interpretação dos textos jurídicos notadamente do princípio da subsidiariedade na proteção internacional ao Patrimônio Cultural Mundial, consoante a Convenção de Paris de 1972, e a recepção de institutos jurídicos alienígenas à realidade brasileira” (Parte III).

A escolha pela divisão da matéria em partes, justifica-se pela abrangência do tema e a diversidade das matérias abordadas que, mesmo com íntima ligação no interior de uma Parte, não justificaria seu posicionamento de forma mais unitária em Capítulos.

Desta forma, na Parte I delimita-se o substrato material sob o qual se debruça este estudo: as ‘cidades-vivas’ integrantes do Patrimônio Mundial da Humanidade situadas no Brasil. Após uma explanação a respeito de uma divisão didática do ambiente, aborda-se o conceito de Humanidade e sua consagração pelo Direito Internacional. Em seguida, explana-se acerca do Patrimônio Comum da Humanidade e suas espécies, atentando-se para aquela denominada ‘por afetação’, a qual corresponde ao Patrimônio Mundial, tal como consagrado pela “Convenção sobre a Salvaguarda do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, de 1972”. Enfatizando-se a ‘porção’ cultural deste patrimônio, estudar-se-á suas espécies, e, especificamente na subespécie dos conjuntos, deter-se-á sobre os problemas advindos do progresso humano e sua relação com a proteção deste conjunto de bens, propondo formas de proteção conforme os princípios mais atuais utilizados nesta seara. Esta Parte é importante na medida em que estabelece o âmbito de

atuação do presente trabalho, restringindo-se o objeto a ser estudado com a escolha das 'cidades-vivas' integrantes do Patrimônio Mundial, situadas no Brasil, considerando-se nessa proteção a influência relevante de princípios sócio-arquitetônicos modernos.

Na Parte II, encontra-se uma explanação sobre as normas jurídicas e suas diferenças em relação a outras normas de regulação de conduta, enfocando-se a importância da coerção para a configuração de 'perfeição' do direito e a temática do Direito Internacional e sua configuração 'imperfeita'. Abordam-se as relações entre o Direito interno dos Estados e o Direito Internacional, mencionando-se as vertentes da doutrina sobre aparente conflito e, neste ponto, enfrenta-se a sempre atual questão da crise da soberania dos Estados frente à Sociedade Internacional, posicionando esta questão no mundo contemporâneo dos 'blocos de países'. Propõe-se como uma alternativa adequada à crise da soberania, principalmente quanto ao objeto já estabelecido na Parte I, a utilização do princípio da subsidiariedade, o qual é utilizado em diversos campos do saber, sendo conveniente abordar suas noções introdutórias, sua evolução e sua utilização no Direito Internacional.

A relevância da parte II mostra-se na configuração do Direito Internacional como Direito 'perfeito', na medida em que a principal norma jurídica que regula o objeto do trabalho é de natureza internacional, sendo oportuno demonstrar os aspectos mais relevantes a respeito da natureza do Direito Internacional, bem como do princípio da soberania estatal e sua colisão com o princípio da subsidiariedade no que concerne à proteção das 'cidades-vivas' objeto do estudo.

Já a Parte III é destinada à interpretação jurídica, enfocando-se a textura aberta da linguagem em geral, por conseguinte dos textos jurídicos, e ao estudo de como se constroem interpretações jurídicas passíveis de utilização prática. Aborda, também, as formas de resolução dos conflitos entre normas, atentando-se para a questão das colisões entre princípios e as formas mais adequadas de resolução. Nesta matéria, mostram-se importantes a interpretação do princípio da subsidiariedade na proteção internacional ao Patrimônio Cultural Mundial, consoante a Convenção de Paris de 1972 e as influências que a recepção de institutos jurídicos alienígenas à realidade brasileira pode trazer para o campo do Patrimônio Mundial.

Com essa última parte, tenciona-se encontrar critérios mais úteis na construção de um arcabouço doutrinário para a proteção do objeto do trabalho, sem propor a partilha dos benefícios político-econômicos advindos da existência de bens inscritos nas listas do Patrimônio Mundial, focalizando o estudo tão somente sobre a proteção destes bens, visando impedir que sua importância se esvaia devido às condições político-econômico-sociais internas dos países que os acolhem. Neste ponto, toma-se como parâmetro as condições que cercam os bens que constituem o alvo do estudo.

A união dessas três partes propostas visa abordar às 'cidades-vivas' integrantes do Patrimônio Mundial da Humanidade, situadas no Brasil, dentro de uma visão mais adequada à realidade social brasileira, tomando-se como ponto de partida a ponderação entre os princípios da soberania estatal e da subsidiariedade, propondo daí uma solução que se acredita ser a mais adequada para a permanência

da transmissão dos valores transmitidos pelos bens visados pelo trabalho às futuras gerações, não só brasileiras, mas também de todo o planeta.

Não se pretende com este trabalho esgotar a matéria, a qual se mostra por demais polêmica e de difícil consenso, mas suscitar o interesse pelo tema por parte da comunidade jurídica brasileira, sem se furtar a propor uma forma de abordagem mais adequada à temática da proteção das 'cidades-vivas' integrantes do Patrimônio Mundial da Humanidade, conforme sua condição de ser parte do conjunto de manifestações humanas chamado de cultura, a qual é consagrada como Direito Fundamental dos homens.

## Parte I

### **A Humanidade e sua relação com o ambiente: interesses comuns, patrimônio comum e a proteção deste patrimônio mormente às ‘cidades-vivas’ consoante a Convenção de Paris, de 1972.**

A proteção de um patrimônio cultural remete ao conceito, dito por Choay, original da palavra monumento, o qual adviria do latim *monumentum*, e seria aquilo que traz lembrança de alguma coisa. Nele, o que mais seria relevante é a natureza afetiva de seu propósito, o qual não se limita a apresentar neutralmente, mas de tocar, pela emoção, uma memória viva<sup>7</sup>.

De acordo com Riegl, na antiguidade, “o monumento seria uma obra realizada pela mão humana e criada com o fim específico de manter façanhas ou destinos individuais sempre vivos e presentes na consciência das gerações posteriores”<sup>8</sup>.

A denominação “monumento” foi a primeira dada a bens culturalmente relevantes. Para Nabais, os bens culturais e o patrimônio cultural são duas perspectivas de uma mesma realidade: esta última enfocando a globalidade do fenômeno e aquela primeira apontando os seus elementos constitutivos<sup>9</sup>. Posteriormente, e de maior relevância para o estudo, o mesmo autor elenca as características dos bens culturais, quais sejam: imaterialidade, sociabilidade e publicidade.

---

<sup>7</sup> CHOAY, Françoise. *A alegoria do patrimônio*. São Paulo: Unesp, 2001, pp. 17-18.

<sup>8</sup> RIEGL, Alois. *El culto moderno a los monumentos: caracteres y origen*. Traducción de Ana Pérez López. Madrid: Visor, 1999, p. 23, *in verbis*: “Por monumento, en el sentido más antiguo y primigenio, se entiende una obra realizada por la mano humana y creada con el fin específico de mantener hazañas o destinos individuales (o un conjunto de éstos) siempre vivos y presentes en la conciencia de las generaciones venideras”.

<sup>9</sup> NABAIS, José Casalta. *Introdução do direito do patrimônio cultural*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 18.

A imaterialidade demonstra-se na importância primordial que a fruição dos bens culturais possui para o crescimento da consciência humana e do desenvolvimento da personalidade individual das gerações presentes e das vindouras e não no substrato material que engloba o bem cultural. A sociabilidade pode ser percebida menos no realce que deve ser dado ao valor econômico dos bens materiais e mais no interesse que une a comunidade em torno de sua fruição. E, por fim, a característica da publicidade pode ser entendida como a “fruibidade necessária dos valores culturais por parte dos membros da correspondente comunidade”<sup>10</sup>.

Os primeiros cuidados tendentes à preservação de um ambiente cultural e o conseqüente advento de um Patrimônio Cultural Mundial, tiveram início do confronto entre interesse econômico e a preservação do “antigo” desde as primeiras sociedades que se organizaram no planeta. Milet afirmou ser a forma de construção, permanência ou transformação dos ambientes construídos das cidades condicionados pelo significado atribuído ao solo pelas diversas sociedades (desde o Egito antigo até as modernas cidades industriais), adquirindo, assim, o solo urbano um sentido social na medida em que pode gerar ambiente construído<sup>11</sup>.

A idéia de um Patrimônio Cultural Mundial começou a se desenvolver por meio da proteção em âmbito estatal interno de bens – móveis e imóveis – que exprimiriam o sentimento de comunidades que habitavam um determinado território, recordando todo um “arcabouço de representações simbólicas e ideológicas”,

---

<sup>10</sup> *Idem. Ibidem*, pp. 40-41.

<sup>11</sup> MILET, Vera. *A teimosia das pedras: um estudo sobre a preservação do patrimônio ambiental no Brasil*. Olinda: Prefeitura de Olinda, 1988, pp. 38-39.

rememorando a identidade da nação<sup>12</sup>. Esta consciência tomou corpo a partir do início do século XIX, quando na França revolucionária começou-se a preservação de monumentos marcantes da história nacional, tais como igrejas, palácios, estátuas, etc.

Inicialmente, o critério da excepcionalidade<sup>13</sup> – o valor extraordinário que possuíam – norteava a proteção dos bens protegidos, sem haver a extensão da proteção ao seu entorno ou ambiência<sup>14</sup>. Isso se deu em face de um processo histórico iniciado com a ação da Comissão de Monumentos da França revolucionária dos séculos XVII e XVIII que, tencionando acabar com os símbolos do Antigo Regime, começou um processo de destruição de representações materiais que simbolizavam o poder da monarquia, seguido de um inventário dos bens culturais por “homens de cultura” (artistas e intelectuais formados pelo próprio Antigo Regime). Entretanto, esta preservação dos bens culturais se daria por meio de uma musealização dos objetos móveis, o que causaria a retirada destes de seu local de origem e uso, acarretando um prejuízo à preservação dos mesmos, o que foi mostrado por Quatremère de Quincy, que acreditava que a conservação dos objetos históricos deveria ser feita no local de origem dos mesmos, assim, defendendo a preservação, também, dos edifícios em que se encontravam. Todavia, ele vai mais além ao propor a noção do *mise-en-valeur*, a qual prega a valorização do

---

<sup>12</sup> FREITAS, Marcelo de Brito Albuquerque Pontes. *Dos monumentos arquitetônicos aos sítios históricos urbanos: um estudo sobre a evolução do padrão de intervenção estatal nos sítios históricos no Brasil*. Recife, 1992, 231 f. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Urbano) – Universidade Federal de Pernambuco, f. 6.

<sup>13</sup> RODRIGUES, José Eduardo Ramos. “A evolução da proteção do patrimônio cultural: crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural”. *Revista de Direito Ambiental*, nº 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 26.

<sup>14</sup> O termo ambiência é usado quando se quer expressar algo mais que as circunvizinhanças de um determinado bem, para a qual se emprega o vocábulo entorno, mas que compreende o meio em que o bem está inserido, cf. INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL (Brasil). *Cartas patrimoniais*. 2ª ed. rev. aum.. Rio de Janeiro: IPHAN, 2000, p. 12.

monumento típico, com a destruição de todo o seu entorno, com a finalidade de uma melhor visualização do monumento, dada a sua grandiosidade<sup>15</sup>.

Este modo de pensar foi sendo transformado durante o transcorrer do século XX, modificando-se a idéia dominante da necessidade de prova da excepcionalidade dos bens a serem protegidos por uma idéia da proteção dos conjuntos de imóveis, tomando-se por base o meio em que o bem está inserido. Com a Carta de Veneza de 1964, houve a mudança de uma perspectiva de pura contemplação dos bens protegidos para uma atribuição de função que os tornem úteis à sociedade, abrindo a possibilidade de uma utilização diversa da original e, desta forma, revalorizando os bens a serem protegidos.

Da mesma forma, e concomitantemente à anterior mudança mencionada, a tutela aos bens culturais importantes foi primeiro construída para a proteção durante períodos de guerra<sup>16</sup> e evoluiu posteriormente, quando se verificou que o ritmo de desenvolvimento das relações humanas também punha em risco estes bens, assim justificando uma outra tutela para os tempos de paz.

Nesta evolução, em 1972, foi aprovada a Convenção da UNESCO sobre a salvaguarda do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural<sup>17</sup>, sedimentando-se a idéia da existência de um Patrimônio Cultural Mundial formado por certo número de bens que, por seu caráter de expressar a consciência coletiva da Humanidade<sup>18</sup>, pertenceriam a toda ela e, portanto, devido ao imenso valor daqueles para o bem-

---

<sup>15</sup> MILET, Vera. *Op. cit.*, pp. 63-64.

<sup>16</sup> Haja vista as Convenções de Haia de 1899 e 1907 que regulavam a conduta de entes beligerantes e, dentro de seu bojo, protegiam certas categorias de edificações, tais como igrejas, hospitais, monumentos históricos e outros, conforme SILVA, Fernando Fernandes da. *As cidades brasileiras e o patrimônio cultural da Humanidade*. São Paulo: Edusp, 2003, pp. 49-51.

<sup>17</sup> A qual será mencionada, daqui em diante, tão somente Convenção de Paris.

<sup>18</sup> PRESSOUYRE, Léon. *The World Heritage Convention, twenty years later*. Paris: UNESCO Publishing, 1996, p. 20, *in verbis* "In the minds of the drafters of the 1972 Convention, the notion of World Heritage was founded on the irreplaceable character of a certain number of properties in the collective consciousness of humanity".

estar desta, mereceria uma tutela mais rígida e abrangente, a ser feita de forma conjunta pela Sociedade Internacional e pelos Estados onde os bens se situam. Dentre os bens a serem protegidos pela Convenção de Paris, ressalta-se aqui a importância das 'cidades-vivas' integrantes do Patrimônio Mundial Cultural da Humanidade. Sua importância se avoluma na medida em que nelas a questão dicotômica entre o desenvolvimento e a preservação da cultura se mostra mais relevante.

Ainda no século XIX, na década de 1860, John Ruskin já demonstrava a necessidade de proteção de cidades como verdadeiros monumentos<sup>19</sup>, insurgindo-se contra as intervenções que lesam a estrutura de cidades antigas, a qual seria sua essência, como o exemplo de Florença, Rouen e Oxford, nas quais, com seus palácios e colégios, seus conjuntos urbanos constituir-se-iam em verdadeiras entidades específicas<sup>20</sup>. Ruskin preconizava que a manutenção e consolidação de monumentos deveriam se dar de forma menos perceptível possível e condenava a prática francesa de negligenciá-los, em primeiro momento, e depois restaurá-los<sup>21</sup>.

Foi principalmente pensando naquela dicotomia que surgiu o conceito da Conservação Integrada, que tem na experiência pioneira da cidade italiana de Bolonha sua primeira aparição, onde os governantes procederam a uma

---

<sup>19</sup> CHOAY, Françoise. *Op. cit.*, p. 181.

<sup>20</sup> *Idem. Ibidem*, p. 180.

<sup>21</sup> RUSKIN, John. *The lamps of architecture*. New York: Dover publications, 1989, pp. 196-197, *in verbis*: "The principle of modern times, (a principle which, I believe, at least in France, to be *systematically acted on by the masons*, in order to find themselves work, as the Abbey of St. Ouen was pulled down by the magistrates of the town by way of giving work to some vagrants) is to neglect buildings first, and restore them afterwards. Take proper care of your monuments, and you will not need to restore them. A few sheets of lead put in time upon the roof, a few dead leaves and sticks swept in time out of a water-course, will save both roof and walls from ruin. Watch an old building with an anxious care; guard it as best as you may, and at *any* cost, from every influence of dilapidation. (...) bind it together with iron where it loosens (...) and do this tenderly, and reverently, and continually, and many a generation will still be born and pass away beneath its shadow".

recuperação na estrutura física, econômica e social da periferia do centro histórico da cidade, mas mantiveram os antigos habitantes dos locais em tela<sup>22</sup>.

A importância do embate “desenvolvimento *versus* preservação de áreas consideradas importantes” toma características mais dramáticas nas estruturas das cidades, uma vez que o crescimento da população mundial tem sido essencialmente urbano<sup>23</sup> e é na cidade que hoje se concentram os maiores problemas advindos da explosão demográfica<sup>24</sup> e isso justifica a escolha pelo estudo focalizando os ambientes artificial e cultural que serão o substrato material do presente trabalho.

Como afirmou Jote, dois são basicamente os conjuntos de problemas que afetam o patrimônio cultural em tempos de paz: problemas naturais e os causados pelo homem<sup>25</sup>. Os primeiros podem ser exemplificados por: ventos, terremotos, erosão, enchentes, fogo, deterioração natural, ciclones, etc<sup>26</sup>. Já quanto aos fatores causados pelo homem, eles podem ser acidentais ou intencionais, tais como poluição, urbanização, turismo, fatores sociais como ideologias e religião, etc<sup>27</sup>. Os fatores causados pelo homem são particularmente relevantes para o estudo, pois demonstra os possíveis malefícios que o desenvolvimento pode causar ao Patrimônio Cultural Mundial.

---

<sup>22</sup> LAPA, Tomás; ZANCHETI, Sílvio. “Conservação integrada urbana e territorial”. In: ZANCHETI, Sílvio (Org.). *Gestão do Patrimônio Cultural Integrado*. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2002, pp. 31-33.

<sup>23</sup> SCHIFFER, Sueli Ramos. “A conservação urbana e a superação da pobreza”. In: ZANCHETI, Sílvio (Org.). *Gestão do Patrimônio Cultural Integrado*. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2002, p. 297.

<sup>24</sup> RODRIGUES, José Eduardo Ramos. *Op. cit.*, p. 25.

<sup>25</sup> Para maiores detalhes acerca desta divisão, ver JOTE, Kifle. *International legal protection of cultural heritage*. Stockholm: Juristförlaget, 1994, pp. 111-124.

<sup>26</sup> *Idem. Ibidem*, p. 111, *in verbis*: “Wind, earthquakes, erosion, flood, fire, natural decaying, cyclones and so forth are some of the major natural factors that cause damage to cultural heritage in peacetime”.

<sup>27</sup> *Idem. Ibidem*, p. 114, *in verbis*: “Damage to cultural heritage can also be attributed to human factors. Peacetime damage by man’s activity is sometimes accidental and sometimes intentional. Fire, pollution, urbanization, tourism, social factors such as ideology and religion (...), are among major human actions that injure cultural heritage.

Neste trabalho abordar-se-á as ‘cidades-vivas’ integrantes do Patrimônio Cultural Mundial instituído pela Convenção de Paris, enfatizando a atuação do Direito em face dos princípios multifacetados da Conservação Integrada e do Desenvolvimento Sustentável, que guiam as estratégias preservacionistas mais modernas, dando ênfase à situação daquelas cidades situadas no Brasil.

Tratar-se-á acerca dos conceitos formados ao longo do século XX, concentrando-se a abordagem naqueles existentes dentro da Convenção de Paris, posicionando de forma adequada a questão abordada, sob pena de uma análise apenas superficial. Neste ponto, torna-se imprescindível uma ambientação histórica daquele texto jurídico internacional para que se possa compreender com maior precisão a tutela constituída e o funcionamento das instituições competentes para salvaguarda do patrimônio cultural.

### *1. Sobre o ambiente e suas vertentes.*

O homem, para ter uma vida saudável, necessita viver em um ambiente<sup>28</sup> sadio. Mas, o que pode ser considerado como ambiente? De acordo com Houaiss, ambiente é algo “que rodeia ou envolve por todos os lados, constituindo-se o meio em que se vive; como também o conjunto de condições materiais, culturais, psicológicas e morais que envolvem uma ou mais pessoas”<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Quanto à questão da nomenclatura, ver MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 7ª edição, 2ª tiragem, revista, atualizada e ampliada de acordo com as Leis ns. 9.433/97 e 9.605/98. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 89. O autor comenta a posição dos autores portugueses quanto à questão e filia-se a ela, posição esta que considera “meio ambiente” uma expressão pleonástica, haja vista as duas palavras ‘meio’ e ‘ambiente’ serem palavras que expressam a idéia de envoltório, entorno. Concorda-se com este pensamento.

<sup>29</sup> HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p.183.

O ambiente é algo que, faticamente, é apenas um só, com princípios e objetivos unificados. Todavia, doutrinariamente, o ambiente é dividido em: natural, do trabalho, artificial e cultural<sup>30</sup>.

O ambiente natural seria constituído pelo solo, água, flora, fauna e ar atmosférico, ou seja, todos os elementos que possibilitam a vida animal. O ambiente do trabalho poderia ser visto como uma decorrência teórica dos Direitos Fundamentais de “segunda geração” que visavam preservar as condições humanas em sociedade (direitos sociais) e, desta forma, consistiria numa forma de resguardar a incolumidade e a saúde físico-psíquica do ser humano nas suas relações laborais. O ambiente artificial constituir-se-ia pelo espaço urbano construído, formado pelo espaço urbano fechado (conjunto de edificações) e pelo espaço urbano aberto (equipamentos públicos), tomando-se o adjetivo “urbano” como todos os espaços habitáveis e não como contraponto àquilo que vem do campo, ou rural. O ambiente cultural relacionar-se-ia com a história e a memória de uma sociedade. Este trabalho debruçar-se-á exatamente sobre esta última “partição” do ambiente, a cultural.

A preocupação com as condições ambientais de vida humana somente se avolumou no período posterior à Segunda Guerra Mundial e, com a criação da ONU em 1945, começou-se a pensar internacionalmente na estruturação de legislações e de órgãos ambientais que visassem a um ambiente equilibrado. Como decorrência desta preocupação, tomou corpo a discussão sobre formas de desenvolvimento não agressivas ao ambiente, vindo a baila o conceito de

---

<sup>30</sup> Sobre esta divisão ver FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. “Tutela do meio ambiente em face de seus aspectos essenciais: Os fundamentos constitucionais do direito ambiental”. In: POZZOLI, Lafayette; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Ensaio em homenagem a Franco Montoro – Humanista e Político*. São Paulo: Loyola, 2001, pp. 230-233 e FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 57-71.

“Desenvolvimento Sustentável”<sup>31</sup>. Este conceito foi a solução teórica encontrada para equacionar o problema do desenvolvimento econômico inarredável e a premente necessidade de preservação da natureza.

Juntamente ao Desenvolvimento Sustentável, mais exatamente na seara urbana, o conceito de “Conservação Integrada”<sup>32</sup> se fez presente, a partir do final dos anos 60, como a forma mais adequada para a preservação social do ambiente das cidades.

O surgimento desses dois conceitos (Desenvolvimento Sustentável e Conservação Integrada) fez transparecer que a questão ambiental não poderia ser dissociada da política econômica dos países, interna e externamente, sendo importante o estudo das formas encontradas pelo Direito interno e Internacional (tendo que ser vistos em conjunto, em face da unicidade do Direito<sup>33</sup>) para a concretização do direito a um ambiente sadio, onde toma relevo a existência de um Patrimônio Comum da Humanidade.

---

<sup>31</sup> É ‘sustentável’ o desenvolvimento apto a atender às necessidades básicas das gerações atuais, sem o esgotamento dos recursos necessários para a manutenção das gerações futuras, através de políticas e sistemas garantidores dos estoques atuais de recursos, de acordo com o Relatório preliminar para a ECO 92, p. 4, *apud* BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3ª ed., atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, pp.244-245. Ver 5.1., *infra*.

<sup>32</sup> LAPA, Tomás; ZANCHETTI, Sílvio. *Op. cit.*, p. 31.

<sup>33</sup> Acata-se neste trabalho a posição monista acerca da relação entre direito interno e direito internacional, conforme será visto na parte II, em não convindo na presente parte tecer maiores comentários sobre a matéria. Para maiores detalhes sobre este assunto, ver: ARIOSI, Mariângela. *Conflitos entre tratados internacionais e Leis internas: o judiciário brasileiro e da nova ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 59-98.

## 2. Noção de Humanidade e seus interesses comuns.

A Humanidade pode ser conceituada como o conjunto dos seres humanos<sup>34</sup>, como também o considera Altemir<sup>35</sup>. Todavia, a noção de Patrimônio Comum da Humanidade necessita da abordagem da Humanidade como sujeito do Direito Internacional, titular de direitos e obrigações, posição ainda controversa na doutrina.

Após a Segunda Guerra Mundial e com a constituição da Organização das Nações Unidas (ONU), o conceito de “Humanidade” tem sido progressivamente incorporado a uma série de instrumentos internacionais, o que tem contribuído para a afirmação de um processo de personificação jurídica do conceito, dotando-lhe de um suporte mais prático e menos especulativo<sup>36</sup>.

Doutrinariamente, já no século XVI, Francisco de Vitória, teólogo espanhol, já concebia a Humanidade como um novo sujeito do Direito Internacional, em seu *De potestate civili*<sup>37</sup>.

Consagrada legislativamente, a Humanidade aparece como sujeito do Direito Internacional a partir da década de 1960, com a Declaração das Nações Unidas sobre a Lua e demais corpos celestes (1962) e o tratado sobre princípios

---

<sup>34</sup> HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. *Op. cit.*, p. 1555.

<sup>35</sup> ALTEMIR, Antônio Blanc. *El Patrimonio Común De La Humanidad: Hacia un régimen jurídico internacional para su gestión*. 1ª ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1992, p. 36, *in verbis*: “La humanidad (...), constituye un concepto abierto a todos los hombres, pueblos y Estados, sin distinción de raza, sexo, religión o ideología (...)”.

<sup>36</sup> *Idem. Ibidem*, pp. 33-34, *in verbis*: “Después de la Segunda Guerra Mundial, y tras la constitución de las Naciones Unidas, el término “humanidad” se ha ido incorporando progresivamente a una serie de instrumentos internacionales adoptados en su seno, lo que ha contribuido a la afirmación de un proceso de personalización y subjetivización jurídica del concepto, dotándole de un soporte más práctico y menos especulativo”.

<sup>37</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 9.

reguladores das atividades dos Estados na exploração e uso do espaço cósmico, inclusive a Lua e demais corpos celestes (1967)<sup>38</sup>.

Dupuy, influenciado pelo princípio do Desenvolvimento Sustentável<sup>39</sup>, acrescenta à noção de Humanidade a característica da intertemporalidade, contemplando as pessoas de hoje e as do futuro, portanto, qualquer relação com a Humanidade tem que considerar tanto as necessidades do presente, quanto as futuras, a fim de que não se extinga a raça humana.

A idéia de “interesse” pode ser conceituada como “aquilo que é importante, útil ou vantajoso, moral, social ou materialmente”<sup>40</sup>. Com o desenvolvimento da Sociedade Internacional, criou-se a consciência de que existem bens que são importantes para toda Humanidade, recaindo sobre os mesmos o interesse comum da Humanidade. Corroborando com esse pensamento, Kiss<sup>41</sup> afirma ser o interesse comum da Humanidade sobre o patrimônio cultural o elo entre as categorias do patrimônio formuladas por ele<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> SILVA, Fernando Fernandes da. *Op. cit.*, p. 35.

<sup>39</sup> DUPUY, René Jean. “La Zone, Patrimoine Commun de L’Humanite”. In: VIGNES, Daniel; DUPUY, René Jean (Org.). *Traité du Nouveau Droit de La Mer*. [s.l.]: ed. Économica, 1985, p. 500 *apud* SILVA, Fernando Fernandes da. *Op. cit.*, p. 36.

<sup>40</sup> HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. *Op. cit.*, p. 1633.

<sup>41</sup> Acerca do interesse comum da Humanidade e da decorrente divisão do Patrimônio Mundial, ver 3.1., *infra*.

<sup>42</sup> KISS, Alexandre Charles. “La Notion de Patrimoine Commun de l’Humanité”. *Recueil des Cours: Académie de Droit International de La Haye*, vol. II, tomo 175. Haia: [s. n], 1982, p. 230, *in verbis*: “Cette législation internationale qui consacre certains intérêts supérieurs en cherchant à protéger les êtres humains au-delà des objectifs immédiats des Etats - et même parfois contre eux - n’ est pas isolée dans le droit international contemporain. Dans d’autres domaines aussi, on voit apparaître des dispositions conventionnelles ou des traités entiers qui ne comportent aucun avantage immédiat pour les Etats contractants mais seulement des obligations: il en est ainsi en ce qui concerne, en particulier, la protection de l’ environnement, la coopération scientifique internationales et le développement. Chaque fois, un bien collectif en situant au-dessus des intérêts immédiats des Etats est visé, le bénéfice que les parties contractantes en retirent n’ étant jamais concret et immédiat, mais relativement abstrait et parfois plus ou moins lointain. Il y a donc une motivation supérieure qui guide les gouvernements dans ces circonstances, la reconnaissance d’ un intérêt commun de toute l’ humanité, qui concerne aussi bien le présent que, bien souvent, l’avenir”.

O interesse comum da Humanidade liga-se à idéia de *res communis*<sup>43</sup>, como também a diversas noções, tais como: o objetivo de proteger a Humanidade da destruição, o que se observaria com a destruição do ambiente natural; ou, quanto ao ambiente cultural, pela necessidade do homem de encontrar um passado estável e próspero, ou como uma forma de proteção contra a padronização crescente das cidades atualmente crescente<sup>44</sup>.

O Patrimônio Comum da Humanidade configura-se na expressão institucionalizada do interesse comum da Humanidade, consagrando bens imprescindíveis a todos os povos do planeta Terra. Assim o considerou Altemir, quando afirmou que a noção de patrimônio comum da Humanidade implicava em um reconhecimento da existência de interesses comuns e superiores aos objetivos imediatos e particulares dos Estados<sup>45</sup>.

### 3. Patrimônio Comum da Humanidade.

Consoante Kiss, esta classificação “Patrimônio Comum da Humanidade”, seja qual for a modalidade, traz em seu bojo uma relação de gestão dos bens constitutivos deste patrimônio pelos Estados e Organizações Internacionais concedida pelo conjunto dos habitantes do planeta, agindo aqueles como procuradores ou depositários dos interesses comuns da Humanidade. Esta

---

<sup>43</sup> FERREIRA, Ivete Senise. *Tutela penal do patrimônio cultural*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 18.

<sup>44</sup> Ver WILLIAMS, Sharon A. *The International and National Property Protection of Movable Cultural Property. A Comparative Study*. New York: Oceana Publications, Inc. Dobbs Ferry, 1978 e DAIFUKU, Hiroshi. *International assistance for the conservation of cultural property, why preserve the past?: The challenge to our cultural heritage*. Paris: ed. by Yudhishtir Raj Isar, Unesco and Smithsonian Institution, 1986 *apud* SILVA, Fernando Fernandes da. *Op. cit.*, pp. 40-41.

<sup>45</sup> ALTEMIR, Antônio Blanc. *Op. cit.*, p. 31, *in verbis*: “La noción de patrimonio común de la humanidad implica el reconocimiento de la existencia de ciertos intereses comunes y superiores que sobrepasan los objetivos inmediatos y particulares de los Estados”.

gestão se justificaria pela completa impossibilidade de todos os seres humanos atuarem conjuntamente gerindo o seu Patrimônio Comum, baseando-se numa relação de confiança (*trust*), na qual haveria a outorga pela Humanidade de uma 'procuração' aos Estados e Organizações Internacionais para assumirem o encargo de serem os depositários dos interesses comuns da Humanidade, cabendo àqueles zelar pela preservação dos bens sobre os quais recaem os mencionados interesses para sua transferência às gerações vindouras<sup>46</sup>.

### 3.1 *Patrimônio Comum da Humanidade 'por natureza' e Patrimônio Comum da Humanidade 'por afetação'.*

Alexandre Charles Kiss, considerando as características dos regimes jurídicos de gestão do patrimônio, dividiu o patrimônio comum da Humanidade em: 'por natureza' e 'por afetação'.

O Patrimônio Comum da Humanidade 'por natureza' caracterizar-se-ia pelo princípio da não-apropriação nacional, isto é, em prol de uma gestão conjunta na utilização e conservação destes bens no interesse da Humanidade, os Estados abdicariam de qualquer reivindicação de soberania sobre estes bens<sup>47</sup>. Seriam eles:

---

<sup>46</sup> KISS, Alexandre Charles. *Op. cit.*, p. 231, *in verbis*: “Cette notion d' intérêt commun de l' humanité est aussi de fondement du patrimoine commun de l' humanité et même on peut dire que ce patrimoine est la matérialisation de l' intérêt commun de l'humanité dans l'espace ou dans certaines ressources. En examinant les différents instruments qui créent le patrimoine commun de l'humanité dans différentes situations, on voit l' intérêt commun s'exprimer dans des règlers telles que celle qui precrit l'utilisation des ressources pour le bien de l'humanité en interdisant, notamment, les utilisations son pacifiques, celle qui préconise le partage équitable des bénéfices, celle qui prévoit la conservation des bines communs et des ressources pour l'avenir en introduisant les idées des gestion et d'utilisation rationnelle. Aucune des dispositions conventionnelles imposant des obligations aux Etats dans ces domaines n'a de contrepartie immédiate. Vu sous cet angle, le concept de patrimoine commun est dominé par l' idée du *trust*, la gestion dans l' intérêt d'autrui qui peut être la collectivité tout entière ou même la communauté internationale de l'avenir”.

<sup>47</sup> *Idem. Ibidem*, pp. 120 e 123, respectivamente *in verbis*: “Dès les débuts au droit international moderne, la haute mer, considerée comme inappropriable par son immensité même et comme devant être ouverte à tous les Etats à la compétence territoriale des Etats. Quant à sa nature juridique, une longue querelle doctrinale opposait les auteurs qui prétendaient qu'elle constituait un bien n'appartenant à personne, donc *res nullius*, et ceux qui y

a Antártica (Tratado da Antártica, artigo 4º, parágrafo 2º – 1959); o espectro das frequências radioelétricas; o espaço extra-atmosférico e os corpos celestes (Tratado sobre Princípios Reguladores das Atividades dos Estados na Exploração e Uso do Espaço Cósmico, inclusive a Lua e demais Corpos Celestes, artigo 2º – 1967); os elementos da biosfera (Declaração sobre o ambiente humano, artigo 2º – 1972); os fundos marinhos e seu subsolo (Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, artigo 135 – 1982).

O Patrimônio Comum da Humanidade ‘por afetação’ seria formado pelo patrimônio cultural e natural disciplinado pela “Convenção sobre a salvaguarda do patrimônio mundial, cultural e natural”, de 1972.

O conceito de afetação – a destinação de um bem a uma determinada função, comum ou especial – tem sua origem no direito interno dos Estados, em face da existência de bens especiais para uso público ou de um serviço público (“bens de uso especial”, tais como repartições públicas, universidades, etc), juntamente com outros destinados ao uso indistinto de todos (“bens de uso comum”, tais como os mares, ruas e outros) e outros bens próprios do Estado como objeto de direito real, não aplicados nem ao uso comum, nem ao uso especial, à moda de qualquer proprietário (“bens dominicais ou dominiais”, tais como terrenos ou terras em geral)<sup>48</sup>.

---

voyaient un bien commun à tous, *res communis*” e “Cette évolution ne paraît pas s'arrêter. Aussi bien pour la haute mer que pour l'espace extra-atmosphérique, certains éléments de ces biens reconnus comme *res communis* ont été proclamés ou sont devenus en fait des parties du patrimoine commun de l'humanité: grands fonds marins et leurs sous-sol, orbites privilégiées, Lune, etc, c' est-à-dire des biens où la réglementation internationale comprend aussi des éléments dépassant les règles de libre utilisation pour arriver au stade de la coordination de ces utilisations, voire à une ordre juridique visant à la conservation, donc à la gestion des biens communs. Ainsi, s'achemine-t-on de l'anarchie des *res nullius* à travers le libéralisme des *res communis* vers des conceptions communautaires prenant en compte les intérêts de toute l'humanité présente et aussi de celle de l'avenir”.

<sup>48</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 10ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 566-567.

O Patrimônio Comum da Humanidade ‘por afetação’ baseia-se na teoria do *dédoublement fonctionnel*, utilizada por Kiss, a qual justificaria a atitude da Sociedade Internacional que, carente de instituições, confiaria aos Estados a execução de serviços públicos internacionais, mediante o exercício da competência territorial sobre determinados bens. Esta teoria explicaria a existência de bens que integram o domínio público internacional e que continuariam sob a jurisdição dos Estados, ocasionada pela incompatibilidade fática entre domínio público internacional e soberania estatal<sup>49</sup>. Neste diapasão, o preâmbulo da Convenção de Paris de 1972 consagra a existência de bens que devem ser preservados por seu interesse excepcional para a toda Humanidade como se fosse seu patrimônio, todavia, considerando a soberania dos Estados nos quais se situem os bens do Patrimônio Mundial da Humanidade (artigo 6°).

O presente trabalho versará, nos moldes da ótica de Kiss, sobre o “Patrimônio Comum da Humanidade ‘por afetação’”, enfatizando a importância e os problemas que envolvem as ‘cidades-vivas’ que fazem parte da sua vertente cultural.

### 3.2 A proteção do Patrimônio Mundial da Humanidade.

A construção jurídica da proteção de um Patrimônio Mundial da Humanidade surgiu paulatinamente durante o decorrer dos séculos XIX e XX, por meio de diversos diplomas jurídicos internacionais que consagravam bens de

---

<sup>49</sup> KISS, Alexandre Charles. *Op. cit.*, pp. 127, *in verbis*: “Ainsi, le fait du *dédoublement fonctionnel* donne aux autorités constitutionnelles des Etats compétence pour être les agents de réalisation du droit international, que celui-ci soit de nature conventionnelle ou coutumière. Une partie du domaine public international est donc normalement gérée par les Etats territorialement compétents pour bénéfice de la communauté internationale. Il semble bien que la cohérence ultime de la théorie du domaine public international est assurée par celle du *dédoublement fonctionnel*, en tout cas en ce qui concerne les biens "affectés" à ce domaine mais se trouvant sous la juridiction d' Etats. En effet, comment expliquer cette juridiction, sinon comme étant, au moins en partie, une délégation de pouvoirs de la communauté internationale, chargeant des Etats déterminés de gérer certains biens, tout en laissant subsister leurs compétences pour le reste?”.

importância inafastável para a espécie humana. Neste ponto, restringir-se-á à evolução da proteção ao ambiente cultural<sup>50</sup>.

Como forma de primeira tentativa de proteção de um ambiente cultural, em 1899 e 1907, foram celebrados Convênios multilaterais em Haia (Holanda) que visavam à regulação da conduta de beligerantes em guerra terrestre, mediante a restrição ao ataque a objetos imunizados, entre os quais figuravam edifícios destinados a arte e monumentos históricos<sup>51</sup>. Estes bens perderiam sua imunidade caso se destinassem a fins militares. Da mesma forma, os monumentos históricos, museus, instituições científicas, artísticas, educacionais e culturais, como também as pessoas que nelas trabalhassem eram consideradas neutras, por força do artigo 1º do Convênio de Haia sobre o bombardeio naval<sup>52</sup>. Mesmo tendo como escopo a proteção da vida humana, as Convenções de Haia estatuíram uma proteção aos bens culturais em hipótese de guerra, sem prever qualquer proteção em tempos de paz.

Posteriormente, em 1949, celebrou-se a Convenção de Genebra relativa à proteção de pessoas civis em tempo de guerra, o qual outorgava proteção a bens móveis e imóveis que pertenciam a particulares ou ao Estado, salvo em extrema necessidade em face das manobras militares (artigo 53). Em 1977, o

---

<sup>50</sup> O histórico documental da proteção ao ambiente natural foi abordado em 3.1. *supra*.

<sup>51</sup> VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Tradução de Antonio Truyol y Serra. Madrid: Aguilar, 1957, p. 346, *in verbis* “Queda prohibido, además: (...) 2. Con ocasión del bombardeo, de suyo legítimo, de plazas defendidas, se adoptarán todas las precauciones necesarias para librar, en cuanto sea posible, los edificios destinados al culto, al arte, a la ciencia y a la beneficencia, así como los monumentos históricos, hospitales (...)”.

<sup>52</sup> *Idem. Ibidem*, p. 347.

Protocolo Adicional I outorgou, especificamente, a proteção aos bens culturais (artigo 53)<sup>53</sup>.

Na construção do conceito de Patrimônio Mundial da Humanidade em muito contribuíram, no campo cultural, a Carta de Atenas (1933) e a Carta de Veneza (1964), frutos de uma série de Congressos Internacionais de Arquitetura Moderna, instituídos sob a liderança do arquiteto Le Corbusier.

A Carta de Atenas tinha por objeto “a Cidade Funcional”, propositora de uma nova forma de viver, por meio da racionalidade na ocupação do solo. Desta forma, a cidade era dividida para atender às quatro necessidades humanas básicas: habitação, lazer, trabalho e circulação. Como um apêndice, nos itens 65 a 70, trata-se acerca do patrimônio histórico das cidades, salvaguardando-o, mas sempre ressaltando sua monumentalidade e seu valor histórico ou sentimental, e destacando que nem todo o passado deve ser preservado, apenas aquilo que constitua a expressão de uma cultura anterior e se corresponder a um interesse geral, sob pena de demolição em face da necessária submissão à funcionalidade da cidade<sup>54</sup>. Esta Carta tem relevância para o tema, pois devido a sua pretensão universal, constituiu-se importante diretriz das políticas urbanas do século XX.

Surgida após os horrores da Segunda Guerra Mundial e da destruição das cidades européias, a Carta de Veneza trata exclusivamente da conservação e restauração dos monumentos destruídos pelo conflito, retomando, assim, a atenção da Carta anterior em relação ao patrimônio histórico. Ela conceituou a conservação, a restauração e a documentação deste patrimônio.

---

<sup>53</sup> SWINARSKI, Christophe. *Introdução ao Direito Internacional Humanitário*. Brasília: Comitê Internacional da Cruz Vermelha – Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996, p. 42 e SILVA, Fernando Fernandes da. *Op. cit.*, p. 51.

<sup>54</sup> INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL (Brasil). *Op. cit.*, pp. 52-53.

Alguns pontos relevantes precisam ser ressaltados nesta Carta de Veneza: o primeiro, que se encontra nos considerandos, é a afirmação das obras monumentais como um patrimônio comum, inclusive se reportando às futuras gerações como uma clara origem ao princípio posteriormente formulado do Desenvolvimento Sustentável; o segundo, constituindo-se numa mudança de posição conceitual em relação à Carta de Atenas, é a concepção de monumento histórico “compreendendo a criação arquitetônica isolada, bem como o sítio urbano ou rural que dá testemunho de uma civilização particular (...)”, ou seja, engloba também o ambiente no qual o monumento se insere. Assim, não apenas as grandes criações seriam monumentos históricos, “mas também às obras modestas, que tenham adquirido, com o tempo, uma significação cultural” (artigo 1º). Este documento acabou com a concepção musealista do monumento histórico, pregando a revalorização dos monumentos com a possibilidade de uma nova destinação útil à sociedade (artigo 5º) em face das necessidades modernas e a preservação do entorno do ambiente (artigo 6º)<sup>55</sup>.

Os diplomas internacionais mencionados encontraram uma conjuntura propícia para a formulação de uma legislação internacional para a proteção de um “Patrimônio Mundial Cultural” após a criação da Organização das Nações Unidas para a educação, a ciência e a cultura (UNESCO)<sup>56</sup>, que tinha como objetivo zelar pelo “patrimônio universal de livros, obras de arte e outros monumentos de interesse histórico e científico” e recomendar “às nações interessadas a celebração de

---

<sup>55</sup> *Idem. Ibidem*, pp. 91-93.

<sup>56</sup> A UNESCO é uma organização internacional de caráter governamental vinculada à ONU, criada para promover a cooperação cultural e educacional entre os povos.

convenções internacionais necessárias” para a consecução de tal desiderato (artigo 1º, parágrafo 2º, item c)<sup>57</sup>.

Assim, advém a década de 1970 e na 17ª Conferência Geral da UNESCO, em Paris, adotou-se a Convenção sobre a salvaguarda do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, aprovada no âmbito interno brasileiro pelo Decreto Legislativo nº 74 (30/06/1977) e promulgada pelo Decreto nº 80.978 (12/12/1977). No âmbito internacional, esta Convenção está em vigor para o Brasil desde 02/12/1977, tendo sido feito o depósito do instrumento de aceitação junto ao Secretariado-geral da Unesco em 02/09/1977<sup>58</sup>.

### 3.2.1 *Noção e classificação do Patrimônio Mundial da Humanidade.*

Como breve introdução ao tema, urge, primeiramente, a contextualização da cultura como um dos Direitos Fundamentais da Humanidade e, em segundo lugar, há que se diferenciar que a noção do ambiente cultural é mais ampla que a de Patrimônio Mundial Cultural.

Os Direitos Fundamentais são pré-requisitos para a Humanidade viver dignamente, os quais estão reconhecidos no direito positivo. Suas características são a historicidade (mudam seu elenco de acordo com as condições históricas)<sup>59</sup>; a universalidade (reconhecimento a todos os seres humanos, indistintamente); limitabilidade (não são absolutos, pois podem sofrer limitações em razão de seu

---

<sup>57</sup> Ver UNESCO – United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization. *Convenção da Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura*. Disponível em: <<http://www.onuportugal.pt/unesco.doc>>. Acesso em: 02 fev 2003.

<sup>58</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2003, p. 463.

<sup>59</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait, 4ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 18.

choque com outros Direitos Fundamentais) e irrenunciabilidade (sua falta de exercício temporário não presume sua transferência a outrem)<sup>60</sup>.

Hodiernamente, podemos ver uma necessária inter-relação entre as “gerações” de Direitos Fundamentais<sup>61</sup>, não mais se justificando uma divisão interna desses direitos, pois, a partir da I Conferência Mundial de Direitos Humanos (Teerã, 1968) foi proclamada juridicamente a indivisibilidade dos Direitos Fundamentais, com sua reafirmação pela II Conferência Mundial dos Direitos Humanos como conceito fundamental para a preservação do avanço da validade dos mesmos. Em última análise, esta divisão resta inócua em face de todas as “gerações” voltarem-se para a defesa da dignidade humana e da dificuldade de estabelecimento de distinções claras entre estas gerações<sup>62</sup>.

O direito à cultura (o qual inclui a preservação do ambiente cultural), é considerado um dos Direitos Fundamentais do homem e assim é previsto no artigo 27 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e no preâmbulo da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986), entre outros atos internacionais<sup>63</sup>. Pela sua importância fundamental, e impossibilidade fática de proteção em toda sua inteireza, a Sociedade Internacional conjuntamente convencionou a proteção de uma parcela do ambiente cultural, a qual denominou Patrimônio Mundial Cultural.

---

<sup>60</sup> REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, pp. 37-38.

<sup>61</sup> Sobre a divisão clássica das gerações de direitos, ver THOMPSON J., José. “Contenido de los derechos humanos. Tipología”. In: *SERIE educación y derechos humanos*. 1 temas introductorios. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), 1996, p. 18-22.

<sup>62</sup> Sobre a indivisibilidade entre as gerações de Direitos Fundamentais da Humanidade e suas razões, ver LIMA JÚNIOR, Jayme Bevenuto. *Os direitos econômicos, sociais e culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 76-85 e SILVA, José Robson da. *Paradigma biocêntrico: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 125.

<sup>63</sup> Ver LIMA JÚNIOR, Jayme Bevenuto. *Op. cit.*, pp. 166 e 171.

Desta forma, observa-se que o Patrimônio Mundial Cultural é formado por um conjunto dos bens determinados pela Convenção de Paris de 1972, o que justifica a presença do substantivo *patrimônio* para designá-lo e toda a sua carga significativa do conceito de “propriedade” advindo do direito privado, que são tutelados no âmbito dos ordenamentos jurídicos internos e internacional, e, neste último, mais exatamente pela Convenção supracitada.

Já o ambiente cultural é formado pelo “conjunto de traços distintivos espirituais, materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade e um grupo social. Engloba, além das artes e das letras, os modos de vida, os Direitos Fundamentais do ser humano, os sistemas de valores, as tradições e as crenças”<sup>64</sup>.

O Patrimônio Mundial da Humanidade pode ser conceituado como o conjunto de bens listados que, por sua importância para os povos do mundo, merecem uma proteção especial, em âmbito interno e pela Sociedade Internacional, condizente com o interesse excepcional que despertam.

Anteriormente à Convenção de Paris, não existia um sistema que tutelasse um Patrimônio Mundial da Humanidade, cabendo a esse instrumento internacional este disciplinamento e a divisão de um Patrimônio Mundial em cultural e natural.

O Patrimônio Mundial Natural foi dividido, no artigo 2º, em: monumentos naturais (considerados esteticamente ou cientificamente); formações geológicas e fisiográficas que constituam o *habitat* de espécies animais ou vegetais ameaçadas, que possuem excepcional valor científico ou para conservação de

---

<sup>64</sup> Conceituação de cultura feita pela Declaração do México sobre políticas culturais do Conselho Internacional de Monumentos e Lugares de Interesse Artístico e Histórico (ICOMOS) de 1985, inserta em INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL (Brasil). *Op. cit.*, p. 272.

espécies; lugares notáveis naturais ou zonas naturais delimitadas (extraordinários do ponto de vista da ciência, conservação ou beleza natural).

Quanto ao Patrimônio Mundial Cultural, divide-se, de acordo com o artigo 1º da Convenção de Paris, em: monumentos, conjuntos e sítios (também chamados de lugares notáveis ou, ainda, sítios mistos).

O Patrimônio Mundial possui alguns bens, culturais e naturais, que estão situados no Brasil. Estes bens são inscritos com base em critérios presentes nas *Operational Guidelines for the Implementation of the World Heritage Convention*<sup>65</sup>, que funcionam como orientações na real implementação da Convenção de 1972. A parcela do Patrimônio Mundial que neste trabalho é relevante e que será abordada é a Cultural, com ênfase aos conjuntos.

### 3.2.2 O que são e quais são as Listas do Patrimônio Mundial.

Criadas pela Convenção de Paris, as listas do Patrimônio Mundial são os instrumentos internacionais pelo quais se institucionaliza a tutela aos bens do Patrimônio Cultural e Natural, determinando-os e, desta forma, possibilitando uma melhor formulação de soluções para sua proteção em nome de toda a Humanidade.

As listas são duas: a Lista do Patrimônio Mundial (artigo 11, parágrafo 2º) e a Lista do Patrimônio Mundial em Perigo (artigo 11, parágrafo 4º). Pode-se considerar também a Lista Indicativa<sup>66</sup>, que é um inventário de bens de reconhecido

---

<sup>65</sup> No transcorrer do trabalho as *Operational Guidelines for the Implementation of the World Heritage Convention*, traduzido livremente para o vernáculo como “Diretrizes Operacionais para a Implementação da Convenção do Patrimônio Mundial”, serão simplesmente tratadas por ‘Diretrizes’, seguindo o exemplo de SILVA, Fernando Fernandes da. *Op. cit.*, p. 84.

<sup>66</sup> Para mais detalhes acerca desta lista, ver: *Idem. Ibidem*, pp. 96-97.

valor universal excepcional, para inscrição na Lista do Patrimônio Mundial, dentro de um prazo de cinco a dez anos.

A Lista do Patrimônio Mundial visa à representação equilibrada de bens culturais e naturais de todas as áreas do planeta (universalidade); mas também limita a atuação do Comitê a um número determinado de bens, alertando o mundo para os perigos que ameaçam bens culturais de valor excepcional. Esta Lista também serve para divulgar ações internacionais para angariar fundos, identificando os bens que serão alvos destas campanhas<sup>67</sup>.

Já a Lista do Patrimônio Mundial em Perigo reúne os bens cuja salvaguarda necessita grandes trabalhos e que tenha sido pedida assistência para tanto, nos termos da Convenção de 1972 (artigo 11, parágrafo 4º), não constituindo essa inscrição numa sanção, mas numa constatação de uma condição cuja salvaguarda precisa ser mais efetiva e globalmente distribuída em face da escassez dos recursos dos componentes da Sociedade Internacional, sejam eles recursos financeiros ou técnicos. De acordo com as Diretrizes, parágrafos 83 e 84, os bens inscritos na Lista do Patrimônio Mundial podem ser inscritos na Lista do Patrimônio Mundial em Perigo em hipóteses de perigo comprovado ou perigo iminente<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> *Idem. Ibidem*, p. 92.

<sup>68</sup> Para os bens culturais (Diretrizes, parágrafo 83), os critérios para as hipóteses de *perigo comprovado* são: “grave deterioração do material; grave deterioração da estrutura e/ou das características ornamentais; grave deterioração da coerência arquitetônica ou urbanística; deterioração séria do espaço urbano ou rural ou do ambiente natural; perda significativa da autenticidade histórica; grave perda da importância cultural”. Já as hipóteses de *perigo iminente* são: “modificação da condição jurídica do bem de forma que diminua seu grau de proteção; carência de uma política de proteção; efeitos ameaçadores dos projetos de planejamento territorial; efeitos ameaçadores do planejamento urbano; eclosão ou ameaça de conflito armado; mudança progressiva devido a fatores geológicos, climáticos ou outros fatores ambientais”. A respeito de qualquer menção às Orientações, ver: UNESCO – United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization. *Operational Guidelines for the Implementation of the World Heritage Convention*. Disponível em: <<http://whc.unesco.org/nwhc/pages/doc/main.htm>>. Acesso em: 25 jul. 2002.

#### 4. O Patrimônio Mundial Cultural conforme a Convenção de 1972.

O Patrimônio Mundial Cultural, de acordo com a divisão presente no artigo 1º da Convenção de 1972, é dividido em:

a) monumentos, que são obras arquitetônicas, de escultura ou de pintura monumentais, elementos ou estruturas de natureza arqueológica, inscrições, cavernas e grupos de elementos que tenham valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência; b) os conjuntos, constituídos por grupos de construções isoladas ou reunidas que, em virtude de sua arquitetura, unidade ou integração na paisagem, tenham um valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência; c) os sítios (*ou lugares notáveis, ou sítios mistos*), formados por obras do homem ou obras conjugadas do homem e da natureza, bem como as zonas, inclusive lugares arqueológicos, que tenham valor universal excepcional do ponto de vista histórico, estético, etnológico ou antropológico.

Para justificar a inclusão de um bem cultural na Lista do Patrimônio Mundial, esse bem precisa possuir algumas características. Estas estão arroladas no parágrafo 24 das Diretrizes. São elas<sup>69</sup>:

a. (i) representar uma criação extraordinária do gênio humano; (ii) exibir um importante intercâmbio de valores humanos, que predominou durante certo tempo em uma área cultural do mundo, no desenvolvimento da arquitetura ou tecnologia, artes monumentais, planejamento de cidades ou características de desenho; (iii) carregar um testemunho único ou excepcional de uma tradição cultural ou de uma civilização que ainda vive ou que já desapareceu; (iv) ser um exemplo extraordinário de um tipo de construção ou de conjunto de tecnologias arquitetônicas ou características que ilustram um significativo estágio na história humana; (v) ser um exemplo extraordinário de uso da terra representativo de cultura(s), especialmente quando esta(s) torna(m)-se vulneráveis sob o impacto de mudanças irreversíveis; (vi) ou ser diretamente associado com eventos ou tradições vivas, com idéia e significado (o Comitê considera que este

---

<sup>69</sup> De acordo com o parágrafo 24, alínea “a” das Diretrizes: “i. represent a masterpiece of human creative genius; or ii. exhibit an important interchange of human values, over a span of time or within a cultural area of the world, on developments in architecture or technology, monumental arts, town-planning or landscape design; or iii. bear a unique or at least exceptional testimony to a cultural tradition or to a civilization which is living or which has disappeared; or iv. be an outstanding example of a type of building or architectural or technological ensemble or landscape which illustrates (a) significant stage(s) in human history; or v. be an outstanding example of a traditional human settlement or land-use which is representative of a culture (or cultures), especially when it has become vulnerable under the impact of irreversible change; or vi. be directly or tangibly associated with events or living traditions, with ideas, or with beliefs, with artistic and literary works of outstanding universal significance (the Committee considers that this criterion should justify inclusion in the List only in exceptional circumstances and in conjunction with other criteria cultural or natural)”. De acordo com a alínea “b”, i. “meet the test of authenticity in design, material, workmanship or setting and in the case of cultural landscapes their distinctive character and components(...); ii. have adequate legal and/or traditional protection and management mechanisms to ensure the conservation of the nominated cultural properties or cultural landscapes(...)”.

critério deve justificar a inclusão na lista apenas em circunstâncias excepcionais e conjugado com outros critérios culturais). Bem como “b. (i) passar no teste de autenticidade quanto ao modelo, material, artesanato ou ambiente e no caso de características culturais, seus caracteres e componentes distintivos (...) e (ii) ter adequada proteção legal e/ou tradicional e mecanismos de gerenciamento para garantir a conservação das propriedades culturais ou sítios culturais indicados (...).

Os bens culturais inscritos na Lista do Patrimônio Mundial podem ter sua inclusão justificada em consonância com uma ou mais das características acima mencionadas, na letra “a”.

Os critérios mencionados para escolha dos bens componentes do Patrimônio Mundial Cultural garantem a representatividade e a seletividade como características do Patrimônio. A representatividade é a escolha de bens quantitativamente eqüitativa por todas as áreas geográficas do mundo, e a seletividade é escolha dos bens mais representativos do valor universal excepcional da cultura de cada região do globo<sup>70</sup>.

Quanto à autenticidade dos bens (letra b. “i”), alguns comentários devem ser tecidos. Este critério, nos moldes erigidos pela Convenção de Paris, privilegia o aspecto exterior do bem, dentro de uma concepção européia do conceito, desprezando bens construídos em materiais frágeis.

A partir da década de 1990, com a exigência de testes de autenticidade como condição para a inscrição de bens no Patrimônio Mundial, a atenção internacional para a noção de autenticidade aumentou por força da posição japonesa acerca desse conceito que, em razão de sua cultura, caracterizar-se-ia pela transmissão das técnicas arquitetônicas de construção com materiais originais, em razão das estruturas arquitetônicas japonesas serem formadas por materiais perecíveis, tais como madeira e adobe. Esta posição japonesa resultou na

---

<sup>70</sup> SILVA, Fernando Fernandes da. *Op. cit.*, p. 94.

Conferência sobre autenticidade em relação à Convenção do Patrimônio Mundial, que foi uma reunião de especialistas em autenticidade ocorrida em Nara (Japão – 1994), e que consagrou a pluralidade de valores existentes na cultura mundial (artigos 5º e 6º), reconhecendo os novos aspectos do Patrimônio Mundial e a necessidade de revisão de suas políticas de preservação em um contexto internacionalmente mais amplo, gerado pela expansão do Patrimônio Mundial<sup>71</sup>.

Para Jokilehto, a autenticidade deve ser encarada sob três aspectos: o criativo, o legal e o cultural. O aspecto criativo se refere à qualidade do bem e seu aspecto inovador; o aspecto legal se expressa na verificação da veracidade de um bem; e o aspecto cultural diz respeito ao significado do bem no contexto de uma comunidade. A avaliação da autenticidade de um bem deve considerar todos os parâmetros conjuntamente, sendo insuficiente apenas um destes parâmetros na avaliação da autenticidade de um bem cultural<sup>72</sup>.

A seguir, tratar-se-á a respeito das categorias do Patrimônio Mundial Cultural, presentes no artigo 1º da Convenção de Paris, atentando-se para o grupo dos Conjuntos por serem nestes onde a questão do Desenvolvimento Sustentável em matéria do ambiente cultural aparece de forma mais acentuada, por causa da presença dentro desse grupo de ‘cidades-vivas’.

#### 4.1 Os monumentos.

A inclusão de uma categoria de bens culturais protegidos como Patrimônio Mundial sob o epíteto de “monumentos” só veio consagrar a clássica noção de bem cultural excepcionalmente relevante e, por isso, merecedor de

---

<sup>71</sup> INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL (Brasil). *Op. cit.*, pp 319-322.

<sup>72</sup> JOKILEHTO, Jukka. “Conceitos e idéias sobre conservação”. In: ZANCHETI, Sílvio (Org.). *Op. cit.*, p. 16.

proteção por parte do Estado e, por conseqüência, da Sociedade internacionalmente organizada.

Na Convenção de Paris, os monumentos são definidos como “obras arquitetônicas, de escultura ou de pintura monumentais, elementos ou estruturas de natureza arqueológica, inscrições, cavernas e grupos de elementos que tenham um valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência”<sup>73</sup>.

Os monumentos e a importância de sua proteção formam a origem da preocupação da Humanidade em salvaguardar seus bens culturais<sup>74</sup>. Este cuidado evoluiu para o resguardo de sítios e conjuntos de bens culturais. Por opções metodológicas, não se tecerá maiores comentários acerca desta categoria de bens culturais integrantes do Patrimônio Mundial da Humanidade.

#### 4.2 Os sítios.

Também chamados de lugares notáveis, paisagens culturais, bens mistos ou sítios mistos, representam o trabalho combinado da natureza e do homem. Consoante as Diretrizes, estes sítios “envolvem uma diversidade de manifestações da interação entre a Humanidade e o ambiente natural” e “ilustram a evolução da sociedade humana e sua ação durante o tempo, sob a influência de limitações físicas e/ou oportunidades apresentadas pelo ambiente natural e por forças sociais, econômicas e culturais, internas e externas”<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL (Brasil). *Op. cit.*, p. 178.

<sup>74</sup> A origem da proteção internacional aos bens culturais foi anteriormente abordada em 3.2, *supra*.

<sup>75</sup> Parágrafos 36 e 37 das Diretrizes.

A importância prática da proteção aos sítios foi consagrada pelo parágrafo 38 das Diretrizes, o qual afirma serem os sítios importantes para o surgimento de formas modernas de Desenvolvimento Sustentável baseadas nas relações tradicionais carregadas de uma relação espiritual para com o ambiente natural<sup>76</sup>.

Os sítios podem ser divididos em três categorias: a) os criados intencionalmente pelo homem, por razões estéticas ou religiosas; b) os sítios que resultam de imperativos iniciais de natureza diversa e que tem desenvolvido sua presente forma pela associação e em resposta ao seu ambiente natural. São divididos em duas sub-categorias: (i) sítio fóssil, aquele em que um processo evolucionário chegou ao fim no passado de forma abrupta ou após um tempo. Suas características distintivas são, entretanto, ainda visíveis na forma material; (ii) sítio duradouro, aquele que conserva um papel social ativo na sociedade contemporânea, mas ainda exibe evidência material significativa de sua evolução no tempo; c) sítio cultural associativo, no qual estão presentes uma poderosa associação religiosa, artística ou cultural dos elementos naturais ou uma evidência cultural material, que pode até ser insignificante ou ausente<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup> “38. Cultural landscapes often reflect specific techniques of sustainable land-use, considering the characteristics and limits of the natural environment they are established in, and a specific spiritual relation to nature. Protection of cultural landscapes can contribute to modern techniques of sustainable land-use and can maintain or enhance natural values in the landscape. The continued existence of traditional forms of land-use supports biological diversity in many regions of the world. The protection of traditional cultural landscapes is therefore helpful in maintaining biological diversity”.

<sup>77</sup> O parágrafo 39 das Diretrizes dispõe, *in verbis*:

“39. Cultural landscapes fall into three main categories, namely:

- i. The most easily identifiable is the clearly defined landscape designed and created intentionally by man. This embraces garden and parkland landscapes constructed for aesthetic reasons which are often (but not always) associated with religious or other monumental buildings and ensembles.
- ii. The second category is the organically evolved landscape. This results from an initial social, economic, administrative, and/or religious imperative and has developed its present form by association with and in response to its natural environment. Such landscapes reflect that process of evolution in their form and component features. They fall into two sub-categories:

### 4.3 Os conjuntos<sup>78</sup>.

Os Conjuntos são locais que agregam bens culturais considerados de maior valor ao lado de outros de menor expressão. Nestes, o que se procura preservar é a totalidade do local de manifestação e habitação humana, em consonância com a Carta de Veneza, que pregava a proteção da criação arquitetônica e do ambiente no qual ela se insere. São divididos em: “cidades mortas”, “cidades históricas vivas” e “cidades novas do século XX”.

As “cidades mortas” são antigas cidades que não possuem vida contemporânea e que já foram habitadas por civilizações desaparecidas, nelas existindo vestígios arqueológicos relevantes de sua cultura, a exemplo das cidades de Machupichu (Peru) e Timgad (Argélia).

As “cidades históricas vivas” ainda possuem existência e atuação contemporânea, não tendo perdido os traços distintivos de sua antiga civilização.

“As cidades novas do século XX” é uma categoria que foi inserida no contexto do Patrimônio Mundial Cultural a partir da inscrição do conjunto urbanístico da cidade de Brasília na Lista do Patrimônio Mundial.

- 
- a relict (or fossil) landscape is one in which an evolutionary process came to an end at some time in the past, either abruptly or over a period. Its significant distinguishing features are, however, still visible in material form.
  - a continuing landscape is one which retains an active social role in contemporary society closely associated with the traditional way of life, and in which the evolutionary process is still in progress. At the same time it exhibits significant material evidence of its evolution over time.
  - iii. The final category is the associative cultural landscape. The inclusion of such landscapes on the World Heritage List is justifiable by virtue of the powerful religious, artistic or cultural associations of the natural element rather than material cultural evidence, which may be insignificant or even absent.”

<sup>78</sup> Para maiores detalhes sobre os Conjuntos, ver Diretrizes, parágrafos 26 a 34.

Estas duas últimas espécies dos Conjuntos, as “cidades históricas vivas” e as “cidades novas do século XX”, constituem o que se chamará de ‘cidades-vivas’ em face de sua capacidade ainda existente de desenvolvimento, estando mais suscetíveis às vicissitudes da vida moderna e à maior possibilidade de degradação<sup>79</sup>. Assim, portanto, constituem o objeto do próximo capítulo.

##### *5. As ‘cidades-vivas’ e sua proteção consoante princípios protetores modernos.*

A proteção das ‘cidades-vivas’, nos moldes em que foram previstas na Convenção de Paris, é fruto de uma evolução do pensamento humano através da história. O pensamento acerca da proteção de um Patrimônio Cultural seja ele mundial, nacional ou local, teve seu início norteado pela idéia de excepcionalidade<sup>80</sup>, o que já se constituía uma modificação em relação às sociedades tradicionais, nas quais os objetos eram reconhecidos principalmente em relação à sua função e não a um valor histórico ou a uma personalidade artística ou cultural específica<sup>81</sup>.

Há que se considerar que o período de elaboração da Convenção de Paris foi marcado pelas memórias da Segunda Grande Guerra, bem como pelos graves prejuízos que a guerra causou às cidades antiqüíssimas da Europa. Isso pode justificar a tendência eurocêntrica daquela Carta<sup>82</sup>. Alguns institutos e conceitos foram instituídos baseados na experiência européia de conservação, tais como: um sistema de proteção baseado em listas; a idéia de “valor de grupo”, que visava à proteção de um conjunto de edificações históricas menos importantes

---

<sup>79</sup> O critério da excepcionalidade dos bens culturais como pré-requisito para sua proteção foi abordado na introdução à Parte I, *supra*.

<sup>80</sup> De acordo com a introdução à Parte I, *supra*.

<sup>81</sup> JOKILEHTO, Jukka. *Op. cit.*, p. 12.

<sup>82</sup> Para maiores detalhes sobre a influência do pensamento europeu na elaboração da Carta de Paris e das conseqüências advindas da adoção deste pensamento, ver 4, *supra*.

arquiteturalmente, mas que contribuíam para a completude de áreas históricas (legislação inglesa); a integração do desenvolvimento moderno com o ambiente histórico, a proteção especial à paisagem circundante, e a criação do conceito de centro histórico, que inicialmente se restringia ao centro real da cidade e depois se referia a qualquer parte da cidade com significado histórico (legislação italiana)<sup>83</sup>.

Neste capítulo tratar-se-á sobre as ‘cidades-vivas’ integrantes da Convenção de Paris de 1972, abordando os dois princípios que modernamente norteiam a proteção do patrimônio cultural de todo o planeta (o Desenvolvimento Sustentável e a Conservação Integrada) e sua influência sobre aquelas cidades, bem como a experiência brasileira de proteção a suas ‘cidades-vivas’.

### *5.1 Desenvolvimento urbano e a preservação do sítio protegido.*

Após a Segunda Grande Guerra, o mundo desenvolveu-se e criou dois grandes blocos de países contrapostos, conforme seu grau de desenvolvimento e sua ação depredadora do ambiente natural: os Estados de bem-estar social desenvolvidos (maiores consumidores dos recursos naturais) e os países em desenvolvimento (que lutavam, e ainda lutam, com problemas de crescimento, falta de infra-estrutura e conflitos gerados por desigualdades sócio-econômico-culturais).

A necessidade imperiosa de uma solução para o consumo crescente dos bens naturais do globo fez surgir algumas noções que foram sintetizadas com o advento do conceito de “Desenvolvimento Sustentável”. Quatro noções têm uma importância fundamental: a de desenvolvimento (na qual se busca a equalização

---

<sup>83</sup> *Idem. Ibidem*, p. 15.

entre riqueza e sua distribuição justa); a de necessidade (que indica o que seria indispensável para as pessoas no tempo e no espaço); a de preservação da natureza (gerada pela descoberta da capacidade de regeneração limitada da natureza em face do crescimento econômico e populacional dos países); e a de transmissão de riqueza (a conscientização pela geração atual da importância de legar para às gerações vindouras um padrão de riqueza de valores semelhante ao atual)<sup>84</sup>.

O relatório de Brundtland (1987) foi o documento que melhor sintetizou o conceito de Desenvolvimento Sustentável, ao conceituá-lo como “*aquela que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades*”<sup>85</sup>. Duas características que são fundamentais neste conceito: o Desenvolvimento Sustentável constitui-se numa busca ou um processo multidimensional, no qual não é possível assegurar um final definido nem uma mensuração; e, que o Desenvolvimento Sustentável deve ser alcançado por toda a comunidade de países do globo, não sendo suficiente a busca deste tipo de desenvolvimento por apenas um país, pois os problemas ambientais são planetários, não podendo ser divididos por nacionalidade<sup>86</sup>.

Neste diapasão, vê-se a introdução do novo conceito de “riqueza ambiental” como núcleo da sustentabilidade, o qual afasta a nomenclatura técnico-econômica da natureza como “recurso natural”<sup>87</sup>, e que tem como características a

---

<sup>84</sup> ZANCHETI, Sílvia Mendes. “O Desenvolvimento Sustentável urbano”. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Gestão do Patrimônio Cultural Integrado*. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2002, p. 81.

<sup>85</sup> COMISSÃO MUNDIAL SOBRE O MEIO AMBIENTE E O DESENVOLVIMENTO. “Nosso Futuro Comum”. *Informe Brundtland*. Rio de Janeiro: FGV, 1991, 46.

<sup>86</sup> ZANCHETI, Sílvia Mendes. “O valor econômico total dos bens patrimoniais e ambientais”. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Gestão do Patrimônio Cultural Integrado*. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2002, p. 72.

<sup>87</sup> DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 70.

não-substituição no tempo; a incerteza quanto à duração e quanto à qualidade; a irreversibilidade das ações que atuam sobre ela; e a eqüidade no seu trato<sup>88</sup>.

Como complemento ao conceito de Desenvolvimento Sustentável, que surgiu visando ao ambiente natural e à possibilidade de esgotamento de seu substrato, apareceu o conceito de “Desenvolvimento Culturalmente Sustentável”, que é inspirado por valores, ideais e padrões estéticos partilhados pela comunidade. Este conceito é norteado pelos princípios da diversidade cultural e pela aceitação da mudança sustentável ao longo do tempo<sup>89</sup>, que se reflete, como exemplo, nos novos usos de edificações antigas, com a superação da musealização do Patrimônio Cultural e o princípio da revalorização<sup>90</sup>.

Juntamente ao Desenvolvimento Sustentável, o conceito de Conservação Integrada se mostra muito importante na gestão do Patrimônio Mundial Cultural como forma de traçar os parâmetros mais adequados para a proteção dos bens culturais. As ‘cidades-vivas’ são as que merecem maior atenção por atuarem em seu bojo diversos agentes degradadores, tais como poluição (em todas as suas modalidades), usos indevidos, etc<sup>91</sup>.

O conceito de Conservação Integrada teve sua experiência pioneira na cidade de Bolonha (Itália), no final da década de 1960, por obra da administração do Partido Comunista que recuperou a estrutura física, econômica e social da cidade, mantendo os antigos moradores nas áreas recuperadas. Todavia, o conceito só foi

---

<sup>88</sup> ZANCHETTI, Silvio Mendes. *Op. cit.*, p. 72.

<sup>89</sup> JOKILEHTO, Jukka. *Op. cit.*, p. 16.

<sup>90</sup> Os conceitos de musealização e de revalorização do Patrimônio Cultural foram abordados na introdução à parte I, *supra*.

<sup>91</sup> Para mais detalhes acerca dos diferentes agentes degradadores do patrimônio cultural, ver em 0.2, *supra*.

definido e divulgado na Carta Européia da Herança Arquitetural (setembro de 1975) e, depois, na Declaração de Amsterdã (outubro de 1975)<sup>92</sup>.

A Conservação Integrada visa à aplicação de técnicas sensíveis de restauração por meio da escolha de funções adequadas para as edificações a serem protegidas. Esta Conservação deve ser norteadada por um sentimento de justiça social, não gerando a expulsão dos habitantes mais pobres. Todavia, a Conservação Integrada não extirpa a introdução de elementos da moderna arquitetura em áreas contendo edificações antigas, apenas devendo-se respeitar o contexto existente e obrigatoriamente utilizando-se materiais tradicionais<sup>93</sup>.

Nos anos de 1980 e 1990, abandonou-se a proposta de fundo social desse tipo de conservação e começou-se a encará-la como forma de recuperação econômica de áreas urbanas centrais deprimidas ou obsoletas, restaurando seu valor imobiliário. Assim, como forma de política “neoliberal”, a Conservação Integrada era um instrumento de investimentos privados internacionais. Esta tendência economicista da Conservação Integrada fez surgir *main streets* recuperadas e *shopping centers* no centro de cidades, incrementando a economia local e acarretando um declínio social causado pela expulsão dos antigos habitantes e pequenos negociantes<sup>94</sup>.

A esse processo de substituição de uma população de classe mais baixa que ocupa uma área histórica urbana, por outra de classe mais alta, causada

---

<sup>92</sup> JOKILEHTO, Jukka. *Op. cit.*, p. 15.

<sup>93</sup> *Idem. Ibidem*, p. 16.

<sup>94</sup> LAPA, Tomás; ZANCHETTI, Sílvio. *Op. cit.*, p. 31.

pela valorização imobiliária dessa área, deteriorada e obsoleta, que foi objeto de uma revitalização com a reforma das edificações, é chamado de “Gentrificação”<sup>95</sup>.

Um dos grandes desafios na proteção das ‘cidades-vivas’ integrantes do Patrimônio Mundial da Humanidade é assegurar a possibilidade de permanência de seus habitantes através da conservação das opções e da qualidade às mesmas. Neste sentido, torna-se imperiosa a verificação das formas de ‘cidades-vivas’ contempladas na Convenção de Paris de 1972.

## 5.2 As ‘cidades-vivas’, dentro do contexto da Convenção de Paris de 1972.

As ‘cidades-vivas’ presentes da Convenção de Paris representam a principal base material na qual acontece o choque entre a preservação das culturas mundiais e o necessário desenvolvimento da Humanidade em toda sua plenitude. Esta aparente contraposição remete aos conceitos de Desenvolvimento Sustentável e conservação integrada<sup>96</sup>, na medida em que estas formulações aparecem como estratégias ou caminhos para uma amenização, pois a solução não se apresenta definitiva, dos malefícios causados pelo inafastável ímpeto humano por mudanças.

De acordo com a Convenção de Paris de 1972, as ‘cidades-vivas’ podem ser divididas da seguinte forma<sup>97</sup>: “cidades históricas vivas” e “cidades novas do século XX”.

---

<sup>95</sup> MONTEIRO, Circe Maria Gama. “Revitalização, habitação em áreas históricas e a questão da gentrificação”. In: ZANCHETI, Sílvia (Org.). *Gestão do Patrimônio Cultural Integrado*. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2002, p. 288.

<sup>96</sup> Conceitos anteriormente tratados em 5.1, *supra*.

<sup>97</sup> Parágrafo 27 das Diretrizes, *in verbis*: “27. Groups of urban buildings eligible for inclusion in the World Heritage List fall into three main categories, namely:

As “cidades históricas vivas” ainda apresentam uma atividade contemporânea em seu bojo, pois ainda são habitadas e, portanto, têm se desenvolvido e continuarão a se desenvolver sob a influência de mudanças sócio-econômico-culturais. Em diversos casos, sua estrutura foi seriamente afetada pelo advento da era industrial e pela velocidade desenfreada em que suas cercanias foram urbanizadas. Para sua inclusão na Lista do Patrimônio Mundial, considera-se principalmente o interesse arquitetônico de sua estrutura para a cultura mundial e não apenas o papel histórico que tenham desempenhado no passado.

Apresentam-se em quatro categorias<sup>98</sup>: a) cidades típicas de uma era ou cultura, hodiernamente preservadas em quase sua totalidade em face do desenvolvimento posterior. Neste caso, deve ser protegida não só a cidade, como também o seu entorno (ex: Ouro Preto, em Minas Gerais e Shibân, no Yêmen); b) cidades que em sua evolução tenham mantido suas linhas características e preservado suas estruturas típicas dos sucessivos estágios de sua história,

- 
- i. *Omissis*;
  - ii. historic towns which are still inhabited and which, by their very nature, have developed and will continue to develop under the influence of socio-economic and cultural change, a situation that renders the assessment of their authenticity more difficult and any conservation policy more problematical;
  - iii. new towns of the twentieth century which paradoxically have something in common with both the aforementioned categories: while their original urban organization is clearly recognizable and their authenticity is undeniable, their future is unclear because their development is largely uncontrollable.”

<sup>98</sup> SILVA, Fernando Fernandes da. *Op. cit.*, p. 89 e Diretrizes, parágrafo 29, *in verbis*:

29. “*Omissis*.

- i. Towns which are typical of a specific period or culture, which have been almost wholly preserved and which have remained largely unaffected by subsequent developments. Here the property to be listed is the entire town together with its surroundings, which must also be protected;
- ii. Towns that have evolved along characteristic lines and have preserved, sometimes in the midst of exceptional natural surroundings, spatial arrangements and structures that are typical of the successive stages in their history. Here the clearly defined historic part takes precedence over the contemporary environment;
- iii. "Historic centres" that cover exactly the same area as ancient towns and are now enclosed within modern cities. Here it is necessary to determine the precise limits of the property in its widest historical dimensions and to make appropriate provision for its immediate surroundings;
- iv. Sectors, areas or isolated units which, even in the residual state in which they have survived, provide coherent evidence of the character of a historic town which has disappeared. In such cases surviving areas and buildings should bear sufficient testimony to the former whole.”

apresentando uma delimitação clara entre a parte histórica e a parte contemporânea (ex: Berna – Suíça, Cuzco – Peru e Split – Croácia); c) “centros históricos” que se estendem sobre a mesma área que as cidades antigas e que agora são cercados por uma cidade moderna (Damasco – Síria e Medina de Tunis – Tunísia); d) setores, áreas ou unidades isoladas que ainda contêm um bom número de evidências coerentes dos caracteres de uma cidade histórica desaparecida, apesar do estado residual em que se apresentam atualmente. Nesse caso, as áreas e edificações restantes devem realmente indicar o formato completo do conjunto (ex: Cairo Islâmico – Egito e o bairro de Bryggen, na cidade de Bergen – Noruega).

A outra categoria de ‘cidades-vivas’ contemplada pela Convenção de Paris é a das “cidades novas do século XX”, as quais, paradoxalmente, possuem algo em comum às demais categorias dos Conjuntos protegidos pela Convenção, apresentando uma organização urbana original claramente reconhecível. Sua autenticidade é inegável, porém seu futuro é incerto porque seu desenvolvimento é, na maioria das vezes, incontrolável. Este grupo foi introduzido a partir da inscrição da cidade de Brasília na Lista do Patrimônio Mundial, na qual foram aplicados em sua estrutura urbana os princípios diretores do planejamento urbano ditados pela Carta de Atenas (1933)<sup>99</sup>. Esta categoria de ‘cidades-vivas’ não constava nos projetos da Convenção de 1972<sup>100</sup>.

Três razões foram expostas por Pressouyre para a não inclusão de obras arquitetônicas do século XX no Patrimônio Mundial: a) o valor acrescido após a inclusão na Lista do Patrimônio Mundial de alguns trabalhos de arquitetos, pintores, escultores ou outros artistas contemporâneos enfraqueceria a credibilidade

---

<sup>99</sup> UNESCO – United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization. *Patrimônio Mundial no Brasil*. Brasília: UNESCO, 2000, p. 26 e 207.

<sup>100</sup> SILVA, Fernando Fernandes da. *Op. cit.*, pp. 89-90.

da Convenção; b) o trabalho de grandes arquitetos contemporâneos é internacional, cada um deles tem trabalhado em lugares por todo o mundo. Estabelecer uma lista representativa da arquitetura do século XX dificultaria o respeito ao equilíbrio nacional e regional o qual a Convenção deveria decididamente levar em consideração; c) a falta de perspectiva própria não permite um julgamento totalmente imparcial da representatividade de trabalhos arquitetônicos contemporâneos, que notoriamente nem sempre são sinônimo de qualidade<sup>101</sup>.

A importância das cidades novas do século XX mostra-se na medida em que, hipoteticamente, tenham sido criadas para servir como exemplo de planejamento urbano contemporâneo, em face dos requisitos modernos da Conservação Integrada e do Desenvolvimento Sustentável. Dentro destas categorias, encontram-se algumas cidades brasileiras. Vejam-se, a seguir, alguns aspectos sócio-jurídicos de sua condição atual, no plano interno brasileiro.

### 5.3 A proteção jurídica interna das “cidades-patrimônio” brasileiras.

Um ponto importante a ser considerado é a existência obrigatória de uma proteção jurídica, em âmbito interno, nos países em que se situem os bens constantes na Lista do Patrimônio Mundial, consoante o artigo 5º da Convenção de Paris. O artigo mencionado prevê, entre outras medidas, que os Estados-parte adotem políticas que visem dar ao Patrimônio Mundial funções na vida da

---

<sup>101</sup> PRESSOUYRE, Leon. *Op. cit.*, p. 26, *in verbis*: “The value increased ensuing the inclusion of one the works of a contemporary architect, painter, sculptor or other artist on the World Heritage List would undermine the Convention’s credibility; The work of great contemporary architects is international, each of them has worked on sites all over the world. In establishing a representative list of 20th-century architecture it would be difficult to respect the national and regional balance which the Convention should decidedly take into consideration; The lack of proper perspective does not permit a totally impartial judgment of the representativeness of contemporary works of architecture, notoriety not always being synonymous of quality”.

comunidade e integrar a proteção desse patrimônio nos programas de planejamento geral, bem como criar “as medidas jurídicas, científicas, técnicas, administrativas e financeiras adequadas para a identificação, proteção, conservação, valorização e reabilitação desse patrimônio”.

No presente trabalho, trata-se da integração social e proteção estatal brasileira às ‘cidades-vivas’ inseridas do território nacional. São elas: Ouro Preto/MG, Olinda/PE, Salvador/BA, Brasília/DF, São Luís/MA, Diamantina/MG e Cidade de Goiás/GO. O santuário de Bom Jesus de Matozinhos é incrustado na paisagem urbana de Congonhas do Campo/MG<sup>102</sup>.

Neste ponto, convém traçar um breve histórico da proteção ao ambiente cultural no ordenamento brasileiro até a Constituição brasileira de 1988 e o atual tratamento jurídico do ambiente cultural. Outrossim, é importante mostrar algumas questões sociais acerca das ‘cidades-vivas’ situadas no país e que são parte do Patrimônio Mundial.

No período imperial brasileiro, não existiram ações efetivas em defesa de um patrimônio cultural pátrio, o que só viria com as Constituições de 1934 e 1937, quando se estabeleceu uma proteção estatal aos monumentos históricos e cenários naturais belos, estreitando o até então ilimitado direito de propriedade no Direito brasileiro. Nesta esteira, adveio o Decreto-lei nº 25 de 1937, que instituiu o mais importante instituto jurídico brasileiro de proteção ao ambiente cultural: o tombamento. Esta norma ainda hoje rege a matéria na esfera federal brasileira. Como a maioria dos documentos que regem a matéria na época de sua criação,

---

<sup>102</sup> Para mais informações acerca das ‘cidades-vivas’ que se situam no território brasileiro, ver TIRAPELI, Percival. *Conhecendo os Patrimônios da Humanidade no Brasil*. São Paulo: Metalivros, 2001, pp. 46-94 e UNESCO – United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization. *Patrimônio Mundial no Brasil*. Brasília: UNESCO, 2000, pp. 92-207.

seguia os pensamentos dirigentes da Carta de Atenas, e, assim, o mencionado Decreto-lei adotou o conceito da “excepcionalidade” (artigo 1º) do valor cultural do bem como pressuposto para sua preservação. Esta norma, conjuntamente com a falta de um conceito definitivo de patrimônio cultural, prejudicou a preservação de edificações de menor valor arquitetônico ou ligadas historicamente a classes sociais menos favorecidas<sup>103</sup>.

Com a promulgação da Constituição de 1988, em seu artigo 216, cessou o descompasso técnico-jurídico de nossa legislação em relação à vanguarda dos conceitos internacionais acerca do ambiente cultural e, por conseqüência, dos conceitos sobre o Patrimônio Mundial Cultural<sup>104</sup>. A Carta Maior estatuiu o conceito de “patrimônio cultural”, desvinculando-o definitivamente do critério da excepcionalidade e abraçando uma perspectiva de “valor histórico” ou que seja representativo da nacionalidade brasileira<sup>105</sup>, protegendo bens isolados ou em conjunto.

Uma importante ressalva a ser feita é a consagração da colaboração da sociedade na proteção do patrimônio cultural brasileiro pela Carta Magna atual, no § 1º do artigo 216, reconhecendo a importância da participação da comunidade que, no caso das ‘cidades-vivas’, habita o bem protegido. Em muitos casos, esta comunidade é o ente mais indicado para fazer a prova do valor cultural de um bem ao invés de laudos técnicos de órgãos que não vivenciam o dia-a-dia de uma cidade

---

<sup>103</sup> RODRIGUES, José Eduardo Ramos. *Op. cit.*, pp. 27-30.

<sup>104</sup> Quanto aos avanços da legislação brasileira em relação a seu patrimônio cultural, ver RODRIGUES, José Eduardo Ramos. “Patrimônio cultural: análise de alguns aspectos polêmicos”. *Revista de direito ambiental*, n° 21. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 177-185.

<sup>105</sup> RICHTER, Rui Arno. *Meio ambiente cultural: omissão do estado e tutela judicial*. 1ª edição, 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2003, p. 15.

protegida<sup>106</sup>. Desta forma, o ordenamento jurídico brasileiro aproximou-se do princípio da “Conservação Integrada”, aproximando-se da comunidade do local protegido.

Neste sentido, foi promulgado o “Estatuto da Cidade” (Lei nº 10.257/2001), que dita regras gerais a respeito do desenvolvimento urbano com o fito de garantir o bem-estar de seus habitantes, regulando os artigos 182 e 183 da Constituição Federal. Aquela Lei dispõe ter como diretrizes gerais, entre outras: a garantia do direito a cidades sustentáveis; a gestão democrática do desenvolvimento urbano; e a proteção, preservação e recuperação do ambiente urbano natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico (artigo 2º). Observa-se, desta forma, a clara adequação desta norma aos princípios do Desenvolvimento Sustentável e da Conservação Integrada.

Outro avanço conceitual relevante trazido pela Constituição brasileira de 1988 foi a adoção de outras formas de proteção do patrimônio cultural, qual não fosse o tombamento. No já mencionado § 1º do artigo 216 da Carta Magna brasileira, há a previsão de inventários, registros, vigilância e desapropriação, bem como de outras formas de acautelamento e preservação não denominados na Carta Maior<sup>107</sup>.

Apesar destas normas retromencionadas, no Brasil ainda subsiste o sistema do tombamento criado pelo Decreto-lei nº 25/37 como principal forma de preservação de imóveis protegidos, tendo em vista que, de todas as demais formas de proteção do patrimônio cultural brasileiro, apenas a desapropriação encontra-se

---

<sup>106</sup> RODRIGUES, José Eduardo Ramos. “Patrimônio cultural: análise de alguns aspectos polêmicos”. *Revista de direito ambiental*, nº 21. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 180.

<sup>107</sup> REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 97.

regulamentada pelo Decreto-lei nº 3.365/41 (casos de utilidade pública) e Lei nº 4.132/62 (casos de interesse social). Desta forma, observa-se a ampla 'dependência' do patrimônio cultural brasileiro e, por conseqüência, do Patrimônio Cultural Mundial localizado no Brasil do sistema estabelecido no Decreto-lei nº 25/37. É preciso levantar algumas questões relevantes acerca deste diploma legal.

O tombamento, quando de sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto-lei nº 25/37, foi previsto como um ato administrativo<sup>108</sup> que inscreveria bens em listas que constituiriam a base material do patrimônio histórico e artístico nacional. Quando objetiva um bem de propriedade de um particular, resumidamente, seu procedimento inicia-se com a notificação do proprietário do bem e conseqüente tombamento provisório ou cautelar. Abre-se oportunidade ao contraditório e, finalmente, o julgamento por um colegiado. Se a decisão for favorável ao tombamento, haverá a homologação desta decisão pelo Ministro da Cultura.

Entretanto, houve dois grandes avanços na sistemática do tombamento com a introdução da possibilidade de o mesmo poder ser feito por Lei ou sentença judicial, assim expandindo suas possibilidades procedimentais. Estes avanços foram constitucionalmente consagrados com a Carta Magna de 1988.

Antes mesmo da Constituição brasileira de 1988, já havia doutrinadores favoráveis a um 'tombamento' por via legal, em todas as esferas governamentais, pelo fato de não haver quaisquer vedações constitucionais a tal intento. As vantagens do tombamento por via legal são flagrantes, uma vez que, por originar-se de Lei, seu desfazimento somente poderia ser levado a cabo por um ato

---

<sup>108</sup> Sobre o conceito de ato administrativo, ver MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 10ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 225-252.

de mesma natureza, ou seja, com a participação dos Poderes Legislativo e Executivo. Consiste num avanço na proteção de bens culturalmente relevantes, pelo fato de não deixar que estes fiquem sujeitos às vicissitudes políticas dos governantes ou da mudança dos mesmos<sup>109</sup>. Com a Carta Magna brasileira atual, essa dúvida cessou, tendo em vista a existência do §5º do artigo 216, o qual tombou “todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos”.

Quanto ao ‘tombamento’ por via judicial, ele também era juridicamente possível antes mesmo da promulgação da atual Carta Maior brasileira, uma vez que o artigo 1º, inciso III da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) consagrou a possibilidade expressa de proteção de “bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”, ainda que não tombados administrativamente. E, a partir de 1988, essa possibilidade foi constitucionalmente prevista com o artigo 5º, inciso XXXV, o qual dispõe que “a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Desta forma, mesmo com a negativa por parte da administração em proceder ao tombamento (nos moldes do Decreto-lei nº 25/37) ou na ausência de Lei que preveja a proteção de bens culturalmente relevantes, a população brasileira não se encontra desamparada, pois pode requerer o tombamento por via judicial. A abertura dessa alternativa alinhou o ordenamento jurídico brasileiro aos preceitos da conservação integrada<sup>110</sup>.

Outro ponto importante é quanto à natureza do tombamento. Anteriormente à Constituição brasileira de 1988, o tombamento tinha uma natureza constitutiva da condição de relevância cultural de um bem, pois só fariam parte do

---

<sup>109</sup> RICHTER, Rui Arno. *Op. cit.*, pp. 62-63.

<sup>110</sup> Para mais detalhes sobre os preceitos da conservação integrada, ver 5.1., *supra*.

“patrimônio histórico e artístico nacional” os bens móveis e imóveis inscritos num dos quatro livros do Tombo (Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico; Histórico; das Belas Artes; das Artes Aplicadas), de acordo com o Decreto-lei nº 25/37. Como visto acima, esta situação não era absoluta em face da possibilidade de reconhecimento da importância cultural e proteção de alguns bens por via legal e judicial. Felizmente, em consonância com o artigo 216 da atual Carta Fundamental brasileira, o tombamento meramente declara o valor cultural de um bem, ou seja, um bem de importância cultural não adquire relevância com a sua inscrição nos livros do tomo. Esta inscrição apenas declara formalmente este valor preexistente e, portanto, o valor não decorre do tombamento.

Ao mesmo tempo em que reconhece a preexistência do valor cultural do bem, nos moldes do Decreto-lei nº 25/37, o tombamento constitui limitações ao uso e à propriedade do bem, tais como: restrições à alienabilidade; vedação da destruição, demolição ou mutilação sem prévia autorização da autoridade pública; vedação de construções na vizinhança do bem tombado que impeça ou reduza a sua visibilidade sem a prévia autorização da autoridade pública, entre outros encargos. Neste ponto, o grande problema dessa norma é a ausência de incentivos e compensações federais a proprietários de bens tombados que neutralizem o gravame que suportam em sua propriedade<sup>111</sup>, o que incentiva a saída dos habitantes de imóveis e cidades tombados.

Um bom exemplo disso é a situação do bairro de Amaro Branco e comunidades próximas, localizado na “cidade histórica viva” de Olinda (Estado de Pernambuco), que espera pela aprovação municipal de uma alteração na Lei

---

<sup>111</sup> PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural: o tombamento como principal instituto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 322.

municipal que defina parâmetros de ocupação urbana mais condizentes com o aumento da população local, pois a Lei atual permite a ocupação de apenas 20% dos terrenos através de edificações-térreo. Se aprovada a modificação legal, será possível a construção em até 40% da área dos terrenos e ainda incluir um pavimento superior no imóvel<sup>112</sup>.

Observa-se que, mesmo com a existência de um aparato legal para proteção das 'cidades-vivas' integrantes da lista do Patrimônio Mundial situadas no Brasil, faltam ações sistemáticas e efetivas de monitoramento da aplicação das normas, haja vista, entre os muitos problemas, as constantes pichações no centro histórico de Olinda<sup>113</sup>, a deterioração das estátuas do Santuário de Bom Jesus dos Matozinhos em Congonhas em razão das chuvas<sup>114</sup> e os incêndios<sup>115</sup> e a ocupação desordenada do centro e encostas da cidade de Ouro Preto<sup>116</sup>.

Para a melhoria da situação fática atual daquelas cidades, já assinalou Brito, faz-se necessária a proposição de normas que disciplinem, entre outras matérias:

- a) a gestão de sítios históricos urbanos e a sua reabilitação, definindo esse objeto;
- b) a reabilitação de imóveis para usos residencial, comercial, de serviços e de outra natureza, os requisitos e condições necessárias para atendimento e os critérios para reabilitação preferencial;
- c) os regimes gerais de proteção para a reabilitação, os benefícios aplicáveis, os subsídios destinados segundo a renda do beneficiário, o tipo de

---

<sup>112</sup> ARAÚJO, Cristiane. Olinda: entre o peso do passado e a carência do presente. *Diário de Pernambuco*, Recife, 1 dez. 2002, Caderno Vida Urbana, p. C4.

<sup>113</sup> PAZ, Jailson da. Pichações em Olinda serão investigadas. *Diário de Pernambuco*, Recife, 15 jun. 2003, Caderno Vida Urbana, p. C4.

<sup>114</sup> KATTAH, Eduardo. Profetas do Aleijadinho ameaçados pelo tempo. *Jornal do Commercio*, Recife, 26 jan. 2003, Caderno Brasil, p. 15.

<sup>115</sup> LIBÓRIO, Roger. Ouro Preto agoniza. *Época*, São Paulo, n. 257, p. 50, 21 abr. 2003.

<sup>116</sup> KATTAH, Eduardo. Unesco de olho no patrimônio de Ouro Preto. *Jornal do Commercio*, Recife, 17 nov. 2002, Caderno Brasil, p. 16.

intervenção e o valor cultural do imóvel, os financiamentos e suas condições e os incentivos fiscais aplicáveis (...)<sup>117</sup>.

Ademais, como forma de realmente fazer valer a atuação da comunidade nos destinos urbano-culturais brasileiros e, por conseqüência, das ‘cidades-vivas’ integrantes da lista do Patrimônio Mundial situadas no Brasil, há que se observar diferentes estágios de amadurecimento da relação patrimônio cultural/gestão urbana, de acordo com a consciência da população para a importância da condição de uma cidade de ser integrante do Patrimônio Mundial como fator de desenvolvimento urbano. São eles: a) quando a consciência da idéia de patrimônio é basilar para o desenvolvimento local e há a mobilização da sociedade local para a proteção do conjunto cultural (Diamantina e Goiás); b) mesmo com a idéia de patrimônio aparecendo como elemento na estratégia de desenvolvimento local, existem alianças pouco desenvolvidas entre os atores sociais (São Luís, Salvador e Brasília); c) a idéia de patrimônio não é claramente reconhecida como elemento do desenvolvimento, não gerando qualquer tipo de aliança entre os atores sociais relativa ao binômio desenvolvimento urbano/preservação do patrimônio cultural, embora haja consciência coletiva da importância do patrimônio (Olinda); d) a idéia do patrimônio não é tratada como efetivo recurso para o desenvolvimento local e, portanto, a consciência da preservação ainda é algo a ser desenvolvido (Ouro Preto e Congonhas)<sup>118</sup>.

Dessa forma, observa-se que o Brasil consagrou em seu ordenamento jurídico alguns dos princípios internacionais mais modernos de gestão das ‘cidades-vivas’, todavia, muitos destes não foram ainda postos em prática em toda sua

---

<sup>117</sup> BRITO, Marcelo. *Pressupostos da reabilitação urbana de sítios históricos no contexto brasileiro*. In: Seminário Internacional de Reabilitação Urbana de Sítios Históricos, 2002, Brasília. Disponível em: <<http://www.iphan.gov.br/proprog/seminarioreabi.htm>>. Acesso em: 5 maio 2004.

<sup>118</sup> *Idem. Ibidem.*

plenitude para tornar realmente efetivas as cominações legais estatuídas, bem como alguns ajustes na legislação nacional ainda estão para ser feitos, para que se possa realmente atender aos preceitos contidos no artigo 5º da Convenção de Paris.

## Parte II

### **As normas de Direito Internacional: sua coercibilidade frente à soberania dos Estados na Sociedade Internacional contemporânea e o princípio da Subsidiariedade na Sociedade Internacional.**

A importância da criação de um sistema de mandamentos para reger as relações entre os homens é algo que remonta aos mais antigos agrupamentos humanos, devido à necessidade absoluta que o ser humano tem de viver de forma gregária. Entretanto, a vida em sociedade faz surgir choques entre os interesses dos indivíduos, destarte, fazendo-se necessária a criação de regras que tornassem possível a vida em grupo. Com o passar dos séculos, pode-se observar a oscilação do argumento em que se baseiam estes mandamentos ou regras, observando-se a presença da força física, elementos transcendentais e, por fim, chegando a razões puramente racionais para a construção das regras em determinada comunidade ou sociedade<sup>119</sup>.

A motivação para a criação das regras que regem as relações inter-humanas não foi nem continua sendo uma só, considerando-se que, dentro de um agrupamento de homens, existem tipos diversos de relações entre seus componentes e, portanto, diversos grupos de regras para organizar as relações existentes, tais como relações afetivas, religiosas, sociais, jurídicas, etc.

Existe uma pluralidade de ordens reguladoras da atividade humana, bem como do conjunto de valores que conduz a consciência dos homens e que,

---

<sup>119</sup> De acordo com TÖNNIES *apud* MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional*. 11ª edição revista e aumentada, 1º volume. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 45, com base na intensidade do vínculo psicológico, a comunidade teria uma formação natural e expressaria uma ligação mais íntima entre os participantes na vida em comum e a sociedade teria uma criação voluntária e os indivíduos participariam de maneira menos profunda na vida em comum.

para alguns, interferem decisivamente na construção dos sistemas normativos de condutas interpessoais. Nesta parte será abordado o que mais diretamente se relaciona com o tema deste trabalho: o sistema jurídico de regulação de condutas, atentando para a tensão existente entre os sistemas intra-estatais e o sistema internacional.

Com o desenvolvimento das formas de agrupamento humano, das comunidades tribais até o aparecimento do Estado Moderno<sup>120</sup>, as relações interpessoais foram se desenrolando cada vez mais distante dos núcleos das nações<sup>121</sup>, e com isso começou-se a pensar em relações humanas (principalmente comerciais) num âmbito maior do que o território em que viviam os habitantes de determinada nação.

O Estado, como consequência da organização de povo<sup>122</sup> num território, na forma como se mostra atualmente, teve suas bases lançadas com a Revolução Francesa de 1789 e nela o elemento da nacionalidade se mostrava muito marcante. O modelo estatal, ainda hoje, é o paradigma a ser discutido e modificado quando se quer falar de uma Sociedade Internacional juridicamente organizada.

---

<sup>120</sup> Preferiu-se continuar com a denominação tradicional “Estado Moderno” apesar das críticas existentes a esta nomenclatura por FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Soberania & Processo de Integração*. Curitiba: Juruá, 2002, pp. 61-65, por se considerar que a figura estatal deve ser vista de acordo com as circunstâncias históricas, não se devendo prender o conceito de Estado à figura estatal erigida nos moldes da Revolução Francesa do século XVIII, assim como o considerou também Duguit, citado por FERREIRA, Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. 4ª edição ampliada e atualizada, Tomo II. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 596, *in verbis*: “... a palavra Estado designa toda sociedade humana na qual existe uma diferenciação política, uma diferenciação entre governantes e governados, (...), as tribos do centro da África, que obedecem a um chefe, são Estados da mesma maneira que as grandes sociedades européias, que têm um aparelho governamental sábio e complicado”.

<sup>121</sup> Entendida esta como uma comunidade histórico-cultural, não designando uma situação jurídica, como afirmou DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 82.

<sup>122</sup> *Idem. Ibidem*, p. 85: “Deve-se compreender como povo o conjunto dos indivíduos que, através de um momento jurídico, se unem para constituir o Estado, estabelecendo com este um vínculo jurídico de caráter permanente, participando da formação da vontade do Estado e do exercício do poder soberano”.

Hodiernamente, século XXI, fala-se no mundo como uma aldeia global e observa-se a aproximação dos Estados nacionais em blocos econômicos, baseados em teorias de globalização e mundialização<sup>123</sup>, no qual o Estado contemporâneo é apenas um ator no palco político-econômico-jurídico-social do planeta Terra. Todavia, acirram-se os mesmos Estados (ou nações) em problemas étnicos, religiosos e econômicos.

Mas, em meio a isso tudo, pode-se falar em um Direito Internacional que guarde os mesmos caracteres que o Direito interno dos Estados? É cediço que não. Mas, no contexto da Sociedade Internacional atual, de que forma pode-se falar numa soberania estatal tradicional, e imodificada, sem impossibilitar logicamente o Direito Internacional e os movimentos integracionistas dos Estados, hoje tão em evidência? O Direito Internacional teria uma característica tão somente supletiva ao direito estatal interno?

O choque entre normas internacionais e normas estatais internas é questão que toma forma a partir da pretensão do Direito Internacional de se mostrar como corpo de idéias independente do ordenamento jurídico estatal. Todavia, desde as guerras entre os povos antigos, observa-se que esta relação dialética entre norma internacional e norma estatal interna se fazia presente. Há que se ressaltar, no entanto, a natureza rudimentar desta relação à época, mas sem se justificar uma

---

<sup>123</sup> De acordo com FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 146, há que se proceder a uma diferenciação entre mundialização (“intenção de real aproximação entre os povos, sem intenções determinantes de ordem econômica e financeira, as quais seriam apenas elementos da realidade mais ampla”) e a globalização (que seria, tão somente, a flexibilização das fronteiras com base em exigências econômicas).

exclusão da existência de um Direito Internacional até o advento do Estado de Direito ou dos Tratados de Westfália de 1648<sup>124</sup>.

Observa-se, no transcorrer da história mundial, que as relações entre povos de etnias diferentes se configuravam, basicamente, em relações bélicas ou comerciais. As relações bélicas se justificavam por aspectos diversos, mas principalmente, o fato de existirem culturas e divindades diferentes gerava choques inevitáveis, justificados pela intenção de fazer prevalecer seus valores sobre os demais, confrontos tais que germinaram os primeiros tratados internacionais, quais sejam, os armistícios ou pactos de paz.

Quanto às relações comerciais, estas sempre existiram, sejam em grande monta – como as que ocorrem no presente século – ou rudimentares entre tribos ou povos vizinhos, como trocas de artigos de subsistência, devido à necessidade humana por recursos sempre crescente e diversificada, aliada esta ao espírito desbravador humano, sempre ansioso por conhecer novas culturas e artigos.

A história mostra que o Direito e o Estado são ambos mutantes, haja vista que o Estado e o Direito egípcio antigo, por exemplo, não têm a mesma estrutura que o Estado e o Direito egípcios atuais. Desta forma pode-se ver que a evolução das relações entre os Estados, bem como a mudança do fundamento teórico dos mesmos (de base transcendental<sup>125</sup> para uma base racionalista<sup>126</sup>),

---

<sup>124</sup> Tal como faz BOSON, Gerson de Brito Mello. *Constitucionalização do Direito Internacional: Os Caminhos da Paz*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, pp. 103-117.

<sup>125</sup> Refere-se aqui não ao sentido da palavra “transcendental” no pensamento de Immanuel Kant, no qual seria “possibilidade ou uso *a priori* do conhecimento em oposição a dados meramente empíricos”, mas àquilo que está além da experiência, o metafísico ou superior, tal como os deuses antigos. Sobre o conceito do transcendental em Kant, ver KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 92.

<sup>126</sup> Baseada em critérios não-metafísicos, tais como os reis-deuses egípcios, mas, tão somente, com bases justificáveis em raciocínios lógicos plausíveis.

propiciou o advento de uma discussão teórica acerca da unidade ou não entre Direito Internacional e Direito estatal interno, em face da aceitação do elemento estrangeiro não como um inimigo, mas como um aliado frente aos impasses da convivência.

A discussão sobre a relação teórica entre Direito Internacional<sup>127</sup> e Direito estatal interno remonta ao tempo de Francisco de Vitória e Francisco Soares, considerados fundadores do Direito Internacional, que os colocava em relação de “conformidade com uma ordem jurídica superior, o Direito Natural, constituída por normas inderrogáveis”<sup>128</sup>.

Dentre as diversas teorias acerca da relação entre o Direito Internacional e o Direito estatal interno, destacam-se: a corrente dualista, encabeçada por Triepel, e a corrente monista, que se dividia em duas vertentes baseadas na predominância do Direito Internacional ou na predominância do Direito estatal interno. Como exemplo desta última vertente, a teoria da auto-limitação de Jellinek, influenciada pela filosofia de Hegel, afirmava a hipertrofia do ente estatal soberano, que não poderia ser submetido ou obrigado a nada. E, assim, o Estado, como forma de manifestação de seu poder e liberdade absoluta, possibilitando a contemplação jurídica de seu poder, impõe a si mesmo a submissão ao Direito Interno e Internacional<sup>129</sup>.

---

<sup>127</sup> No presente trabalho, não se fará a divisão, que é meramente didática, entre Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado, haja vista a posição correta de Scelle que considerava o Direito Internacional não só como relações oficiais entre governos, mas também, e principalmente, no fato das múltiplas relações privadas que existem entre os próprios povos, in VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Tradução de Antonio Truyol y Serra. Madri: Aguilar, 1957, p. 12.

<sup>128</sup> BOSON, Gerson de Brito Mello. *Op. cit.*, p. 143.

<sup>129</sup> *Idem. Ibidem*, p. 144.

Desta forma aparece, inserto na relação entre Direito Internacional e Direito interno, a dificuldade doutrinária existente em abandonar o paradigma da soberania estatal absoluta. Na presente parte do trabalho, abordar-se-á também, o princípio da subsidiariedade como alternativa mais ‘branda’ do que a simples negação do princípio da soberania estatal, com o equilíbrio entre intervenção e não-intervenção de entes territorial e politicamente mais abrangentes do que o Estado. Convém abordar as correntes doutrinárias supramencionadas sobre os princípios da soberania estatal e da subsidiariedade em capítulos propícios, atentando-se, agora, para a diferenciação entre as características do Direito em relação aos diversos sistemas de regulação de condutas humanas.

## *6. Regulamentação de condutas: o Direito e o problema da sanção como traço distintivo da ordem jurídica.*

### *6.1 Sistemas de regulamentação de condutas.*

Existem diversos aspectos do viver humano. Durante grande parte da história, devido à falta de uma fronteira bem delineada entre estes aspectos, os mesmos não se mostraram ser nitidamente diferenciados. Os aspectos religioso, moral, social e jurídico sempre andaram lado a lado, sem que houvesse a intenção de separá-los. E, por vezes, a igreja ou o Estado Absolutista se valiam desta falta de especialização do viver humano para impor seus interesses.

Com a necessidade do homem de obter, cada vez mais, explicações racionais para suas perguntas, tornou-se mais clara a distinção entre os aspectos que envolvem a regulação das relações humanas, assim, revelando-se claramente o

grau e a qualidade da obrigação que advinha dos diferentes sistemas normativos que incidem sobre uma sociedade. Desta forma, faz-se necessária uma breve exposição das ordens normativas que regem a conduta humana.

A ordem religiosa baseia-se num sentido de transcendência, ordenando as condutas em consonância com a vontade divina, explicitada e interpretada por aqueles devotados à palavra divina. Mesmo destinada à preparação ou capacitação para uma ordem não terrena e tendo grande parte de sua atuação no âmbito intra-individual, esta ordem projeta-se sobre as condutas dos membros da sociedade, variando sua influência durante a história, mas sem deixar de intervir por completo<sup>130</sup>.

Assim como a religiosa, a ordem moral é em grande parte intra-individual e se dirige ao aperfeiçoamento do indivíduo em direção ao bem<sup>131</sup>. Mesmo sem ter como objeto principal a organização social, numa forma reflexa, as regras morais atingem aquela na medida em que o conjunto de regras morais que vigoram em determinada sociedade - a moral positiva – influi nas condutas interpessoais, pois a vida individual acontece em meio à vida gregária e o aperfeiçoamento daquela termina sendo por esta amoldada.

Uma terceira ordem normativa que influi na vida social do homem é a ordem do trato social<sup>132</sup>, que se traduziria num conjunto de regras destinado a tornar a convivência social mais agradável, mesmo sem ser imprescindível ao progresso e conservação sociais. Suas sanções consistiriam em reprovações aplicadas de forma

---

<sup>130</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 10ª ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1983, pp. 394-396.

<sup>131</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª edição ajustada ao novo Código Civil, 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 44.

<sup>132</sup> Tradução da palavra alemã “Sitte” feita por ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito, introdução e teoria geral: Uma perspectiva Luso-Brasileira*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978, p. 31.

difusa, no interior de uma comunidade ou sociedade, podendo também ganhar dimensão jurídica em casos especiais.

Já a ordem jurídica tem como característica a imprescindibilidade, de um ponto de vista histórico, às sociedades, donde a afirmação que o Direito existe em todas as sociedades (*ubi societas ibi jus*)<sup>133</sup>. Quanto ao Direito, este será devidamente analisado nos tópicos a seguir, confrontando sua estrutura com a da Moral e alinhando as suas características.

## 6.2 O Direito e a Moral<sup>134</sup>.

O aspecto mais relevante deste tema é diferenciar o Direito da Moral, de acordo com as características funcionais dos mesmos, sem se procurar em estabelecer uma separação definitiva, como se não houvesse uma interpenetração entre estas duas ordens de regulação humanas<sup>135</sup>, pois se observa que ambas são elementos inextirpáveis da convivência social<sup>136</sup>.

Observa-se que na Grécia antiga, como também em Roma, não se procurou estabelecer critérios de distinção entre estas duas esferas de regulação social. Nas terras helênicas, como a Polis era a mais alta expressão de manifestação política do homem, não existindo ainda a dicotomia entre liberdade

---

<sup>133</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª edição ajustada ao novo Código Civil, 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 2.

<sup>134</sup> Sobre a relação entre o Direito e a Moral, ver: REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª edição ajustada ao novo Código Civil, 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 41-56; FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2001, pp. 351-354; RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Armênio Amado – Editor, Sucessor, 1979, pp. 98-113; DEL VECCHIO, Giorgio; SICHES, Luis Recasens. *Filosofia del Derecho y Estudios de filosofia del derecho*, Tomo I. México: Union Tipografica Editorial Hispano-Americana, 1946, pp. 111-124.

<sup>135</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 10ª ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 621.

<sup>136</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2001, p. 351.

política e liberdade jurídica – noção que só viria a ter verdadeira utilidade a partir do Estado Moderno – era inócuo o porquê de se separar o indivíduo da comunidade política<sup>137</sup>. Em Roma, mesmo com a compreensão da autonomia de uma ciência do Direito, esta compreendia apenas um fim prático para atingir a justiça e não era considerada como um dos aspectos teóricos da sabedoria<sup>138</sup>. No Direito natural clássico, a Moral serviria de pressuposto para o Direito, expressando princípios gerais de conduta<sup>139</sup>.

Na Idade Média, o cristianismo fez nascer a distinção entre a Política e a Religião, estabelecendo os campos de ação específicos da comunidade e a órbita própria do cidadão, estabelecendo o cidadão também em sua individualidade e, assim, criando fronteiras visíveis entre a Moral e a Política, já que esta tinha pretensões de absorver a totalidade das atividades humanas. Todavia, esta diferenciação não era suficiente para estabelecer distinções entre a Moral e o Direito.

Com a teoria tomista do Direito (especialmente na *Summa Theologica*), a origem das organizações normativas seria a vontade divina (*lex aeterna*), que seria inacessível em si mesma ao homem, mas iluminaria uma participação humana condicionada pela racionalidade e que resultaria no Direito natural (*lex naturalis*), que teria a diretriz principal de fazer o bem e evitar o mal. Este Direito natural se imporia de maneira absoluta ao legislador humano quando da criação da Lei humana (*lex humana*), Lei esta que representaria uma determinação ou

---

<sup>137</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 10ª ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 627.

<sup>138</sup> *Idem. Ibidem*, p. 628.

<sup>139</sup> *Idem. Ibidem*, p. 629.

especificação da Lei natural. O que se observa nesta ordem de idéias é a impossibilidade de distinção entre Moral e Direito<sup>140</sup>.

Esta proposição tomista da ordem jurídica inverteu, segundo Reale, o pensamento antigo (que subordinava o Direito à Moral), subordinando a Moral ao Direito, através da legalização daquela que assume características extrínsecas do Direito, “a força nomológica da jurisdição”<sup>141</sup>.

O homem moderno, ao contrário do medieval, ansiava por explicações racionais para seus questionamentos, desprezando as respostas transcendentais que imperavam no período anterior. Data desta época a Escola do Direito Natural, que encarava o Direito de forma distinta da concepção tomista, ao considerar o indivíduo em primeiro lugar em relação à Lei, sendo da autoconsciência do homem que adviria a Lei<sup>142</sup>.

Assim, desenvolveu-se o contratualismo como explicação para a criação da sociedade e do Estado (contratualismo total – Rousseau, Hobbes); ou só do Direito (contratualismo parcial – Grócio). Neste ponto, para os adeptos desta segunda vertente, inicia-se uma distinção entre o Direito – fundado num contrato social entre os indivíduos de uma sociedade – e a Moral, condição primordial ao contrato histórico, na medida em que fundamentaria o Direito Natural. Para Grócio, a sociedade adviria de um fato natural chamado *appetitus societatis* e o Direito da convenção. Assim, o contrato teria uma característica histórica. Diferentemente, os contratualistas totais encaram o contrato como um elemento lógico para a

---

<sup>140</sup> *Idem. Ibidem*, pp. 637-640.

<sup>141</sup> *Idem. Ibidem*, p. 640.

<sup>142</sup> *Idem. Ibidem*, pp. 645-646.

construção da sociedade, para Rousseau fundado em razões psicológicas, para Kant aparecendo como condição lógico-transcendental<sup>143</sup>.

Com Thomasius (*Fundamenta Juris Naturae et Gentium* – 1705), começou-se a estabelecer critérios lógicos de distinção entre o Direito e a Moral: a exterioridade e a coercibilidade. Para ele a ação humana se divide em dois momentos distintos: um interno, no plano da consciência (foro interno) e outro que se projeta na realidade (foro externo), numa relação interpessoal. Enquanto a ação restringe-se apenas ao plano intrapessoal, o homem é o único juiz de sua conduta, aí recaindo apenas a Moral; mas se a ação se exterioriza e atinge outros indivíduos, recai sobre ela uma autoridade superior, que tem por incumbência harmonizar as condutas com o agir dos demais. O foro externo é regido pelo Direito<sup>144</sup>. Quanto à coercibilidade, Thomasius reconheceu que o Direito se utiliza da coação quando não se cumpre espontaneamente, sendo a coação um elemento extrínseco à regra jurídica e não um de seus elementos essenciais, enquanto que a coação não condiz com a Moral, pelo fato que um ato não é moralmente aceito se produzido com astúcia ou pela força<sup>145</sup>.

Kant, quando se refere ao Direito e à Moral, dentro de sua distinção entre imperativos categóricos (aqueles que por si mesmos prescrevem uma conduta necessária, tal como a Moral) e imperativos hipotéticos (que enunciam condições para alcançar fins não obrigatórios, tal como o Direito, que seria uma ordem instrumental) traz uma nova característica a ser considerada: a heteronomia, isto é, a pura conformação exterior, sem a adesão da consciência como mola motriz da

---

<sup>143</sup> Sobre as modalidades de contratualismo, ver *Idem. Ibidem*, pp. 647-652.

<sup>144</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª edição ajustada ao novo Código Civil, 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 54.

<sup>145</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 10ª ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 655-656.

conduta humana, existente apenas no Direito. A conduta moral teria que comportar uma verdadeira conformação entre a regra e a vontade do sujeito<sup>146</sup>.

Para Radbruch, as condutas humanas interior e exterior são susceptíveis de apreciação pela Moral e pelo Direito, havendo-se que distinguir as direções opostas de seus interesses, com “a conduta exterior só interessando à moral na medida em que *exprime* uma conduta interior”; enquanto que “a conduta interior só interessa ao direito na medida em que *anuncia* ou deixa esperar uma conduta exterior”<sup>147</sup>.

Assim, podemos constatar a necessária interpenetração do Direito na Moral e vice-versa, observando-se que entre eles existem disparidades de origem e pretensão reguladora, mas ambos funcionam completando-se, já que a intenção que motiva as condutas é relevante no direito (por exemplo: o dolo e a culpa penais), assim como a atuação exterior de uma intenção é muito importante para a Moral, haja vista que “a ação reprovável e efectivamente realizada consubstancia um grau mais forte de violação da regra que a disposição ou sentimento íntimos; pior do que desejar a morte de outrem é provocá-la efectivamente”<sup>148</sup>.

### 6.3 O Direito e suas características.

Como já mencionado, a partir de Thomasius, procurou-se encontrar respostas racionais para o fenômeno social do Direito, procurando estabelecer critérios que o diferenciasses das demais ordens normativas que exercem influência

---

<sup>146</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait, 4ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, pp. 62-63.

<sup>147</sup> RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Armênio Amado – Editor, Sucessor, 1979, pp. 99-100.

<sup>148</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.*, pp. 72-73.

sobre a sociedade. Dentre as características arroladas historicamente para diferenciá-lo da Moral, já foram citadas a exterioridade; a coercibilidade e a heteronomia. Tecer-se-á maiores comentários acerca da coercibilidade nos próximos tópicos. Por ora, faz-se necessária a abordagem de uma característica ainda não comentada do Direito<sup>149</sup>: a bilateralidade atributiva nos moldes ditados por Miguel Reale.

A bilateralidade atributiva é a qualidade que possui uma relação intersubjetiva de conter uma proporção objetiva que autoriza seus participantes a pretender ou a fazer garantidamente algo. Para que ela exista, há que estar duas ou mais pessoas unidas numa relação; que esta relação seja insuscetível de ser reduzida, unilateralmente, a qualquer dos seus sujeitos componentes; e que da relação resulte a atribuição garantida de uma pretensão ou ação, que pode se voltar aos sujeitos da relação ou estender-se a terceiros. Para que ocorra uma proporção objetiva basta que a relação se estruture excluindo o arbítrio e que concretize interesses legítimos, de acordo com critérios razoáveis segundo a natureza e a finalidade da relação. Todavia, este enlace não precisa ter necessariamente o modelo de reciprocidade que ocorre nas relações contratuais, ocorrendo também nas relações entre particulares e o Estado, pois nestas, a bilateralidade toma forma institucional, atribuindo competências para que os representantes possam agir conforme o preceito instituído, dando-se a correspondência entre os órgãos entre si e não entre um órgão e o sujeito privado<sup>150</sup>.

A diferença que se tem do direito para a Moral é que esta não possui mecanismos que façam valer, nos mesmos moldes, a qualidade atributiva que Reale

---

<sup>149</sup> E, sempre que possível, fazendo uma comparação com a Moral para melhor esclarecer os pontos divergentes entre ambos.

<sup>150</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 10ª ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1983, pp. 688-698.

verifica no Direito, o qual, acolhendo a doutrina de Hegel em seu *Phénoménologie de l'Esprit*, também acredita que o espírito humano não é somente um “eu” e sim um “nós”. Quando se toma consciência que da existência própria há que se existir o “eu” observador e o “eu” observado. Giovanni Gentile (*I Fondamenti della Filosofia del Diritto*) vai mais além neste pensamento ao considerar que as normas de conduta são sociais, por causa da natureza social do espírito humano, ou seja, são bilaterais na medida em que “o homem para conhecer-se se põe como *alter*”<sup>151</sup>. Desta forma, a bilateralidade existe, tanto no Direito como na Moral, o que lhe falta é a atributividade, entendida esta como institucionalização das formas de garantia das pretensões geradas pelas relações.

### 6.3.1 A sanção jurídica.

Atuando como elemento importante na aplicação do Direito, a sanção jurídica consiste numa “medida tendente a assegurar a execução das regras de direito”<sup>152</sup>, podendo visar a uma prevenção, repressão ou premiação do indivíduo envolvido na conduta.

Para Hans Kelsen, “uma sanção numa ordem normativa deve ser entendida como uma conduta em face de um indivíduo, a qual geralmente é vista como um mal, o qual deve ser causado a um indivíduo, se este (...) não se conduziu de uma forma correspondente à ordem”<sup>153</sup>. E, quanto às sanções premiaias, ao contrário das sanções que prescrevem atos de coação, ele não considera como

---

<sup>151</sup>. *Idem. Ibidem*, p. 689.

<sup>152</sup> *Idem. Ibidem*, p. 673.

<sup>153</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 172.

diretamente jurídicas e sim sanções morais e, apenas, indiretamente jurídicas, pois que autorizada por esta ordem, mas sem dela fazer parte integrante.

O mesmo autor continua afirmando que a razão de aplicações de sanções é o princípio da retribuição, no qual quem causa um bem deve ser recompensado, quem causa um mal deve ser punido. No Direito haveria apenas as sanções às condutas reprováveis, ao contrário da Moral que preveria em seu ordenamento um prêmio (elogio, respeito, etc.) para um indivíduo que se comportasse de forma correspondente à norma. Acredita-se ser a coação, em contrariedade a Kelsen, apenas uma das espécies da sanção, consistindo naquela em que se recorre à força para alcançar o fim do Direito, nos limites e na conformidade por este traçados. E, como espécie exemplar de sanção jurídica, é sobre a coação que se deterá.

A importância da coação para o Direito foi notada inclusive por Durkheim, ao tratar da divisão social do trabalho e de sua evolução. Afirmou que “a coação só começa quando a regulamentação deixa de corresponder à verdadeira natureza das coisas e, em consequência, deixa de basear-se nos costumes e mantém-se pela força”<sup>154</sup>. E ressaltou, dentro do contrato de trabalho, que não se deve confundir a coação que impede os indivíduos de satisfazer desejos desenfreados – aqueles que não lhe são devidos em face de uma prestação efetuada – e aquela que nos proporciona obter a justa remuneração pelo trabalho prestado. Apenas esta última seria legítima.

---

<sup>154</sup> DURKHEIM, Emilio. *De La División Del Trabajo Social*. Buenos Aires: Schapire Editor, 1967, pp. 318-328, *in verbis*: “La coacción sólo comienza cuando la reglamentación, deja de corresponder a la verdadera naturaleza de las cosas y, en consecuencia, deja de basarse en las costumbres y se mantiene por la fuerza”.

A questão do Direito possuir meios para fazer valer a sua heteronomia fez alguns autores hiperbolizarem a questão da coação como característica do Direito, transformando-a em traço distintivo da ordem jurídica em relação aos outros conjuntos de regras que regem o indivíduo em sua vida social. Assim, surgiram dois posicionamentos que refletem o problema acima: a coercitividade e a coercibilidade. Ambos serão tratados a seguir.

### *6.3.2 A coercibilidade como atributo do Direito.*

O aumento da importância da coação como elemento do Direito, correspondeu à preocupação de traçar fronteiras bem delineadas entre a ordem jurídica e as demais ordens normativas que regulam a vida humana e, por isso, a exacerbação da importância da coação para o Direito. Faz-se mister, agora, um retorno às posições doutrinárias mais significativas.

Miguel Reale afirma remontar a distinção entre coercibilidade e coercitividade à doutrina aristotélica sobre ato e potência, as quais se apegariam às idéias de forma e matéria, respectivamente. Potência seria “a possibilidade de que algo venha a acontecer ou verificar-se, quer inexoravelmente (possibilidade como momento de um processo que tem de ser), quer normativamente (possibilidade como momento de um processo que deve ser)” e, acaba por distinguir que os adeptos da coercibilidade consideram a coação como um elemento externo do Direito (o qual se distinguiria apenas pela possibilidade de interferência da força) e

para os adeptos da coercitividade sempre haveria um elemento coercitivo sem o qual inexistiria o Direito<sup>155</sup>.

Entendendo que o Direito se traduz numa coação efetiva, alinharam-se Kant e Siches, entre outros.

Immanuel Kant<sup>156</sup> considerava a noção de Direito estritamente ligada à noção de coação. Esta viria a confirmar o valor da liberdade, que para Kant era fundamental ao homem, sem com ela estabelecer antinomia, pois a liberdade deveria ser considerada de forma restrita, encontrando seu limite na liberdade dos outros homens. Uma vez ocorrida uma transgressão da liberdade humana limitada invadindo a liberdade de outrem, tal ação torna-se uma não-liberdade ou injusto, devendo ser obstaculizada pela coação, que, assim viria para reafirmar a liberdade humana. Outrossim, Kant admitiu dois casos em que haveria uma dissociação entre o Direito e a coação: a equidade e o estado de necessidade. Na primeira, existiria um direito sem coação (ou um direito de natureza não-jurídica insatisfeito), quando, por razões fáticas, mas não se ferindo o Direito, a equivalência entre as partes integrantes de uma relação jurídica não pudesse ser alcançada, devendo assim, prevalecer o Direito frente à equidade. Na segunda, ocorreria uma coação sem Direito (ou um direito não remediado), a qual consistiria na autorização que um indivíduo teria de no caso de perigo de perda de sua vida, tirar a vida de outrem que nada lhe fez<sup>157</sup>.

Para Siches, a “nota de coercitividade, ou melhor, de impositividade inexorável, é, definitivamente, uma conseqüência do caráter essencialmente

---

<sup>155</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 10ª ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1983, pp. 680-684.

<sup>156</sup> BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, pp. 75-81.

<sup>157</sup> Há que se salientar que Kant considerava o estado de necessidade como caso de não-punibilidade e não como causa de exclusão da culpabilidade ou ilegitimidade, cf. *Idem. Ibidem*, p. 81.

autárquico do Direito. A autarquia do Direito consiste submeter a conduta dos sujeitos independentemente da vontade, aceitação ou reconhecimento destes”<sup>158</sup>. Destarte, a imposição coercitiva das normas jurídicas é algo inexorável frente à violação do Direito.

Entre os defensores da coercibilidade, separa-se o posicionamento de Del Vecchio<sup>159</sup>, o qual acredita ser a coercibilidade o ponto distintivo entre o ordenamento jurídico e demais espécies de ordenamentos, considerando este atributo como uma possibilidade jurídica de coação, entendida esta de forma potencial e não efetiva.

Segundo Reale, os adeptos da coercitividade acentuam o aspecto penal do Direito em detrimento de sua realização espontânea<sup>160</sup>. Por fim, este autor afirma haver apenas compatibilidade lógica do Direito com a força, sendo essencial à ordem jurídica apenas a tendência ao recurso da coação e não a necessidade de uma execução forçada.

Ascensão acredita ser a coercibilidade um atributo dos ordenamentos jurídicos, sendo esta a possibilidade de aplicação de sanções com expressão física, pois as sanções são sempre “males” e reforçariam a imperatividade do Direito. A ordem jurídica não seria uma ordem de coação, pois, na maioria dos casos, o obediência às regras é voluntário, dada a tendência humana natural para a

---

<sup>158</sup> DEL VECCHIO, Giorgio; SICHES, Luis Recasens. *Op. cit.*, p. 206, *in verbis*: “La nota de coactividad, o mejor dicho de imposibilidad inexorable, es, en definitiva, una consecuencia del carácter esencialmente autárquico del Derecho. La autarquía del Derecho consiste en que somete la conducta de sus sujetos independientemente de la voluntad de éstos, sin depender de su aceptación o reconocimiento.”

<sup>159</sup> *Idem. Ibidem*, pp. 140-148.

<sup>160</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 10ª ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 683.

ordem. Desta forma a coercibilidade seria não uma coação efetiva, mas a suscetibilidade do exercício da coação<sup>161</sup>.

Convém, neste ponto, salientar o paralelo criado doutrinariamente entre Direito estatal interno e no Direito Internacional, no que concerne ao atributo da coercibilidade, tecendo alguns comentários visando clarificar adequadamente a questão da soberania estatal no século XXI, salientando-se que o Direito, como anteriormente dito, é um conjunto normativo sempre em modificação, em virtude das condições fáticas que se apresentam nos diversos períodos históricos da Humanidade. Assim, deve-se considerar que as ordens interna e internacional têm pressupostos e elementos formadores diversos, portanto, comportando parâmetros diversos para sua observação.

Desta forma a questão da coercibilidade em âmbito interno torna-se um passo para a verificação da coercibilidade como atributo do Direito Internacional, haja vista a qualidade que os Estados possuem de ser os sujeitos principais daquele sistema de normas e o choque entre sua soberania e a coercibilidade de ordenações supra-estatais.

### *7. O Direito Internacional como 'Direito imperfeito'?*

A questão do Direito Internacional como 'Direito imperfeito' toma relevância, no presente estudo, pelo fato de que um dos argumentos aduzidos para desqualificá-lo como Direito é a falta de execução coativa de suas normas.

---

<sup>161</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.*, p. 58.

A qualificação como ‘imperfeito’ mostra a procura incansável de um modelo de Direito Internacional que apresente o maior número de semelhanças com o Direito intra-estatal, provavelmente por considerá-lo o modelo mais desenvolvido ou perfeito, com clara influência da teoria hegeliana, esquecendo-se que o costume prevalecia na origem das sociedades e só o aumento da complexidade econômico-social fez nascer a necessidade de criação do Direito e a criação de uma instância superior que imponha coativamente as normas jurídicas. Portanto, primeiro surgiu o Direito e depois a coação. Como lembrou Truyol y Serra, “o direito do Estado moderno não é mais que uma modalidade histórica do direito, que pode apresentar-se ainda – e de facto se tem apresentado – sob outra forma”<sup>162</sup>. Há que se lembrar que também o Direito Internacional possui formas de coação que vão desde represálias comerciais até a guerra.

Duas questões se apresentam, segundo Gustav Adolf Walz, neste ponto: se com esta questão se encara a realização efetiva da execução coativa ou a simples intenção de pô-la em prática<sup>163</sup>. Pode-se considerar que, com esta distinção, o autor terminou por distinguir a presença da coercitividade ou da coercibilidade como característica do Direito Internacional, alinhando duas críticas à necessidade da coercitividade no Direito Internacional, mesmo sem ter apresentado a questão nestes termos.

Assim, quanto a simples intenção de pôr a norma internacional em prática, propôs a seguinte solução: contra a tendência de apenas desconsiderar como jurídica as normas que não contivessem uma natureza dupla – que

---

<sup>162</sup> TRUYOL Y SERRA, Antônio. *Noções fundamentais de direito internacional*. 2ª edição refundida e aumentada. Coimbra: Armênio Amado, Editor, suc., 1962, p. 62.

<sup>163</sup> WALZ, Gustav Adolf. *Esencia del Derecho Internacional y crítica de sus negadores*. Madrid: Revista de derecho privado, 1943, p. 283.

contivessem necessariamente uma norma que prescrevesse um direito ou uma obrigação e uma norma sancionadora para o caso de seu descumprimento – entendeu ele que “para que uma norma tenha carácter jurídico seria suficiente a existência de sentido normativo da norma dupla. O fato de que em certos casos a norma sancionadora não possa ser aplicada por motivos práticos, não altera o carácter jurídico da norma”<sup>164</sup>. Portanto a falta de previsão coercitiva da norma internacional não subtrai o seu carácter jurídico. Walz foi de encontro à necessidade de uma forma de apresentação rígida da norma jurídica, atentando para o fato de que, mesmo com a criação de uma norma dupla, nos moldes ‘direito-norma sanção’, não haverá a garantia plena de aplicação conforme as condições fáticas que se apresentassem.

Quanto ao segundo questionamento levantado, Walz afirma que prosseguir nesta linha significaria desprezar como direito um grande número de normas estatais tradicionais. Para isso, aduziu que existem também limites técnico-econômicos para a atuação coativa no direito interno e arrematando que “a execução coativa não pode ser considerada mais como nota decisiva do carácter jurídico de uma norma (...); a realização coativa somente pode ter lugar sobre a base do direito: não é ela mesma o direito(...), mas um caso de aplicação do direito, cuja validade normativa já se pressupõe”<sup>165</sup>. Assim, haveria que se considerar que o cumprimento regular das normas dos ordenamentos jurídicos intra-estatais se dá sem a presença do aparato coativo, pois dentro dos mesmos existem normas que

---

<sup>164</sup> *Idem. Ibidem*, p. 283, *in verbis*: “Para que una norma tenga carácter jurídico será suficiente la existencia del sentido normativo de aquella doble norma. El hecho de que en estos y aquellos casos la norma sancionadora no pueda aplicarse por motivos prácticos, no altera el carácter jurídico de la norma.”

<sup>165</sup> *Idem. Ibidem*, p. 285, *in verbis*: “la ejecución coactiva no puede ser considerada sin más como nota decisiva del carácter jurídico de una norma(...); la realización coactiva sólo puede tener lugar sobre la base del derecho: no es ella misma el derecho(...), sino más bien un caso de aplicación del derecho, cuya validez normativa se presupone ya.”

são passíveis de execução forçada e normas que não são passíveis de uma via coativa, devendo-se, portanto, apor o caráter jurídico com base no ordenamento como um todo e não se baseando em uma de suas normas.

Comentando acerca das ordens jurídicas supra-estatais, Ascensão<sup>166</sup> afirma que o Direito Internacional possui uma coercibilidade incipiente, por não ser dotada de uma coercibilidade similar à existente intra-estatalmente devido ao mau funcionamento das instituições, somente aparecendo a força da coação quando os infratores são Estados fracos, sendo as grandes potências as maiores violadoras do Direito Internacional calcadas na certeza da impunidade gerada pela ausência de uma autoridade coatora superior na Sociedade Internacional. Entretanto, não afirma o autor a inexistência de sanções específicas do Direito Internacional, haja vista os exemplos dados da boicotagem e das sanções militares. Assim, a coercibilidade seria um indício de amadurecimento das sociedades, conseqüentemente, arrematando que, numa sociedade em estruturação como a internacional, a coercibilidade seria sempre incipiente em comparação com a sociedade intra-estatal.

Assim como Ascensão, considerar-se-á no presente trabalho que ambas as ordens jurídicas, interna e internacional, possuem o atributo da coercibilidade, todavia esta questão suscitou diversos posicionamentos, quanto ao relacionamento de uma ordem com a outra, acarretando a formação de duas grandes correntes de pensamento acerca da matéria: o dualismo e o monismo.

---

<sup>166</sup> ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Op. cit.*, pp. 61-62.

## 8. Sistema Dualista e o problema da recepção.

Com a pretensão de resolução da relação Direito estatal interno *versus* Direito Internacional, o alemão Heinrich Triepel criou os fundamentos da teoria dualista, com a sua obra *Völkerrecht und Landesrecht* (1899). Todavia, apenas com Alfred Verdross (1914) deu-se o nome de “Dualismo” a esta teoria<sup>167</sup>. Nesta corrente doutrinária, o Direito Internacional e o Direito interno seriam sistemas distintos e nunca entrariam em conflito, pois as normas de um não teriam aplicação no outro, sem uma forma de recepção prévia do Direito Internacional pelo Direito interno<sup>168</sup>.

A tese dualista de Heinrich Triepel é sustentada na crença da distinção entre o conteúdo e as fontes (o que ele denominou *rappports sociaux*) do Direito Internacional e do Direito interno, ou seja, por apresentar conteúdo e fontes próprias e distintas, o Direito interno teria por objeto relações diferentes das empreendidas em Direito Internacional, e ambos expressariam sempre a vontade coletiva do grupo social que a eles estivesse submetido<sup>169</sup>.

Desta forma, o Direito interno teria sua fonte na vontade do Estado de emanar normas para reger as relações internas, e o Direito Internacional encontraria sua força legiferante no resultado da vontade coletiva dos Estados, tácita ou expressa (*Vereinbarung*), acarretando, assim, a óbvia dificuldade de um ato unilateral de qualquer Estado criar uma norma de Direito Internacional. A *Vereinbarung* existiria também no âmbito interno dos Estados, por meio do Legislativo ou do Poder Constitucional. Todavia, Triepel vai mais além, propondo a

---

<sup>167</sup> ARIOSI, Mariângela. *Conflitos entre tratados internacionais e Leis internas: o judiciário brasileiro e da nova ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 62.

<sup>168</sup> BAHIA, Saulo José Casali. *Tratados internacionais no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, pp. 71-72.

<sup>169</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados Internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 121.

existência de uma *Gemeinwillen*, que representaria a fusão das vontades diversas em uma vontade superior às vontades isoladamente manifestadas e que seria a fonte primordial do Direito Internacional, diferenciando, assim, desde o seu ponto inicial, o Direito Internacional e o Direito interno<sup>170</sup>.

Dentro do dualismo, uma ordem jurídica se defrontaria com a outra como um puro fato e, portanto, havendo a apreciação de um mesmo acontecimento nestas ordens jurídicas diversas, não ocorreria um conflito de normas. Assim, “a recusa de extradição à base de uma norma interna, enquanto que um tratado impõe a obrigação de extraditar, é um fato legítimo na ordem interna e ilegítimo na ordem internacional, tal como um contrato pode ser nulo na ordem jurídica francesa e válido na ordem jurídica italiana”<sup>171</sup>.

O Direito interno poderia ser internacionalmente relevante ou internacionalmente irrelevante, sendo, no primeiro caso, conforme ou contrário ao Direito Internacional, mas sem perder a sua vigência, quando fosse contrário, pois não poderia surgir conflito entre ambos<sup>172</sup>.

A questão da recepção das normas de Direito Internacional pelo Direito interno tornaria as primeiras juridicamente e formalmente válidas na ordem interna, mas também acarretaria a transformação dos destinatários das normas, que passariam a ser os indivíduos ao invés dos Estados<sup>173</sup>, já que os defensores desta corrente doutrinária acreditavam que o Direito Internacional tinha como atores

---

<sup>170</sup> ARIOSI, Mariângela. *Op. cit.*, pp. 67-68.

<sup>171</sup> BOSON, Gerson de Brito Mello. *Op. cit.*, p. 147.

<sup>172</sup> TRUYOL Y SERRA, Antônio. *Op. cit.*, p. 147.

<sup>173</sup> BOSON, Gerson de Brito Mello. *Op. cit.*, p. 148.

apenas os Estados, mas, como viveria em constante transformação, não se descartaria o surgimento de novos entes de Direito Internacional<sup>174</sup>.

Esta corrente foi adotada na Inglaterra por Oppenheim e na Itália por Anzilotti, mas este último considerava que em certos casos o Direito Internacional poderia ser aplicado na órbita interna sem a necessidade de um procedimento prévio de recepção, posição que ficou conhecida como “dualismo moderado”, em relação a um “dualismo radical” de Triepel<sup>175</sup>.

A grande reação a este sistema dualista veio através daqueles que acreditavam na unicidade do Direito como um todo e não apenas na unicidade dos Direitos estatais, com o sistema de normas internacionais funcionando em apartado das ordens estatais. Muitas foram as críticas à teoria dualista, dentre as quais se ressalta a impossibilidade da existência de dois sistemas, reciprocamente independentes, valendo de modo simultâneo. Cada um deles, soberanamente, estender-se-ia sobre a competência material e territorial do outro, conduzindo ao absurdo de haver duas normas válidas prescrevendo exatamente o contrário, ferindo mortalmente o princípio lógico da contradição<sup>176</sup> (incluindo-se aí, também, o Direito interno dos outros Estados que não o modelo). Ademais, quanto ao conflito de normas entre normas internacionais e internas, Hans Kelsen ressaltou:

Simplesmente, a este fato corresponde um outro perfeitamente análogo dentro da ordem jurídica estadual sem que, no entanto, se ponha por qualquer forma em dúvida, por tal motivo, a unidade desta. Também a chamada Lei inconstitucional é uma Lei válida e permanece tal sem que, por esta razão, se tenha de considerar a Constituição como anulada ou modificada. Também a chamada sentença ilegal é uma norma válida e permanece em vigor até ser anulada por outra sentença. (...) a “anormalidade” de uma norma não significa que haja qualquer conflito entre a norma inferior e a norma superior, mas apenas traduz a anulabilidade da

---

<sup>174</sup> ARIOSI, Mariângela. *Op. cit.*, p. 66.

<sup>175</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Op. cit.*, p. 121.

<sup>176</sup> BOSON, Gerson de Brito Mello. *Op. cit.*, p. 156.

norma inferior ou a punibilidade de um órgão responsável. (...) Tal é o caso nas relações entre o Direito Internacional e o Direito estadual<sup>177</sup>.

Esta visão norteou a teoria monista (em sua versão internacionalista moderada) acerca das relações do Direito Internacional com o Direito interno, como melhor poderá se aperceber a seguir.

### 9. Sistema Monista.

O sistema monista de teorização da relação entre Direito Internacional e Direito interno surgiu como uma reação ao dualismo e considerava ambos como uma unidade jurídica, e não duas ordens jurídicas estanques, cada uma com âmbito de validade dentro de sua órbita, mas como um todo integrado e eficaz para reger as atividades de indivíduos, coletividades e Estados<sup>178</sup>. Assim, os compromissos exteriores assumidos pelo Estado passariam a ter aplicação imediata no ordenamento interno do pactuante, dispensando quaisquer mecanismos de recepção e consagrando a sistemática da incorporação automática<sup>179</sup>.

Esta corrente possui variantes formais distintas: a primeira, chamada monismo jusnaturalista<sup>180</sup>, defendendo a igualdade e coordenação do Direito Internacional e do Direito interno sob o pálio de uma ordem jurídica comum aos dois conjuntos; a segunda, que afirma a primazia do Direito interno sobre o Direito Internacional, e a terceira, que sustenta a predominância do Direito Internacional

---

<sup>177</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª edição. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 367.

<sup>178</sup> BOSON, Gerson de Brito Mello. *Op. cit.*, p. 152.

<sup>179</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Op. cit.*, p. 125.

<sup>180</sup> BOSON, Gerson de Brito Mello. *Op. cit.*, p. 153, e quando aparecem em suas variações teológica e racionalista, também pode ser chamada de teoria conciliadora, a qual tem seus principais defensores os espanhóis seguidores de Antonio de Luna, que defendiam a coordenação dos direitos interno e internacional, sob a égide do Direito Natural, como mostra ARIOSI, Mariângela. *Op. cit.*, p. 96.

sobre o Direito interno. Por ora, será abordada apenas a primeira e suas várias formas.

O monismo jusnaturalista atribui a unidade do direito a um elemento metajurídico, de onde emanam as normas basilares da convivência humana e que funcionam como pressuposto de validade da ordem interna e internacional. De acordo com a natureza da fonte primária e unitiva das ordens, teríamos monismo jusnaturalista: teológico (que teria seu fundamento de validade na unidade criada por Deus); racionalista (que tiraria da razão humana, invariável no tempo e no espaço, impossibilitando a existência de concepções jurídicas de naturezas diversas); psicológico (que concebe o Direito como resultante da consciência da massa dos indivíduos, na órbita interna ou internacional); sociológico (uma vez que o Direito positivo seria uma versão das Leis biológicas que governam a vida e o desenvolvimento da sociedade, seja ela nacional ou internacional); e, por fim, o historicista (que afirma ser o Direito uma parte da evolução histórica, sendo o Direito interno e internacional, igualmente, expressões da consciência jurídica, não se podendo separar artificialmente as consciências do homem, em interna e internacional, uma vez que a consciência humana é una)<sup>181</sup>.

Igualmente, as variantes formais do monismo que mais se destacaram foram as que estatuíam entre o Direito Internacional e o Direito interno a primazia de um sobre o outro. Veja-se mais detalhadamente, a seguir.

---

<sup>181</sup> Sobre o monismo jusnaturalista e suas vertentes, ver BOSON, Gerson de Brito Mello. *Op. cit.*, pp. 153-155.

### 9.1 Com predominância do Direito interno.

Esta variante do monismo defende o primado do Direito interno de cada Estado soberano sobre o Direito Internacional, sendo este adotado por aquele apenas de forma discricionária. Kelsen, ao comentar a respeito desta vertente do monismo, afirmou que esta doutrina considera que o Direito Internacional vale:

... não como uma ordem jurídica independente da própria ordem estadual, isolada em face desta, mas – na medida em que seja Direito – como uma parte integrante da própria ordem jurídica estadual. Tem-se-lhe chamado 'Direito estadual externo', partindo da suposição de que regula as relações do Estado com o 'exterior', as suas relações com outros estados<sup>182</sup>.

Possuindo suas raízes na doutrina de Hegel, que considera o Estado como possuidor de uma soberania absoluta e que não estaria, por conseguinte, sujeito a nenhum sistema jurídico que não tenha provindo de sua própria vontade, o fundamento do Direito Internacional seria a autolimitação do Estado, de acordo com Jellinek, um dos defensores desta vertente. Desta forma, o Direito Internacional é reduzido a um simples direito estatal externo, não existindo duas ordens jurídicas independentes e autônomas que mantenham relações entre si<sup>183</sup>.

Os argumentos basilares de seus defensores são: a ausência de uma autoridade supra-estatal, cabendo a cada Estado determinar, ao seu bel prazer, suas obrigações internacionais, sem nenhum órgão que o regule neste afã; e o fundamento puramente constitucional dos órgãos competentes para concluir tratados em nome do Estado, obrigando-o no plano internacional. Todavia, Mirtô Fraga ressalta que os seus defensores se esquecem que o Direito Internacional não tem como fonte única os tratados e, assim, o primeiro postulado desta teoria cairia

---

<sup>182</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª edição. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 373.

<sup>183</sup> MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional*. 11ª edição revista e aumentada. 1º Volume. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 105.

por terra ao se observar as outras fontes do Direito Internacional, principalmente os costumes; e quanto ao segundo postulado, este não pode subsistir, haja vista a permanência da observância dos tratados internacionais, mesmo com a mudança das Constituições internas dos Estados, portanto, sem subordinação dos primeiros às segundas, em razão do princípio da continuidade ou identidade do Estado<sup>184</sup>.

Esta vertente nega o caráter autônomo do Direito Internacional, sendo até considerada como pseudo-monista<sup>185</sup>, haja vista a existência de várias ordens internas, sendo todas fundantes do Direito Internacional, acarretando a existência de tantas ordens internacionais quantos Estados existam.

## 9.2 *Com predominância do Direito Internacional.*

O monismo com primazia do Direito Internacional foi desenvolvido pela Escola de Viena, tendo como principais representantes Kelsen, Verdross e Kunz.

Esta teoria foi desenvolvida após a Segunda Guerra Mundial e era movida pelo desejo de um conagraçamento dos povos através de um sistema de normas internacionais, o Direito Internacional, que exerceria a primazia sobre o Direito interno, visando evitar, através de um arsenal teórico, a volta dos nacionalismos exacerbados.

O grande representante desta vertente é Hans Kelsen, com a sua estrutura piramidal do Direito, que explicou a primazia do Direito Internacional sobre o Direito interno dos Estados. Em sua concepção do Direito, haveria uma norma

---

<sup>184</sup> FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 7.

<sup>185</sup> TRUYOL Y SERRA, Antônio. *Op. cit.*, p. 147.

fundamental, primeira, a partir da qual originar-se-iam as demais normas. Esta norma garantiria a unidade do sistema jurídico, no qual cada norma encontraria seu fundamento em uma norma superior, evitando qualquer contradição interna através do critério hierárquico<sup>186</sup>. Todavia, a posição de Kelsen, em princípio, era de indiferença com o Direito Internacional, já que a norma fundamental do Direito (*Grundnorm*) seria apenas uma hipótese, baseada em uma livre escolha. Em um segundo momento, sob a influência de Verdross, Kelsen estabeleceu que a *Grundnorm* seria a obrigação do cumprimento dos pactos firmados (*pacta sunt servanda*), norma de Direito Internacional consuetudinária. Assim, estabeleceu a predominância do Direito Internacional sobre o Direito interno dos Estados<sup>187</sup>.

Inicialmente, ao considerar a primazia do Direito Internacional sobre o Direito interno, Kelsen não considerava conflitos entre estas duas ordens, pois qualquer norma interna contrária ao Direito Internacional seria nula (o que foi denominado monismo radical). Mas, posteriormente, mudou sua posição e concluiu, como já observado anteriormente, que um conflito entre uma norma interna e uma internacional se resolveria com a anulação da primeira – em similitude com a decretação de inconstitucionalidade de uma Lei ordinária interna, sem acarretar uma quebra da unidade do sistema jurídico (monismo moderado). Para corroborar com a posição kelseniana de prevalência do Direito Internacional, partiu-se da premissa que todos os Estados são iguais em status, não importando para o Direito Internacional tratar-se de uma potência ou não<sup>188</sup>.

O maior sustentáculo para esta corrente partia da divisão do Direito Internacional feita por Grócio em voluntário e natural, sendo apenas este último que

---

<sup>186</sup> ARIOSI, Mariângela. *Op. cit.*, p. 94.

<sup>187</sup> *Idem. Ibidem*, p. 77.

<sup>188</sup> *Idem. Ibidem*, p. 83.

se sobreporia ao Direito estatal, e consistiria num complexo de normas existente de forma independente da vontade dos Estados, como exemplo, a norma considerada fundamental por Kelsen – *pacta sunt servanda*. A validade do Direito Internacional fundar-se-ia no reconhecimento emanado pelos Estados ao sistema internacional, que poderia ser tácito ou expresso, acarretando uma validade subjetiva para aquele tipo de reconhecimento e uma validade objetiva para este tipo. Desta forma, um tratado internacional geraria a obrigação para os Estados signatários de promulgar Leis, em consonância com as disposições contratadas, ou geraria obrigações imediatamente na ordem interna. Assim, para cumprir esta obrigação, seria necessária ou não a transformação do Direito Internacional em Direito interno. A transformação seria indispensável quando uma norma interna viesse a ferir uma norma internacional, pois este Estado estaria violando princípios fundamentais do Direito Internacional; já a transformação dispensável ocorreria quando houvesse um choque entre normas das duas ordens, devendo-se, neste caso, verificar qual a disposição constitucional do Estado acerca da incorporação do novo direito: se a Constituição dispusesse acerca da incorporação deste Direito disposto no tratado, poderia ocorrer a derrogação da Lei contrária ao tratado internacional, se a Constituição não versasse sobre a matéria, dever-se-ia aplicar o princípio *lex posterior derogat priori*<sup>189</sup>.

Esta corrente, da mesma forma que a anterior, sofreu críticas por parte de seus adversários, que afirmavam a natureza não-histórica do monismo, porquanto os Estados nasceram antes da Sociedade Internacional, que somente depois se tornou independente e autônoma em relação aos Estados.

---

<sup>189</sup> *Idem. Ibidem*, pp. 84-89.

A importância deste embate doutrinário pode ser atestada com a posição de Kelsen acerca do dualismo (o que ele considera pluralismo), no qual afirma que esta corrente doutrinária visa primordialmente não estatuir a independência do Direito interno em relação ao Direito Internacional e, sim, sustentar a soberania absoluta do Estado. E, dentro de sua teoria monista, arremata:

O Estado na sua capacidade de autoridade jurídica deve ser idêntico à ordem jurídica nacional. Dizer que o Estado é soberano significa que a ordem jurídica nacional é uma ordem acima da qual não existe nenhuma outra. A única ordem que se poderia supor como sendo superior à ordem jurídica nacional é a ordem internacional. Assim, a questão de saber se o Estado é soberano ou não coincide com a questão de saber se Direito Internacional é ou não superior ao Direito nacional<sup>190</sup>.

Percebe-se que a importância desta controvérsia teórica é de ordem prática e se debruça sobre a questão a ser abordada, qual seja, a soberania Estatal e sua situação contemporânea, pois, como disse com muita precisão Mazzuoli: “a questão, como se vê, envolvendo a doutrina dualista e a monista, é relevante na prática a fim de se saber se um Estado pode ou não invocar o seu ordenamento jurídico interno para se esquivar do cumprimento daquilo que foi acordado internacionalmente”<sup>191</sup>. Esta questão poderia ser resolvida com a leitura do artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que dispõe: “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno como justificativa para o inadimplemento de um tratado. (...)”<sup>192</sup>. Todavia, é imprescindível uma adequada explanação acerca do problema.

---

<sup>190</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1992, pp. 371-372.

<sup>191</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Op. cit.*, p. 133.

<sup>192</sup> ARIOSI, Mariângela. *Op. cit.*, p. 249.

## 10. A evolução do conceito de soberania.

A questão da soberania dos Estados é assunto que concerne não apenas aos estudos jurídicos, como também à política (e, também, à economia), pois, como salientou Beaud: “a soberania se situa forçosamente no interesse de dois discursos, o jurídico e o político”, com o primeiro envolvendo a questão de “prerrogativa jurídica exata de soberania” e o segundo se referindo ao princípio da legitimidade”<sup>193</sup>. Pinto Ferreira, já na primeira metade do século XX, afirmava ser o princípio da soberania o mais discutido princípio geral da Teoria do Estado, em face de sua importância<sup>194</sup>. Assim, tenciona-se traçar um esboço das condições em que se desenvolveu a idéia da soberania dos Estados procurando ressaltar o porquê de sua evolução e sua situação atual, no século XXI.

A origem da palavra soberania não é pacífica, havendo autores que a associam à palavra “superanus”, provinda de origem popular do médio latim, a qual “exprime a idéia de primazia, mas pode também invocar um grau de superioridade” (podendo, assim, ter um alcance absoluto, como também relativo)<sup>195</sup>, enquanto que outros afirmam que sua origem provém do baixo latim “superanitas”. De qualquer forma sua utilização primeira pode ser fixada no período medieval, quando Felipe de Beaumanoir escreveu que cada barão seria soberano em seu baronato<sup>196</sup>.

O sentido da expressão “soberania” já podia ser encontrado muito antes de sua denominação ao se analisar a Polis grega (onde havia a idéia de

---

<sup>193</sup> BEAUD, Olivier. *La Puissance de L'Etat*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994, pp. 20-21 *apud* MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direito Internacional da Integração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, pp. 121.

<sup>194</sup> FERREIRA, Pinto. *Da Soberania*. Tese apresentada à Faculdade de Direito do Recife, no concurso para professor docente-livre de Teoria Geral do Estado. Recife: Oficinas Gráficas do Jornal do Commercio, 1943, p. 11.

<sup>195</sup> MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. A Soberania através da História. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). *Anuário Direito e Globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 10.

<sup>196</sup> *Idem*. *Direito Internacional da Integração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, pp. 120-121.

independência econômico-política da Polis, que se fazia presente por meio do termo “autarquia”). Em Roma, a idéia de soberania perde sua importância, haja vista a pretensão daquele império de tornar-se mundial e único, compondo um corpo normativo que abrangia as relações não só entre os cidadãos romanos, mas também entre os cidadãos e os estrangeiros, e entre estes últimos. Desta forma, tornava-se inviável o conceito de soberania, na falta de atores independentes na esfera internacional<sup>197</sup>.

A soberania se afirma como princípio na Idade Média quando o mundo ocidental, após a queda do Império Romano, se encontrava regido por um sistema feudal onde imperava uma ampla dissipação do poder político-econômico, existindo uma certa hierarquia de senhores e vassallos, em cujo topo encontrava-se o imperador – coroado pelo Papa e de quem recebia sua autoridade. Foi com o intuito de justificar teoricamente a unificação do Poder e eliminar guerras civis ou religiosas, permitindo o desenvolvimento de uma vida econômica, que surgiu a noção de soberania estatal. Com seu advento, começa-se a falar de um Direito divino dos reis (afastando a autoridade eclesiástica dos assuntos temporais), legitimador de uma autoridade sobre os senhores feudais. Por meio da teoria da soberania estatal, aumentou-se o espaço e melhoraram-se as condições para o comércio, que deixou de acontecer somente dentro do feudo e, como se estabeleceu a unidade de criação legal, unificaram-se os tributos e as mercadorias passaram a custar mais barato, estimulando a compra e venda, que passou a ser feita com maior segurança, pois,

---

<sup>197</sup> Ver FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Soberania & Processo de Integração*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 75, porém a autora não acredita na existência da soberania na sociedade helênica.

em âmbito interno a tranquilidade havia aumentado e, em âmbito externo, o Estado passou a ter mais poder para se proteger de seus inimigos<sup>198</sup>.

Assim, Jean Bodin, apontado como o primeiro grande teórico da soberania do Estado moderno, definiu o princípio da soberania como o poder supremo sobre os cidadãos e súditos, que independe das Leis positivas, mas que encontraria um limite em sua vinculação aos Direitos divino, natural e das gentes. Deste conceito se extrai que nunca se pretendeu ser o Estado o ordenamento jurídico supremo e ilimitado, bastando ao mesmo ser a instância suprema quanto aos seus súditos dentro de seu território. Vattel, já no século XVIII, corroborando com o anteriormente posto, acreditava ter a soberania características interna e externa, respectivamente, de um governo próprio e independência em relação aos demais Estados. Todavia este governo próprio não deixaria de ser subordinado às normas morais e do Direito Internacional positivo<sup>199</sup>.

Outrossim, observa-se que a base na qual se sustenta a idéia de soberania do Estado modificou-se ao longo da história, haja vista que Bodin, quando escreveu “Os Seis Livros da República” (1576), tinha em vista a conjuntura medieval e não se referia a um poder com origem popular. Bodin referia-se a figura de um poder absoluto, o qual deveria (em face das condições existentes à época) ser concentrado na figura do Imperador. De acordo com Heller, esta distorção gerou:

Os erros mais divulgados do pensamento político procedem do fato de se confundir o núcleo de poder que realiza positivamente o poder estatal, com o próprio Estado. Do fato, certamente exato, do Estado apoiar-se nesse núcleo de poder, tira-se a falsa consequência de que este núcleo de poder ‘é’ o Estado. Este sofisma está na base de todas as inadmissíveis concepções que confundem o Estado com o seu Governo e o poder do Estado com o poder do Governo. De maneira alguma deve admitir-se que o

---

<sup>198</sup> Conforme VERDROSS, Alfred. *Op. cit.*, p. 9 e MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direito Internacional da Integração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 121.

<sup>199</sup> VERDROSS, Alfred. *Op. cit.*, p. 9.

poder do Estado, como unidade de ação objetiva, coincida com o núcleo de poder nem com o dêste junto com o dos seus aderentes<sup>200</sup>.

Essa posição histórico-política modificou-se por meio dos pensamentos de Hobbes, Locke e Montesquieu até chegar ao pensamento de Rousseau e a sua ascendência sobre a Revolução Francesa de 1789, que introduziu no pensamento mundial a idéia que a soberania estatal pertencia ao povo e não mais se identificava na figura do governante. Assim, o dogma da soberania apareceria para expressar o Estado como potência nacional, “numa época em que só se concebia o Estado como uma associação de homens reunidos sob o império de normas jurídicas e sem a fusão desta idéia com as de nação e poder”<sup>201</sup>.

Quanto à relação da soberania estatal em relação ao Direito Internacional, observa-se que, com a filosofia hegeliana de soberania absoluta e ilimitada do Estado hipertrofiado, este seria o ordenamento supremo, e não reconheceria nenhum ordenamento jurídico superior, o que gerou, como já visto, as teorias monistas nacionalistas. Neste diapasão, a soberania seria a grande característica do Estado, como pessoa de Direito Internacional, já que era dotado de plena capacidade de agir, consagrando-se o direito à existência do Estado e a teoria dos Direitos Fundamentais do Estado<sup>202</sup>.

Todavia, para justificar o Direito Internacional que já existia e possuía normas e para que continuasse válida a idéia da soberania, com base na condição de entes coordenados com iguais poderes, a doutrina dominante construiu um

---

<sup>200</sup> HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 285.

<sup>201</sup> RADBRUCH, Gustav. *Op. cit.*, pp. 373-374.

<sup>202</sup> MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direito Internacional da Integração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 122.

contratualismo<sup>203</sup> entre os Estados autônomos, isto é, que tinham plena “consciência” de sua liberdade para contratar ou não.

Duas críticas poderiam ser alinhadas contra este posicionamento: esta teoria não responderia à subsistência da obrigação de cumprimento dos contratos internacionais mesmo com toda liberdade contratual que possuíam os Estados de saírem da Sociedade Internacional; e, da mesma forma, não solucionaria o porquê da não exclusão das demais soberanias estatais pelo fato de ser a soberania um atributo que não encontra limites, mas esta soberania só se exteriorizaria dentro do território dos Estados.

Para aqueles contrários ao dogma da soberania como elemento primacial da criação do Direito Internacional, aduziam que este consistia num direito de coordenação – o qual, para manter este seu atributo, pressupunha previamente existir outro direito de subordinação – e, logicamente, este não toleraria outra ordem jurídica acima dele. E, não havendo norma superior para subordinar a vontade atual àquela anterior, desapareceria o motivo da permanência da vinculação à vontade anteriormente exteriorizada. Como disse Radbruch<sup>204</sup>, esta teoria conduziria a um relaxamento da obrigatoriedade dos contratos internacionais e conseqüentemente à negação da natureza jurídica do Direito Internacional. Outrossim, a doutrina contemporânea encara a soberania de uma forma mais consentânea à participação do Estado nas relações internacionais.

Ferreira afirmou que o Estado já não se configura como um ordenamento jurídico soberano no século XX, gozando apenas de autonomia constitucional limitada nos moldes fixados pelo Direito Internacional e pela

---

<sup>203</sup> O que corresponderia à doutrina dualista, anteriormente abordada.

<sup>204</sup> RADBRUCH, Gustav. Obra citada, p. 375.

comunidade internacional, já que esta é uma forma de organização humana mais vasta e elevada<sup>205</sup>. Desta forma a soberania seria “um conceito de Direito das Gentes, do ordenamento jurídico da comunidade internacional, desde que êle se realizou concretamente e se sobrepôs aos ordenamentos jurídicos parciais dos Estados”<sup>206</sup>.

Para Podestá Costa, “a soberania é a função de reger o Estado, exercida pelo poder público dentro de seu respectivo território e com exclusão, em princípio, de qualquer outro poder”<sup>207</sup>, comportando divisões entre os órgãos estatais. O autor descarta o caráter absoluto da soberania em face da necessidade de sua coordenação com as soberanias dos demais estados, ressaltando a interdependência dos Estados como “fenômeno incoercível e universal que impõe à soberania restrições cada vez maiores no terreno econômico, em primeiro lugar, e logo no político”<sup>208</sup>.

Kelsen, ao se posicionar acerca da soberania do Estado em face do Direito Internacional, afirma que o conceito se configura, tão somente como a independência legal frente a outros Estados, isto é, como a afirmação do princípio da igualdade entre os Estados na órbita internacional, e não mais como uma suprema autoridade, já que “a soberania dos Estados, como sujeitos de Direito

---

<sup>205</sup> FERREIRA, Pinto. *Op. cit.*, pp. 326-327 e 336.

<sup>206</sup> *Idem. Ibidem*, p. 341.

<sup>207</sup> PODESTA COSTA, L.A.; RUDA, Jose Maria. *Derecho Internacional Publico*. 1º Volume. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1994, p. 66, *in verbis*: “La soberania es la función de regir al Estado, ejercida por el poder público dentro de su respectivo territorio y con exclusión, en principio, de cualquier otro poder”.

<sup>208</sup> *Idem. Ibidem*, p. 68, *in verbis*: “...fenómeno incoercible y universal que impone a la soberania restricciones cada vez mayores en el terreno económico, primero, y luego en el político”.

Internacional, seria a autoridade legal dos Estados submetida à autoridade da Lei internacional”<sup>209</sup>.

Assim, notando-se que a noção de soberania amolda-se às condições fático-históricas, mister se faz analisar as condições contemporâneas mundiais e posicionar, adequadamente, a soberania estatal em face da Sociedade Internacional.

#### *11. A Sociedade Internacional frente à soberania dos Estados e o cumprimento das normas internacionais.*

Hodiernamente, a interpenetração dos Estados torna perceptível a ligação profunda que existe entre os países e que, há algumas décadas, não se fazia tão presente. No mundo atual, os problemas econômicos concernem a todas as nações e, por causa disto, surgiram necessidades globais, tais como a preservação dos direitos fundamentais de “terceira geração” – a um meio ambiente equilibrado, à cultura, à paz, ao progresso, etc. Neste contexto, o princípio da soberania deve ser encarado através de outro prisma, atentando-se para os movimentos integracionistas e sua problemática quanto à relação entre Direito interno estatal e Direito Internacional.

Hermann Heller, ao abordar a questão da existência de um direito positivo – aquele que possui validade, existência social e realidade, somente dentro de uma comunidade jurídica, em um tempo e lugar determinados – e a existência de normas jurídicas fundamentais super-positivas (princípios), afirmou que estas últimas

---

<sup>209</sup> Kelsen, Hans. “El principio de igualdad de soberanía entre los estados, como base de la organización internacional”. *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, n° 3. Córdoba: Imprenta de la Universidad, 1944, pp. 774-775, *in verbis*: “... la soberanía de los Estados, como sujetos del Derecho Internacional, es la autoridad legal de los Estados sometida a la autoridad de la ley internacional”.

existem em duas espécies: princípios constitutivos da forma pura do direito (os quais poderiam ser aplicados em todos os ordenamentos jurídicos positivos) e os princípios construtores do conteúdo do direito, os quais estão condicionados ao seu reconhecimento pelos círculos culturais da comunidade<sup>210</sup>. Dentro desse prisma, neste trabalho considerar-se-á o princípio da soberania como um dos “princípios construtores do Direito” de Heller, salientando-se a característica de condicionamento pela cultura que o circunda, qual seja, a da Sociedade Internacional.

Para Mello, o princípio da soberania no mundo contemporâneo é meramente formal, haja vista a ultrapassagem do conceito clássico de soberania e a instituição de uma noção de Estado soberano como aquele que recebe diretamente um feixe de competências da ordem jurídica internacional, muitas vezes delegando a outros atores internacionais – notadamente organizações internacionais – algumas competências, e, assim, comprovando a divisibilidade da soberania, contemporaneamente<sup>211</sup>. Após a sanção da Carta da ONU (1945) e da aprovação da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) pela Assembléia Geral das Nações Unidas, a soberania deixou de ser uma liberdade absoluta dos Estados para

---

<sup>210</sup> HELLER, Hermann. *La Soberanía: Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*. Trad. Mario de La Cueva. México: Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 128-129, *in verbis*: “... esas normas jurídicas fundamentales existen, (...) sino que son, bien principios constitutivos de la forma pura del derecho y, como tales, tienen validez como reglas de la lógica jurídica, o bien principios constructores del contenido del derecho, con una pretensión ética de validez. Los primeros poseen validez general, no necesitan ser afirmados por ninguna voluntad y son de aplicación efectiva en cada orden jurídico positivo; los segundos pueden tener también validez, pero siempre que sean afirmados por todos los círculos culturales. Los principios de la segunda especie constituyen las normas éticas del derecho; su validez está condicionada a su reconocimiento por los círculos culturales de la comunidad y pueden ser desconocidos por un acto de voluntad o por el derecho positivo”.

<sup>211</sup> MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direito Internacional da Integração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 123.

subordinar-se, juridicamente, a duas normas fundamentais: o imperativo da paz e a tutela dos direitos fundamentais<sup>212</sup>.

No segundo quartel do século XX, Agamenon Magalhães atentava para a questão da interdependência econômica dos Estados, acrescentando que este já seria um dos fatos dominantes da sociedade mundial e ressaltou o esforço que as nações faziam para conviver internacionalmente em face de exigências econômico-políticas<sup>213</sup>. Os movimentos globalizantes (ou mundializantes) e a tendência de liderança das Nações Unidas na indicação dos caminhos do Direito Internacional atestam o fortalecimento da ordem jurídica internacional em detrimento da soberania dos Estados. Após a Segunda Grande Guerra, houve um processo de democratização das relações internacionais, tendo como liame organizador o Direito Internacional. Nesse contexto, “surgem as teses acerca da corrosão da soberania nacional, da possibilidade do surgimento de organizações supranacionais e outras”<sup>214</sup>.

Heinrich Triepel, mesmo acreditando que apenas os Estados seriam sujeitos de Direito Internacional, reconhecia a constante transformação do sistema internacional e a possibilidade do surgimento de outros sujeitos na órbita internacional, o que acarretaria a mudança, igualmente, nos *rappports sociaux* que basearia o Direito Internacional<sup>215</sup>. Assim, o que se observa é que, mesmo sem ter que se concordar com a teoria dualista de Triepel, realmente está ocorrendo uma mudança nos quadros do Direito Internacional, com a influência, cada vez maior, das

---

<sup>212</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 39-40.

<sup>213</sup> MAGALHÃES, Agamenon. *O Estado e a Realidade Contemporânea*. Recife: [s.n.], 1933, p. 9 *apud* FERREIRA, Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. 4ª edição ampliada e atualizada, Tomo II. São Paulo: Saraiva, 1962, pp. 599-600.

<sup>214</sup> ARIOSI, Mariângela. *Op. cit.*, p. 78.

<sup>215</sup> *Idem. Ibidem*, pp. 65-66.

organizações internacionais em decisões concernentes a assuntos anteriormente considerados de âmbito interno dos Estados.

Como atestado de uma mudança estrutural do Direito Internacional, Podestá Costa cita uma decisão da Corte Internacional de Justiça que dispõe acerca da possibilidade de um 'domínio reservado' de competências materiais concernentes ao Estado, que afirma: "a questão de se uma questão cabe ou não exclusivamente dentro da jurisdição de um Estado é uma questão essencialmente relativa, e depende do desenvolvimento das relações internacionais"<sup>216</sup>. Esta afirmativa envolve diretamente a posição político-jurídica que os Estados tomam quanto à recepção do Direito Internacional em seus ordenamentos internos, em face dos movimentos integracionistas calcados em razões globalizantes ou mundializantes.

A discussão a respeito da interpenetração dos Estados já foi alvo de muitos estudos que estabeleceram nomenclaturas em consonância com os motivos que a move. Assim, restringir-se-á neste trabalho, aos atuais conceitos de globalização e mundialização<sup>217</sup>, todavia ressaltando-se ser inviável caracterizar todo o fenômeno integracionista nestas duas abordagens teóricas.

A globalização teria como escopo interesses econômicos em relação ao processo de integração dos Estados, enquanto a mundialização seria movida por uma intenção muito mais nobre, qual seja, uma verdadeira aproximação entre os países, visando ao estabelecimento de uma paridade real entre eles e não uma relação de vassalagem. Projetando-se para o futuro, a intenção mundializante seria o estabelecimento de um Estado mundial aglutinador-igualitário, resultante da fusão

---

<sup>216</sup> PODESTA COSTA, L.A.; RUDA, Jose Maria. *Op. cit.*, p. 72, *in verbis*: "la cuestión de si una cuestión cae o no exclusivamente dentro de la jurisdicción de un Estado es una cuestión esencialmente relativa; depende del desarrollo de las relaciones internacionales".

<sup>217</sup> Sobre esta matéria, conferir FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, pp. 144-157.

dos Estados já existentes, enquanto que a globalização se fundaria no desaparecimento dos Estados, seja pela ação de uma única grande potência (como vemos atualmente) ou pelo total e completo desaparecimento dos Estados, através da ação deletéria das companhias transnacionais<sup>218</sup>. Estas nomenclaturas só atestam intenção da relativização do espaço estatal, com a perda da importância das fronteiras, fazendo lembrar o desejo burguês do século XVIII de uma maior amplitude de mercados, o que fez gerar o Estado moderno, baseado no liberalismo, e, hoje, vemos o neoliberalismo a basear teoricamente as investidas globalizantes.

Outrossim, neste contexto, há que se aclarar como se compunha a conjuntura para o surgimento do liberalismo e do neoliberalismo. O primeiro surgiu como uma resposta à fragmentação feudal, enquanto que o segundo foi construído para fazer frente a economias socialistas. Todavia, o que se mostra é que um funciona contra o outro, haja vista que, com o liberalismo houve a instituição da “primeira geração de direitos” que culminaram com direitos difusos e que tornam digna a vida humana, dentre os quais o direito a um emprego e um salário. Já o neoliberalismo, volta-se contra as liberdades formais que garantem os direitos e garantias individuais conseguidos pela instituição do liberalismo<sup>219</sup>.

Como forma de proteção contra os movimentos globalizantes e contra a ação danosa de companhias transnacionais, os movimentos integracionistas floresceram para fortalecer os Estados enfraquecidos por razões diversas. A atual

---

<sup>218</sup> Torna-se importante, neste momento, diferenciar-se empresa transnacional e empresa multinacional, pois esta se desenvolve em vários estados com uma certa constância, mas conserva laços com o Estado de onde provém e ao qual permanece intimamente ligada. Por outro lado, a empresa transnacional, mesmo atuando em vários Estados, sua presença caracteriza-se por uma manutenção de condições propícias à sua atividade no local – custos trabalhistas baixos, benefícios fiscais, possibilidade de ampliação do consumo – os quais desaparecendo, fazem com que as transnacionais se desloquem em busca dos mesmos benefícios em outro Estado, desta forma, mantendo-se inatingidas por qualquer política estatal, e, inclusive, pelos motivos propícios à sua atividade fluindo nas políticas estatais, conforme *Idem. Ibidem*, pp. 234-235.

<sup>219</sup> GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 91.

União Européia teve seu início na Comunidade do Carvão e do Aço, movida pela necessidade de recuperação frente aos enormes prejuízos ocasionados pela Segunda Grande Guerra e como forma de fazer frente à hegemonia econômica mundial americana. Porém, nem todos os exemplos de integração entre países foram calcados em premissas que possibilitassem um desenvolvimento semelhante de todos Estados envolvidos. Como forma de exemplificação, vê-se o Acordo de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA), o qual representa uma clara dominação de Estados mais fortes sobre outros mais fracos. Para que a integração ocorra de forma benéfica aos Estados participantes, estes devem possuir graus semelhantes de desenvolvimento, aumentando o poder político dos componentes do bloco de países, e, desta forma, mas por outro caminho, reafirmando a soberania dos Estados<sup>220</sup>.

A questão da integração de Estados é importante para a questão entre Direito Internacional e soberania estatal, quando se observa a circulação irrestrita de mercadorias, pessoas e serviços dentro dos países componentes dos blocos. Dentro desta questão, importante se torna perfilar os posicionamentos dos diversos ordenamentos jurídicos estatais quanto à recepção do Direito Internacional, como forma de comprovação da mudança do pensamento político-jurídico sobre a matéria<sup>221</sup>.

A Lei Fundamental da Alemanha, em seu artigo 25, prescreve que: “As regras gerais do Direito Internacional público fazem parte do direito federal,

---

<sup>220</sup> FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 153.

<sup>221</sup> Sobre este ponto, ver MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Op. cit.*, pp. 133-150.

prevalecem sobre as Leis e produzem directamente direitos e deveres para os habitantes do território federal”<sup>222</sup>.

A Constituição francesa, em seu artigo 55, estabelece que os “tratados ou acordos devidamente ratificados e aprovados terão, desde a data de sua publicação, autoridade superior a das Leis, com ressalva, para cada acordo ou tratado, de sua aplicação pela outra parte”.

A Carta Magna italiana, artigo 10, prevê que “o ordenamento jurídico italiano se conforma às normas do Direito Internacional geralmente reconhecidas”. Da mesma forma, o artigo 6º da Constituição dos Estados Unidos da América dispõe que os “... tratados celebrados ou que se celebrarem sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a Lei suprema do País, e os juízes em cada Estado serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição e nas Leis de qualquer dos Estados”. No mesmo diapasão se comportam as constituições do Paraguai, da Grécia, do Equador, entre outras. Um patamar acima, encontra-se a Constituição holandesa que prevê até a possibilidade de conclusão de tratados em contrariedade à própria Carta Maior, uma vez aprovados pela maioria qualificada de dois terços dos Estados-Gerais.

No Brasil, vê-se a permeabilização do ordenamento jurídico e, conseqüentemente, do conceito de soberania, principalmente com a adoção dos tratados que versem sobre os direitos fundamentais, dentro de uma concepção monista internacionalista, presente no artigo 5º, § 2º.

---

<sup>222</sup> ALEMANHA. *Lei Fundamental da Republica Federal da Alemanha*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 155.

A relação entre o Direito Internacional e a soberania dos Estados nacionais é matéria que ainda hoje suscita controvérsias. Numa época em que vemos a hipertrofia de uma única grande potência estatal, é cada vez mais importante estabelecer a posição da Sociedade Internacional<sup>223</sup> frente aos seus membros e, por conseguinte e mais importante neste trabalho, a situação dos Estados frente à Sociedade Internacional.

Atualmente a soberania possui um conteúdo que é cada vez menor, tendo em vista a internacionalização da vida econômica, social e cultural. As organizações internacionais têm proliferado nos mais diferentes domínios. E, os Estados que visam a integração econômica são aqueles em que a noção de soberania sofre uma restrição mais acentuada<sup>224</sup>.

Nesse contexto de mundialização, a cooperação intergovernamental é uma necessidade. Para isso, têm-se buscado soluções que conciliem os ideais econômicos e o princípio da soberania. Um bom exemplo para a solução desse impasse é o conceito europeu de “soberania compartilhada”, fruto da situação jurídica em que se encontra o “velho continente”, aglomerado numa União Européia. A “soberania compartilhada” consiste na transferência de parcelas de poder dos Estados, que passam a ser exercidas conjuntamente por todos aqueles que compõem aquela União<sup>225</sup>.

---

<sup>223</sup> Em consonância com o estudo TÖNNIES sobre sociedade e comunidade, TRUYOL Y SERRA, *Op. cit.*, pp. 111-113, afirma que não se pode dizer se o agrupamento dos Estados se configura numa Comunidade ou Sociedade de uma forma definitiva, pois considera a possibilidade, de dentro do tal agrupamento, existirem grupos com mais características de comunidade (veja-se o exemplo atual dos blocos de países e suas diversas fases) e outros com mais características de sociedade. De qualquer maneira, dada a estrutura atual, a denominação mais adequada é “Sociedade Internacional”.

<sup>224</sup> MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional*. 2ª edição revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 131.

<sup>225</sup> REIS, Márcio Monteiro. “O Estado Contemporâneo e a Noção de Soberania”. In: MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque (Coord.). *Anuário Direito e Globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 291-293.

A questão sobre a adoção de um sistema monista ou dualista na relação entre Direito Internacional e Direito interno, presentemente, mostra-se importante na medida em que se admita como um reflexo da soberania estatal frente à conjuntura histórica da Sociedade Internacional. Há que se admitir que as posições dos autores são tomadas com base na ideologia acerca da soberania dos Estados, ao considerar-se a manutenção destas soberanias na sua forma absoluta clássica ou não<sup>226</sup>. Kelsen, sobre esta questão, afirmou ser o dualismo “um corolário dogmático-apológico da soberania do Estado, pois defende a manutenção da autoridade suprema do Estado sobre qualquer ordem de caráter supranacional, reafirmando a teoria clássica da soberania estatal”<sup>227</sup>.

A questão da exteriorização da soberania estatal dentro de limites territoriais traz em si uma impossibilidade de conciliação de um poder supremo com limites de atuação e isto seria uma espécie de limitação externa a este poder “supremo”, que tenderia a se considerar único e excluir todas as outras soberanias. Esta expansão de uma soberania configura um dos grandes medos da Humanidade neste período conturbado do começo do século XXI. E um adequado posicionamento da função do Direito Internacional poderá impedir os freqüentes choques entre as ordens jurídicas dos Estados, fazendo-as conterem-se dentro dos limites de suas fronteiras.

Pensando desta forma Verdross<sup>228</sup>, ao falar de sociedades independentes, as diferencia em dois tipos: as em sentido absoluto – que são as que não estão vinculadas a uma ordenação jurídico-positiva superior – e as dependentes – as que reconhecem sobre si um ordenamento jurídico e se guiam em consonância

---

<sup>226</sup> BAHIA, Saulo José Casali. *Op. cit.*, p. 78.

<sup>227</sup> ARIOSI, Mariângela. *Op. cit.*, p. 76

<sup>228</sup> VERDROSS, Alfred *apud* TRUYOL Y SERRA, Antônio. *Op. cit.*, pp. 113-114.

com os limites para elas traçados. Estas últimas comportam uma divisão hodiernamente muito importante, qual seja: a) aquelas que regulam as relações materiais de seus súditos, para eles parecendo a ordenação mais alta, mesmo que isto se dê por delegação do ordenamento superior (comunidades jurídicas soberanas); e b) aquelas em que o ordenamento, mesmo para os seus súditos, acha-se explicitamente submetido a um ordenamento superior que regula diretamente as condutas da sociedade dependente. É por este caminho que se deve falar em uma soberania nos tempos atuais.

O conceito de soberania dos Estados “assemelha-se inteiramente à idéia jusnaturalista da soberania do indivíduo, ao trazer este consigo para dentro do Estado, e ao conservar aí, todos os seus direitos pré-estaduais, para depois procurar construir aquele em ordem a manter e assegurar o gozo destes direitos”<sup>229</sup>. Todavia, o homem não entra no Estado como sujeito de direitos, mas é o Estado quem faz dele um sujeito de direitos. Da mesma forma, a soberania é qualidade do sujeito de Direito Internacional, porém, “não é por ser soberano que um Estado se torna sujeito de Direito Internacional; é por ser sujeito de Direito Internacional que se torna soberano”<sup>230</sup>.

De certa forma, isto subverte a idéia que por tanto tempo diversos jusfilósofos batalharam para fazer valer, qual seja, a que haveria um poder legiferante supremo dentro de um certo território, ou seja, o Estado. Outrossim, razões fáticas nos mostram que o sentimento de apego à nacionalidade ainda não foi de todo posto em segundo plano, movido por razões outras (principalmente econômicas), e, em conjunto com a indefinição dos meios e o mau funcionamento

---

<sup>229</sup> RADBRUCH, Gustav. *Op. cit.*, p. 377.

<sup>230</sup> *Idem. Ibidem*, p. 377.

das instituições faz com que não tenhamos, de forma realmente eficaz, um Direito Internacional que realmente exerça o papel que os seus teóricos lhe reservaram.

E, como forma residual, mas ainda constante na Sociedade Internacional para solução de questões relativas ao princípio da soberania estatal frente ao próprio Direito Internacional, aparece o princípio da subsidiariedade como alternativa à mencionada questão. Releva-se aqui sua importância, por ter sido previsto o obediência a este princípio, como prerrogativa para aplicação dos institutos de proteção internacional constantes na Convenção de Paris.

## 12. Do princípio da subsidiariedade.

### 12.1 Noções propedêuticas.

A palavra subsidiariedade tem similares em diversas línguas, tais como o inglês (*subsidiarity*), francês (*subsidiarité*), espanhol (*subsidiariedad*), italiano (*sussidiarietà*), alemão (*Subsidiarität*)<sup>231</sup> e sua origem provém do latim *subsidium*, expressão que designava além da idéia de reserva, encorajamento, estímulo, reforço, assistência e ajuda<sup>232</sup>. Por sua vez, *subsidium* era derivado de *subsidiarius*, “que é da reserva, quem vem na retaguarda, que é de reforço”<sup>233</sup>.

O princípio da subsidiariedade apresenta-se sob duas diferentes interpretações: a primeira expressa a idéia de ‘secundário’ e a segunda, mais

---

<sup>231</sup> MARTINS, Margarida Salema d’Oliveira. *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 9.

<sup>232</sup> QUADROS, Fausto de. *O princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário após o Tratado da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 14.

<sup>233</sup> Conforme HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2628 e BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. 1ª edição, 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2000, pp. 23 e 30.

usualmente utilizada, a idéia de 'supletivo'. Esta última abrange dois significados: complementar e suplementar, noções que nem sempre podem ser dissociadas<sup>234</sup>.

A complementariedade reflete aquilo que se acrescenta, representando a questão subsidiária quando se destina ao desempate entre concorrentes. Não sendo sempre secundário, permite apontar os vencedores, remetendo à idéia de decisão<sup>235</sup>.

A complementariedade expressa o emprego mais comumente feito em Direito, da noção de subsidiariedade. Esta expressa a forma de solução da tensão entre o poder público e as pessoas privadas que, em democracias, detêm a prerrogativa de ação livre, excetuadas as reservas feitas pelos ordenamentos jurídicos estatais. O direito privado apareceria como complementar à intensidade do direito público<sup>236</sup>.

O princípio da subsidiariedade aplica-se não só ao Direito, mas também em vários outros domínios da vida social, tais como o político e o econômico. Mesmo sugerindo uma função suplementar, este princípio também engloba a noção de limite ou contenção de órgão ou entidade superior, funcionando como argumento para regular a possibilidade de intervenção do Estado na vida de particulares. Nesse ponto, de acordo com Baracho, o princípio da subsidiariedade não pode ser considerado isoladamente, devendo necessariamente ser observado em conjunto ao princípio da unidade, revelando-se a importância da previsão de entidades suplementares em sociedades dotadas de um alto grau de unidade em

---

<sup>234</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Op. cit.*, p. 24.

<sup>235</sup> *Idem. Ibidem*, p. 24.

<sup>236</sup> *Idem. Ibidem*, p. 24.

seu seio<sup>237</sup>. Entretanto, é preciso que estas entidades sejam dotadas de uma certa autonomia de ação para que exista subsidiariedade<sup>238</sup>.

Na história do direito, há a figura do “direito subsidiário”, um sistema normativo que completaria as lacunas de outro sistema, que poderia ser aplicado para uma matéria onde faltasse uma disciplina normativa mais específica. Tanto mais relevante era esse “direito subsidiário” quanto mais imperfeitas ou escassas fossem as fontes do direito primárias. Esse fenômeno ocorria freqüentemente durante a Idade Média, com o recurso ao direito canônico<sup>239</sup>.

Hodiernamente em Direito, a subsidiariedade aparece como princípio informador, em uma acepção bastante usada nas relações políticas ou na administração, de “dar forma ou significação”, traçando diretrizes para a função reguladora do Direito, já que designa a certos destinatários – Poder Legislativo, Executivo e Judiciário – as alternativas possíveis de formulação de uma regra ou de todo o sistema jurídico<sup>240</sup>.

A função subsidiária do Estado pode ser percebida em dois graus: a) ajuda, com a criação das condições necessárias para garantir a atuação dos particulares e suas comunidades; e b) realização supletiva, ficando o Estado encarregado de suprir a insuficiência daqueles citados entes quando, por condições diversas, não possam cumprir satisfatoriamente suas funções. Desta forma, o princípio da subsidiariedade poderia ser visto sob uma dupla visão: negativa (limite à intervenção estatal) e positiva (justificação da intervenção do Estado)<sup>241</sup>. Inclusive,

---

<sup>237</sup> *Idem. Ibidem*, p. 26.

<sup>238</sup> MARTINS, Margarida Salema d’Oliveira. *Op. cit.*, p. 27.

<sup>239</sup> *Idem. Ibidem*, pp. 10-11.

<sup>240</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Op. cit.*, p. 29.

<sup>241</sup> *Idem. Ibidem*, p. 50.

atuando dentro da visão positiva, a instância superior pode ir além das insuficiências estritas para efetivar o bem-estar e, ainda assim, estará inserto nos limites do princípio da subsidiariedade<sup>242</sup>.

No Estado subsidiário, observa-se que a limitação à liberdade individual ocorre em virtude da valorização do bem-comum da maioria, surgido de uma eleição consensual. Somente este bem-comum é que justifica a restrição das liberdades individuais calcada no princípio da subsidiariedade<sup>243</sup>.

A característica fundamental do princípio da subsidiariedade é a flexibilidade, pois visa sempre à efetivação do equilíbrio entre a não-ingerência do ente superior e a ingerência do mesmo na seara dos entes inferiores em razão de sua incapacidade de atender todas suas necessidades. Desta forma, observa-se, com grande clareza, a presença deste princípio no sistema federal de organização do Estado e, por conseqüência, também nos blocos de países, tais como o Mercosul e a União Européia<sup>244</sup>.

## 12.2 Origem e evolução.

Ao longo da história, pode-se observar o caráter “mutante” do princípio da subsidiariedade em consonância com o contexto em que se insere<sup>245</sup>, culminando com o posicionamento da figura do Estado e sua soberania<sup>246</sup>. O princípio da subsidiariedade é abordado por Aristóteles, de forma não-expressa,

---

<sup>242</sup> *Idem. Ibidem*, p. 69.

<sup>243</sup> *Idem. Ibidem*, p. 85.

<sup>244</sup> *Idem. Ibidem*, p. 86 e MARTINS, Margarida Salema d'Oliveira. *Op. cit.*, p. 84.

<sup>245</sup> SARAIVA, Rute Gil. *Sobre o princípio da subsidiariedade: gênese, evolução, interpretação e aplicação*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 2001, p. 13.

<sup>246</sup> MARTINS, Margarida Salema d'Oliveira. *Op. cit.*, p. 40.

quando se refere ao nível de ingerência do Poder Público na liberdade dos indivíduos. O poder teria uma função específica ligada à idéia de utilidade ou necessidade de sua intervenção, respeitando a liberdade dos indivíduos, de outra forma recairia na usurpação, autoridade fora da política, desprovida de limites<sup>247</sup>.

Na Idade Média, o pensamento de São Tomás de Aquino propunha a prevalência de um bem comum ao invés da preponderância do bem individual no interior da sociedade. O papel do poder residiria na garantia das condições (paz e quantidade suficiente de utilidades para uma vida digna) para que todos alcançassem seus objetivos<sup>248</sup>.

Entre os séculos XVI e XVII, Johannes Althusius descreveu a sociedade como um conjunto de comunidades mais ou menos complexas, são elas: a família, a corporação, a cidade, a província e o Estado. O Estado é descrito como um conjunto harmonioso de cidades, províncias e regiões que consentem em formar um corpo único por meio de sua comunhão. No bojo da sociedade a autonomia dos grupos baseia-se em seus fins particulares e, como os grupos não são auto-suficientes, as incapacidades devem ser supridas pelo grupo imediatamente superior, o qual propicia as condições necessárias para a consecução daquele fim. Assim, há uma sobreposição de poderes, sem que haja uma confusão dos mesmos, preservando-se a autonomia de cada uma das instâncias da sociedade<sup>249</sup>.

Nos séculos XVIII e XIX, há uma volta à noção da subsidiariedade com Proudhon, Tocqueville, Stuart Mill, Kant, Ketteler, Von Mohl, Jellinek. Todos, em maior ou menor grau, discutiam a relação entre esferas de decisão e a relação entre

---

<sup>247</sup> *Idem. Ibidem*, pp. 40-44.

<sup>248</sup> *Idem. Ibidem*, pp. 44-47.

<sup>249</sup> *Idem. Ibidem*, pp. 47-51.

entes superiores e inferiores<sup>250</sup>. O liberalismo do século XIX pregava a capacidade do homem de viver livremente, tendo capacidade e autonomia para prover as suas necessidades, sem a interferência da figura estatal na atividade econômica dos cidadãos. Desta forma, o Estado apenas deve garantir a segurança e a defesa da população, mas não tem o encargo de fornecer o bem-estar dos indivíduos. Todavia, no Estado liberal, há a presença de uma supletividade, na medida em que admitiam, os liberais, a intervenção pública, de forma excepcional e necessária, em outros domínios não essenciais à figura estatal<sup>251</sup>.

Em contrapartida à doutrina liberal, a doutrina social da Igreja Católica (catolicismo social) afirmava que o homem possui a necessidade de segurança, mas também, não pode assegurar sem ajuda tudo o que necessita para seu bem-estar<sup>252</sup>. Esta doutrina consistiu em um elemento muito importante para a criação de um Estado-subsidiário<sup>253</sup> e a atual configuração do princípio da subsidiariedade. Esta influência é notada na Encíclica *Rerum Novarum* (1891), na qual há a preocupação com a miséria social advinda do liberalismo e seu *laissez-faire, laissez-passer*, legitimando uma intervenção social do Estado. A Encíclica *Quadragesimo Anno* (1931) preocupa-se com a assunção demasiada de incumbências pelo Estado, as quais deveriam ser realizadas pelas entidades mais baixas:

...assim como não se deverá privar os indivíduos da sua liberdade de iniciativa e de realização pessoal para transferir sistematicamente para a sociedade, também é contrário à justiça transferir para as coletividades de nível superior aquilo que pode correctamente ser realizado pelas coletividades de nível inferior; agir desse modo é não só ineficaz como prejudicial à ordem social. Toda a colectividade, qualquer que seja, é na sua essência, subsidiária e dependente do apoio dos membros do corpo social e não deverá, de forma alguma, destruí-los ou privá-los de substância.

---

<sup>250</sup> SARAIVA, Rute Gil. *Op. cit.*, pp. 16-17.

<sup>251</sup> MARTINS, Margarida Salema d'Oliveira. *Op. cit.*, pp. 57-59.

<sup>252</sup> *Idem. Ibidem*, p. 57.

<sup>253</sup> Conforme *Idem. Ibidem*, p. 79, o Estado-subsidiário garante a liberdade de empreendimento dos particulares, enquanto que o Estado-Providência propõe uma solução igual para todos.

A Igreja ainda voltou-se ao princípio da subsidiariedade com as Encíclicas: *Mater et Magister* (1961), acerca da autoridade pública na Economia; *Pacem in Terris* (1963), abordando sua importância nas relações internacionais, incluindo-se nestas questões culturais<sup>254</sup>; e *Centesimus Annus* (1991), na qual há a menção ao critério da eficácia para justificar a ação de níveis superiores (estatais e supra-estatais), isto é, quando a função não possa ser mais perfeitamente cumprida pelos níveis inferiores<sup>255</sup>.

Passo a passo com a idéia católica de subsidiariedade, aparece a solidariedade, numa relação em que a primeira apóia a segunda e intervém à medida que esta não se mostra suficiente. Desta forma, o princípio da subsidiariedade pode ser visto sob dois aspectos complementares: negativo, no qual o nível maior não deve agir se não for necessário; e positivo, já que o ente maior deve agir sempre que necessário<sup>256</sup>.

Por outro lado, há que se notar a relação íntima entre o princípio federativo e o princípio da subsidiariedade. Dentro do contexto de uma federação, a separação de poderes pode ser horizontal – entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário – e vertical – entre o poder central e o(s) poder(es) local(is). Há nas federações uma dispersão vertical de poder, na qual existe, entre o cidadão e Poder Público central, entidades intermédias, tais como os Estados-federados no Brasil, Estados Unidos da América e Alemanha. Na opinião de Saraiva e Quadros, a

---

<sup>254</sup> *Idem. Ibidem*, pp. 67-68, *in verbis*: “Como as relações entre os indivíduos, famílias, organizações intermédias e os poderes públicos das respectivas comunidades políticas devem estar reguladas e moderadas, no plano nacional, segundo o princípio da subsidiariedade, assim, também, à luz do mesmo princípio, devem disciplinar-se as relações dos poderes públicos de cada comunidade política com os poderes públicos da comunidade mundial. Isso significa que os problemas de conteúdo económico, social, político ou cultural, que devem ser enfrentados e resolvidos pelos poderes públicos da comunidade mundial, hão-de ser da alçada do bem comum universal, isto é, serão problemas que pela sua amplitude, complexidade e urgência, os poderes públicos de cada comunidade política não estejam em condições de afrontar com esperança de solução positiva”.

<sup>255</sup> SARAIVA, Rute Gil. *Op. cit.*, pp. 19-21.

<sup>256</sup> *Idem. Ibidem*, pp. 23-24.

subsidiariedade é princípio fundamental da estrutura federal, mas é desta independente, uma vez que pode ser encontrada fora deste contexto<sup>257</sup>.

Nos Estados Unidos da América, a existência da idéia de subsidiariedade remonta ao tempo dos colonos da Nova Inglaterra, no qual questionava-se o papel do indivíduo na família, da família na paróquia, da paróquia na província e desta com relação ao poder central. Na época da redação da Constituição Americana, havia a idéia de impossibilidade de intervenção de um governo central nos níveis mais baixos, quando estes pudessem adequadamente atingir os seus objetivos, que foi defendida por Lincoln e Madison. Hodiernamente, o princípio da subsidiariedade encontra-se previsto na décima Emenda à Constituição Norte-Americana: “Os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem por ela negados aos Estados, são reservados aos Estados ou ao povo”<sup>258</sup>. Entretanto, o que se vê naquele país é a tendência atual de uma centralização, valorizando-se o aspecto positivo do princípio da subsidiariedade, em face dos patamares flutuantes das fronteiras entre a repartição das competências<sup>259</sup>.

Tal como no caso americano, dentro do contexto alemão, o princípio da subsidiariedade pode ser visto nos trabalhos preparatórios para a atual Lei Fundamental, em consonância com a força regionalista existente naquele país. Apesar de não ser encontrado de forma explícita no que diz respeito à relação entre *Bund* (Federação) e *Länder* (estados-federados), implicitamente aparece como um

---

<sup>257</sup> *Idem. Ibidem*, pp. 30-31 e QUADROS, Fausto de. *O princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário após o Tratado da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 19.

<sup>258</sup> O texto original da décima emenda à Constituição americana é o seguinte: “The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited to by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people”. Sobre os originais das emendas àquela Carta Maior, ver: LEGAL INFORMATION INSITUTE. *Constitution of the United States of America*. [s. l.: s. n.], [1993]. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/constitution/constitution.billofrights.html#amendmentx>>. Acesso em: 31 maio 2004.

<sup>259</sup> SARAIVA, Rute Gil. *Op. cit.*, pp. 32-34.

fio condutor do equilíbrio das competências entre a federação e os estados-federados, empregando a eficácia e a necessidade, conforme o artigo 30º que trata de presunção de competência executiva de atribuições públicas para os *Länder*, salvo disposição constitucional em contrário, e no art. 72º. Em matéria de competência legislativa, há a preferência pela atuação do federal quando o nível inferior não exercer adequadamente o seu poder legislativo ou em caso de necessidade para salvaguardar o interesse coletivo ou a unidade jurídica e econômica<sup>260</sup>. Na prática, não existe uma rigorosa distinção na aplicação do princípio da subsidiariedade referente às competências executivas e legislativas, funcionando o mencionado princípio como um componente que garante a flexibilidade jurídico-política necessária ao Estado alemão, em virtude das distintas situações em que se encontrem<sup>261</sup>. A questão que aparece de forma relevante no contexto germânico é a regulamentação da possibilidade da intervenção estatal nos entes menores, advinda do enlace dos princípios da proporcionalidade – emprego de meios adequados aos fins colimados (*wie*, “como” em alemão) – e da subsidiariedade – que condiciona a intervenção à carência dos administrados (*ob*, “se” em alemão), tendendo-se a determinar que a avaliação relativa à subsidiariedade é posterior à avaliação relativa à proporcionalidade<sup>262</sup>.

A noção atual do princípio da subsidiariedade, influenciada pelo Catolicismo Social<sup>263</sup>, aparece como uma alternativa à crise dos dois grandes sistemas sociais: o liberalismo e o socialismo (ou um providencialismo). Atualmente, pode-se ver que, para a existência de uma sociedade justa, há que se equilibrar a

---

<sup>260</sup> ALEMANHA. *Lei Fundamental da Republica Federal da Alemanha*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, pp. 160 e 183-184 e SARAIVA, Rute Gil. Obra citada, pp. 35-36.

<sup>261</sup> SARAIVA, Rute Gil. *Op. cit.*, p. 37.

<sup>262</sup> MARTINS, Margarida Salema d’Oliveira. *Op. cit.*, pp. 80-81.

<sup>263</sup> *Idem. Ibidem*, p. 62.

realização de liberdades com a recusa à intervenção estatal e a efetivação de outras liberdades por meio do Estado. Estas liberdades ficaram classicamente conhecidas como Direitos Fundamentais de “primeira e segunda geração”, respectivamente. Os “Direitos Fundamentais de primeira geração” seriam compostos pelos direitos civis e políticos e protegeriam sempre direitos individuais – sendo o seu sujeito ativo o ser humano em geral (no caso dos direitos civis) ou sendo o sujeito ativo um cidadão em exercício de seus direitos (quanto aos direitos políticos) – e imporiam ao Estado um dever de abstenção, primando pelo princípio da liberdade. Os “Direitos Fundamentais de segunda geração” são denominados assim por aparecerem posteriormente aos direitos civis e políticos. Têm natureza econômica, social e cultural, enfatizando o princípio da igualdade. Em contraste com a “geração” anterior, caracterizam-se por conter, geralmente, a prescrição de um dever-fazer, ou seja, uma prestação positiva pelo Estado, que se obriga a prover e destinar os meios e os recursos para a consecução dos mesmos<sup>264</sup>. Entretanto, a posição mais adequada à realidade atual e a adotada no presente trabalho é a da indivisibilidade dos Direitos Fundamentais, conforme já explicitado anteriormente<sup>265</sup>.

O princípio da subsidiariedade configurar-se-ia numa saída para sistemas tão díspares e permitiria decretar a irrelevância da dicotomia entre o liberalismo (homem egoísta, em busca somente de sua própria felicidade) X socialismo (recusa à ação privada, visando tão somente o interesse geral), pregando a não-ingerência liberalista e a ingerência socialista da forma parcimoniosa visando

---

<sup>264</sup> THOMPSON J., José. “Contenido de los derechos humanos. Tipología”. In: *Serie educación y derechos humanos*. 1 temas introductorios. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), 1996, p. 18-20.

<sup>265</sup> A adequação da posição sobre a indivisibilidade dos Direitos Fundamentais do Homem para o presente trabalho foi encarada em 3.2.1, *supra*.

proporcionar o bem-estar, com a prestação dos Direitos Fundamentais da forma mais efetiva possível<sup>266</sup>.

### 12.3 *A subsidiariedade no campo do Direito Internacional.*

Baracho, citando Miguel Ayuso Torres, ao abordar a causa material e os sujeitos aos quais se aplica o princípio da subsidiariedade, faz menção a sete níveis que cercam o homem, constituindo diferentes sociedades. A federação e a Sociedade Internacional situar-se-iam nos dois últimos níveis, os quais se encontram mais distantes do centro constituído pelo homem, ambos detendo, assim, menor densidade ontológica, menor coesão social e menor obrigatoriedade jurídica. Mormente às federações e à Sociedade Internacional, aplica-se o princípio da subsidiariedade, com a finalidade de integrar os seus entes e, ao mesmo tempo, não reduzir suas potencialidades<sup>267</sup>.

Na ordem internacional (como também nas ordens estatais internas), o princípio da subsidiariedade tem como pressuposto a consideração das entidades menores, consideração esta vista no âmbito do supergoverno mundial de Francisco Suárez, o qual afirmou que mesmo com todas as divisões internacionais e estatais internas, o gênero humano sempre será dotado de um grau de unidade. Todas estas subdivisões estariam inseridas na Sociedade Internacional e nenhuma seria completamente autárquica, pois todas necessitariam, em algum aspecto, de alguma forma de colaboração ou ajuda, atuando de forma recíproca<sup>268</sup>. Assim, a convivência

---

<sup>266</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Op. cit.*, pp. 63-64.

<sup>267</sup> *Idem. Ibidem*, pp. 33-34.

<sup>268</sup> Guardadas as devidas proporções, tal ideal coadunar-se-ia com a idéia de congacamento dos povos a qual dirigiu a criação da ONU e ainda hoje dirige as ações daquele ente internacional.

de organismos estatais com a entidade supranacional deve ser considerada por meio do princípio da subsidiariedade, considerando as possíveis divergências e respeito das variedades, respeitando todas as matérias que os Estados, por suas próprias forças, possam fazer<sup>269</sup>.

Nos tempos contemporâneos, a soberania dos Estados já não aparece absoluta e indivisível, mas como um conjunto de poderes que se encontram compartilhados com os outros sujeitos da Sociedade Internacional, no qual o Direito Internacional surge com a função de regular essa repartição de competências, utilizando-se do princípio da subsidiariedade para alcançar o seu objetivo, ao servir de critério de exercício de poderes já dispostos no ordenamento internacional e não de outorga de competência<sup>270</sup>.

Para Quadros, na Carta da ONU se podem encontrar traços do princípio da subsidiariedade, pois no capítulo VIII, há a estipulação de uma ação por parte daquele órgão internacional em casos nos quais as entidades internacionais ‘menores’ não conseguem resolver, por si sós, questões de paz e segurança<sup>271</sup>.

No seio da União Europeia, a discussão acerca do princípio da subsidiariedade remonta aos seus primórdios, pois, entre outros diplomas, no tratado instituidor da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA, 1952), em seu artigo 5º, há a previsão de intervenções limitadas pela Comunidade, de acordo com a necessidade e no projeto Spinelli (1984), para um tratado instituidor da União Europeia, há a referência explícita a este princípio no seu preâmbulo, pois os

---

<sup>269</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Op. cit.*, pp. 35-36.

<sup>270</sup> MARTINS, Margarida Salema d’Oliveira. *Op. cit.*, pp. 31-32.

<sup>271</sup> QUADROS, Fausto de. “O Princípio da Subsidiariedade no Tratado da União Europeia”. In: *Em torno da revisão do Tratado da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 237 *apud* SARAIVA, Rute Gil. *Op. cit.*, pp. 26.

Estados-membros acordam “confiar a órgãos comuns, de harmonia com o Princípio da Subsidiariedade, só os poderes necessários ao bom desempenho das tarefas que eles podem realizar de forma mais satisfatória do que os Estados considerados isoladamente”<sup>272</sup>.

A introdução do princípio da subsidiariedade no contexto europeu foi guiada pela intenção de conceder aos Estados a prerrogativa de liberdade de ação, funcionando a subsidiariedade como um princípio geral de regulação do exercício de competências entre as Instituições Comunitárias e os Estados-membros, elegendo o critério da incapacidade para limitação dessa liberdade. Ao mesmo tempo, na atual configuração da União Européia, há a previsão de competências privativas da instância supranacional, as quais são enumeradas e justificadas com base na sua natureza interestatal, tais como casos de poluição transfronteiriça e outros. O escopo primordial do princípio da subsidiariedade é a procura de um equilíbrio nas tensões entre os distintos patamares do poder existentes na Europa<sup>273</sup>.

A partir do Tratado de Maastricht, a subsidiariedade torna-se um princípio que vincula os membros da União Européia e passa de um caráter eminentemente político, como um princípio que concede liberdade ao decisor, para uma configuração político-jurídica, pois, sem perder sua natureza política, agregou-se ao princípio uma função efetiva de controle na abrangência dos entes menores pelos entes maiores<sup>274</sup>.

No preâmbulo do Tratado da União Européia, há a previsão expressa do princípio da subsidiariedade ao estipular que: “resolvidos a continuar o processo

---

<sup>272</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Op. cit.*, p. 72 e SARAIVA, Rute Gil. *Op. cit.*, p. 48.

<sup>273</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Op. cit.*, pp. 73 e 75 e SARAIVA, Rute Gil. *Op. cit.*, pp. 48-50.

<sup>274</sup> SARAIVA, Rute Gil. *Op. cit.*, pp. 28-29.

de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa, em que as decisões sejam tomadas ao nível mais próximo possível dos cidadãos, de acordo com o princípio da subsidiariedade” e no Título I, artigo B, há a disposição de que “os objetivos da União serão alcançados de acordo com as disposições do presente Tratado e nas condições e segundo o calendário nele previstos, respeitando o princípio da subsidiariedade”. Portanto, a subsidiariedade aparece como elemento estruturador e como diretriz para futuras ações da União Europeia<sup>275</sup>.

A fim de determinar a forma de utilização do princípio da subsidiariedade no bojo do Tratado da União Europeia foram estipulados dois critérios: a necessidade e a eficácia.

A ação comunitária deve ser necessária em face de uma insuficiência dos Estados-membros na consecução de um determinado objetivo. É preciso que haja uma avaliação da existência de meios e instrumentos suficientes e adequados para atingir o fim pretendido na intervenção. O critério da necessidade é potencialmente descentralizador, uma vez que, em tese, dificulta a possibilidade de intervenções imotivadas da União sobre os Estados-membros<sup>276</sup>.

Da mesma forma, o critério da eficácia prevê que as ações comunitárias só se justificam quando, em virtude de sua dimensão ou efeitos, seu alvo é melhor alcançado com as forças da União Europeia, fazendo-se um verdadeiro estudo comparativo entre o potencial estatal e o europeu. Ao contrário do critério da necessidade, a eficácia é, teoricamente, centralizador<sup>277</sup>.

---

<sup>275</sup> *Idem. Ibidem*, pp. 63-64.

<sup>276</sup> *Idem. Ibidem*, p. 68.

<sup>277</sup> *Idem. Ibidem*, pp. 68-69.

Há que se ressaltar que os dois critérios mencionados devem apresentar-se de forma cumulativa, ou seja, para que se obedeça ao princípio da subsidiariedade é preciso que ambos os critérios sejam respeitados para justificar as ações dos órgãos europeus<sup>278</sup>.

Existem três posições doutrinárias acerca do princípio da subsidiariedade no direito comunitário: integracionista (centralizadora), devolucionista (descentralizadora) e neutra (na prática, pode tender para ambas as posições anteriores). Os integracionistas defendem o aumento progressivo do rol de competências comunitárias, enfatizando o critério da eficácia sobre a necessidade da ação. Os devolucionistas tendem a ressaltar o caráter limitador do princípio da subsidiariedade, o qual funcionaria como um obstáculo à centralização nas competências da União Europeia. A última posição, neutra, ressalta o caráter ambivalente do princípio da subsidiariedade, remontando as suas origens na doutrina social da Igreja Católica (primeiro miséria social, portanto necessidade da ingerência do ente maior, e após, com hiperbolização da máquina estatal, desnecessidade de atuação do ente superior), e, assim, variando seu posicionamento em função do quadro real das circunstâncias<sup>279</sup>.

Convém, ainda, a abordagem de outro aspecto: a relação entre a subsidiariedade e a proporcionalidade. Este princípio foi expresso no direito comunitário europeu com o artigo 3B do Tratado de Maastricht, parágrafo terceiro: “a

---

<sup>278</sup> De acordo com o protocolo adicional do Tratado da União Europeia, ponto 5: “Para que seja justificada, uma acção comunitária deve preencher os dois requisitos inerentes ao princípio da subsidiariedade: os objectivos da acção prevista não podem ser suficientemente realizados pela acção dos Estados Membros no quadro dos respectivos sistemas constitucionais e, por conseguinte, podem ser realizados mais adequadamente através de uma acção da Comunidade”, em *Idem. Ibidem*, p. 69.

<sup>279</sup> *Idem. Ibidem*, pp. 111-121.

ação da Comunidade não deve exceder o necessário para atingir os objectivos do presente tratado”<sup>280</sup>.

A proporcionalidade caminha *pari passu* com o princípio da subsidiariedade, pois, após a apuração de sua titularidade para agir, a Comunidade, no exercício de suas competências, depende do preenchimento das condições de necessidade e eficácia e do requisito da proporcionalidade. Enquanto a subsidiariedade preocupa-se com a fixação do nível mais apropriado para atingir o fim da União Europeia em matérias de competência concorrente, a proporcionalidade é mais abrangente, pois vincula a Comunidade não só em matérias de competência concorrente, mas também no exercício de poderes exclusivos, proibindo excessos<sup>281</sup>. Aqui, mister se faz uma remessa ao sistema alemão<sup>282</sup> de avaliação da oportunidade da intervenção de entes maiores nos entes menores e observa-se que, contrariamente ao sistema germânico, no âmbito da União Europeia a ponderação relativa à subsidiariedade é anterior à da proporcionalidade<sup>283</sup>.

Hoje, de acordo com o Conselho europeu de Edimburgo, o princípio da subsidiariedade é considerado não um critério a ser adotado para atribuição de competências dentro da União Europeia, mas sim de exercício das competências anteriormente atribuídas<sup>284</sup>.

Observa-se um estágio avançado de discussão da seara da subsidiariedade no âmbito europeu, em face da existência de um processo de união

---

<sup>280</sup> *Idem. Ibidem*, p. 74.

<sup>281</sup> *Idem. Ibidem*, p. 74.

<sup>282</sup> Conforme anteriormente focado em 12.2, *supra*.

<sup>283</sup> MARTINS, Margarida Salema d'Oliveira. *Op. cit.*, p. 81.

<sup>284</sup> SARAIVA, Rute Gil. *Op. cit.*, p. 97.

entre Estados tão maduro. Entretanto, no Direito Internacional, mormente a Convenção de Paris e as 'cidades-vivas' integrantes do Patrimônio Mundial, o princípio da subsidiariedade ainda se encontra passível de maiores estudos. Uma adequada interpretação do mencionado princípio para a proteção daquele conjunto de bens consagrados por aquela Convenção pode evitar grandes prejuízos a toda Humanidade, a maior interessada na continuidade da fruição dos conhecimentos emanados destes bens.

A seguir abordar-se-á a interpretação de textos escritos, enfatizando os textos jurídicos e as possibilidades de interpretação dos mesmos, voltando-se o foco para a interpretação do princípio da subsidiariedade na proteção internacional das 'cidades-vivas' integrantes do Patrimônio Mundial, ressaltando o caso daquelas cidades situadas no Brasil.

### Parte III

#### **A textura aberta da linguagem, a interpretação dos textos jurídicos notadamente do princípio da subsidiariedade na proteção internacional ao Patrimônio Cultural Mundial consoante a Convenção de Paris de 1972 e a recepção de institutos jurídicos alienígenas à realidade brasileira.**

A interpretação é uma atividade que incide sobre qualquer objeto que possua significado. Como afirmou Eco, “o problema filosófico da interpretação consiste em estabelecerem-se as condições de interação entre nós (os homens) e algo que nos é dado e cuja construção obedece a certas constrições...”<sup>285</sup>. Esta frase remonta à idéia de ‘signo’<sup>286</sup> formulada por Saussure e que se dividia em ‘significante’ e ‘significado’, aquele correspondendo ao plano da expressão e este último, ao plano do conteúdo do signo<sup>287</sup>. Necessário se faz lembrar que o signo é, amiúde, confundido com um de seus elementos constituintes – o significante – mas que, corretamente, nele não se esvai.

O significado consiste na representação psíquica da coisa, não consistindo, da mesma forma, ele mesmo na coisa. Essa representação psíquica do significado, Saussure chamou ‘Conceito’. O significante tem sempre uma natureza material, funcionando como um mediador ou uma ponte entre o significado e o receptor da mensagem. O ato que une o significante e o significado é o processo da significação, que torna uno o signo. Outro conceito importante para Saussure era o

---

<sup>285</sup> ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. Tradução de Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 1995, introdução, p. XX.

<sup>286</sup> Neste trabalho, terão o mesmo valor significativo as expressões signo, palavra ou termo.

<sup>287</sup> BARTHES, Roland. *Elementos de semiologia*. Tradução de Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 2001, pp. 42-43.

de valor, o qual não incidiria sobre a estrutura interna do signo, mas sobre as suas relações com outros signos<sup>288</sup>.

Quando se fala em interpretar algo, diversas imagens mentais daquilo que pode ser interpretado podem vir à mente. Todavia, o objeto de interpretação que será abordado na presente parte deste trabalho é o substrato material escrito, ou seja, os textos escritos e, dentre estes, mais exatamente os textos jurídicos.

Um texto – escrito ou não – quando interpretado, pode apresentar vários sentidos, entendida a palavra ‘sentido’ como direção, finalidade ou significado<sup>289</sup>. É essa qualidade de um texto que ainda hoje causa tanta divergência e, ao mesmo tempo, causa tanta atração à Humanidade. Uma adequada interpretação pode ter em vista a procura da intenção ou vontade (*Sinn*) e não o significado (*Bedeutung*) de um texto, em um caso determinado<sup>290</sup>. Nesta procura pela ‘real’ intenção do texto, percebeu-se duas outras intenções que nela interferiam: a intenção do autor e a intenção do leitor. A essas três intenções, Eco deu o nome, respectivamente, de *intentio operis*, *intentio auctoris* e *intentio lectoris*<sup>291</sup>.

Essa mencionada noção de ‘real’ intenção do texto deve ser vista de um ponto de vista utilitário e não como a busca do conceito absoluto de verdade textual. Acolhe-se, neste trabalho, a opinião de Rorty, para quem a noção de verdade é absoluta e, portanto, indefinível, sendo mais sensato e adequado falar-se

---

<sup>288</sup> *Idem. Ibidem*, pp. 46-59.

<sup>289</sup> HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. *Op. cit.*, p. 2547.

<sup>290</sup> ECO, Umberto. *Tratado geral de semiótica*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 1980, p. 51, entendendo-se o *Bedeutung* como uma classe de objetos possíveis a que o signo se refere, aproximando-se da idéia de conteúdo.

<sup>291</sup> ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. Tradução de Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 1995, p. 6.

em graus de utilidade dos argumentos, demonstrando-se serem alguns mais úteis do que outros<sup>292</sup>.

O debate clássico acerca dos sentidos dos textos girava em torno da busca pela intenção do autor ao escrever o texto, no entanto observa-se que houve um deslocamento do eixo da discussão para a procura de uma intenção do texto<sup>293</sup>. Sobre essa intenção do texto, ver-se-ão as noções de exegese e interpretação, procurando-se diferenciá-las com vistas a um adequado embasamento de interpretações de textos jurídicos. Dentro deste debate releva-se uma interessante discussão, a qual tem como objeto a procura dos sentidos possíveis que um texto pode tomar, bem como a preocupação com os limites que devem ser estabelecidos no ato de interpretação. Nesta seara, é importante a abordagem das interpretações “sãs” e “paranóicas” que consideram a plausibilidade dos sentidos interpretativos de um texto<sup>294</sup>.

A relevância da formulação de sistemas de regras para a regulação das relações humanas tem sua origem nas mais antigas comunidades humanas, atendendo a tendência que o ser humano tem de viver gregariamente<sup>295</sup>. Contudo, a vida em grupo fez surgir choques inevitáveis entre os interesses dos indivíduos, então, mostrando-se imprescindível a criação de regras que ordenem a vida comunitária. Ao longo da história e com o ‘desencantamento das sociedades’<sup>296</sup>,

---

<sup>292</sup> RORTY, Richard. “Pragmatismo, filosofia analítica e ciência”. In: PINTO, Paulo Roberto Margutti et al. *Filosofia analítica, pragmatismo e ciência*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1998, pp. 15 e 18.

<sup>293</sup> ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 74-75.

<sup>294</sup> *Idem*. *Ibidem*, pp. 57. As interpretações “sãs” e “paranóicas” serão abordadas em 16.2, *infra*.

<sup>295</sup> De acordo com REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª edição ajustada ao novo Código Civil, 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 2, o direito encontra-se em todos os lugares onde existam relações intersubjetivas, sendo a recíproca verdadeira.

<sup>296</sup> O desencantamento da sociedade consiste na transformação dos modelos justificatórios transcendentais para modelos racionais, ou seja, baseados em argumentos verificáveis pelo homem. Sobre este assunto, ver: WEBER, Max, “La ciencia como vocación”. In: GERTH, HANS; MILLS, CARL WRIGHT (eds.). *Ensayos de sociología contemporánea*. Barcelona: Ed. Martínez Roca, 1975, pp. 188-190.

percebeu-se a necessidade de proposição de caminhos para uma interpretação das regras que se apresentavam dúbias, por meio de argumentos racionais de construção de um sistema interpretativo de normas.

O ideal norteador das regras jurídicas sempre foi alvo de discussões, ventilando-se como primordial o bem comum, a justiça, a equidade e até mesmo a integridade<sup>297</sup>. A escolha de um princípio que permeasse todo o ordenamento jurídico permaneceu firme mesmo com a derrocada da transcendentalidade das sociedades ou com o enfraquecimento da doutrina tradicional do direito natural. O movimento positivista do direito, que rompeu com a tradição citada, também encontrou obstáculos à sua plena aceitação<sup>298</sup>.

A questão de um ideal primordial ao direito, torna-se importante na medida em que possibilita o estabelecimento de limites à interpretação das normas jurídicas, tornando-as mais adequadas às sociedades por elas tuteladas. Entretanto, há que se observar a dificuldade de uma consagração absoluta de um ideal imutável, tal como a verdade para Rorty, em virtude da natureza indefinível que os ideais possuem, restando-se mais plausível a busca ou eleição de ideais mais úteis à sociedade, em um determinado local (ou até mesmo a todo o globo) e em um determinado período de tempo<sup>299</sup>.

A linguagem, o veículo usado para exprimir os ideais dos homens, possui uma textura aberta que se exprime na possibilidade de aplicação dos signos

---

<sup>297</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 119-120.

<sup>298</sup> Em face de sua postura aceitar a possibilidade de existência de ordens jurídicas atentatórias à Humanidade. E, para maiores detalhes sobre os óbices à aceitação da doutrina positivista do Direito, ver HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3ª edição. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, pp. 223-228.

<sup>299</sup> Neste ponto há que se relevar que até mesmo os Direitos Fundamentais do Homem, os quais poderiam expressar a escolha de ideais a serem seguidos e protegidos, constitui-se uma classe variável, de acordo com as condições históricas, tal como afirmou BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 16ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 18.

em situações não previstas na origem da formulação dos textos, em face da existência de uma “zona cinzenta” dos significados. Assim, por utilizar-se da linguagem para exprimir-se, o Direito e suas normas também possuiriam a característica de terem uma textura aberta, que se externaria na possibilidade de aplicação da norma abrangendo casos diversos dos originalmente previstos. Este fenômeno se mostraria na análise da “linha de fronteira”<sup>300</sup> das normas fecundas de indeterminação significativa. Neste ponto, visa-se a uma abordagem do problema interpretativo no Direito, ressaltando o papel da indeterminação da linguagem na construção de textos escritos. Para isso, considerar-se-ão alguns argumentos semiológicos nesse afã, bem como um breve estudo sobre o histórico da interpretação.

A dicotomia histórica entre exegese e interpretação para o estabelecimento de sentidos adequados à leitura das normas, também adquire relevo na medida em que clarifica a questão de um ponto de vista direcional ou finalístico. No que concerne às normas jurídicas, o ponto nevrálgico consiste no estabelecimento de uma forma de construção dos argumentos interpretativos que se mostrem mais adequados às condições atuais da Humanidade. Todavia, o significado e a interpretação das normas jurídicas não podem se estender até o infinito, devendo-se ater a horizontes possíveis e plausíveis, dentro do espectro aberto de sua linguagem e não se permitindo interpretações “paranóicas”.

Abordar-se-á a Convenção da UNESCO sobre a salvaguarda do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, de 1972 (Convenção de Paris), fazendo-se alguns comentários acerca da interpretação de sua Seção II, tencionando-se chegar

---

<sup>300</sup> HART, Herbert L. A. *Op. cit.*, p. 141.

a uma proteção mais adequada de seu objeto. Para esta Seção da mencionada Convenção, importante se torna a proposição de formas de resolução do conflito entre os princípios de Direito Internacional da soberania do Estado e da subsidiariedade, posicionando a escolha feita em razão da natureza dos bens tutelados pelo instrumento internacional e a utilidade e adequação da escolha para os fins a que o Direito pretende proteger.

Por fim, é interessante enfrentar a questão da recepção de institutos jurídicos originários de outros Estados, analisando-se a influência das condições nas quais tiveram surgimento e a sua adequação ou não ao contexto brasileiro. A razão de ser deste capítulo é vital para o presente trabalho, uma vez que evita que interpretações alienígenas, conferidas ao conflito entre os princípios da soberania estatal e o da subsidiariedade, ditem a interpretação a ser seguida dentro do ordenamento jurídico brasileiro e suas condições peculiares em relação aos Estados pelos quais comumente o Direito pátrio é influenciado.

### *13. A linguagem humana.*

#### *13.1 A postura do positivismo lógico.*

O positivismo lógico, também chamado de empirismo lógico, resulta de um conjunto de idéias desenvolvidas pelo Círculo de Viena e propõe que a linguagem, como meio de intercâmbio de conhecimentos humanos, deve funcionar como controladora desses conhecimentos. Esta preocupação baseava-se na crença

que a depreciação de informações poderia ser ocasionada por “defeitos” de natureza puramente lingüística. Assim, a linguagem poderia distorcer a cognição humana<sup>301</sup>.

Ao reduzir a filosofia a um estudo da origem, natureza e limites do conhecimento (epistemologia) e este a um estudo rigoroso da linguagem, o positivismo lógico declarava que a missão primordial da filosofia seria uma busca de questionamentos puramente lingüísticos e não, portanto, metafísicos. Desta forma, o rigor discursivo alcançaria o posto mais alto da ciência e o discurso científico haveria de preencher requisitos preliminares em relação à linguagem adotada, chegando-se a adotar um pressuposto de que a ciência deveria ser elaborada em uma linguagem mais rigorosa que a linguagem natural<sup>302</sup>. Segundo Warat, o positivismo lógico não pregava somente a preocupação com o rigor da linguagem científica, mas, em última instância, a ciência seria a própria linguagem<sup>303</sup>.

O positivismo lógico estabeleceu uma diferenciação entre linguagem ordinária e linguagem técnica, a qual seria utilizada na ciência. A primeira seria utilizada na comunicação humana cotidiana e caracterizar-se-ia por imprecisões significativas e um alto grau de dependência do contexto comunicacional em que se produz; a segunda requeria uma precisão lógica, economia expressiva, pretensão de aceitação como proposição e pretenderia expurgar quaisquer componentes políticos e ideológicos observados na linguagem ordinária<sup>304</sup>.

A instituição da linguagem técnica seria feita através da construção de definições, afastando-se, assim, conceitos ideais ou metafísicos. As definições

---

<sup>301</sup> WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão, 2ª edição aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 37.

<sup>302</sup> *Idem. Ibidem*, p. 37.

<sup>303</sup> *Idem. Ibidem*, p. 38.

<sup>304</sup> *Idem. Ibidem*, p. 53.

dividir-se-iam em três formas. A primeira divisão confrontaria as definições designativas (aquelas que enumerariam os atributos de um termo) e as denotativas (explicitariam os exemplares que integram a extensão de um termo, ou seja, se fariam através de exemplos)<sup>305</sup>.

Outra forma de classificação das definições pelo positivismo lógico, seria: definições lexicográficas (explicitariam a forma como uma determinada sociedade utiliza um termo, mostrando o sentido em uma época determinada) e estipulativas (proporiam um significado inédito a um termo). Esta divisão das definições poderia ocorrer tanto na linguagem ordinária como na linguagem técnica. Ao processo de introdução ou especificação de um termo na linguagem científica dá-se o nome de elucidação<sup>306</sup>.

A última forma de classificação das definições as divide em reais (tipo de definições clássico, que remonta ao tempo de Aristóteles, e que pretende estabelecer critérios reveladores da essência dos termos) e nominais (as quais buscariam explicitar o significado e estabeleceriam relações entre os termos de uma linguagem, baseando-se no caráter construtivo e arbitrário das palavras com o mundo)<sup>307</sup>.

Um aspecto ausente no posicionamento do positivismo lógico é a presença da ideologia como condição material necessária da linguagem, tendo em vista que as definições também possuem um intento na sua criação. Desta forma,

---

<sup>305</sup> *Idem. Ibidem*, p. 55.

<sup>306</sup> *Idem. Ibidem*, p. 57.

<sup>307</sup> *Idem. Ibidem*, p. 58.

com o ideal positivista de busca de uma pureza conceitual, a doutrina do Círculo de Viena defendeu a neutralidade ideológica como forma de pureza científica<sup>308</sup>.

### 13.2 *A semiótica e sua divisão epistemológica para o estudo da linguagem.*

De acordo com a Semiótica<sup>309</sup>, o signo pode ser estudado sob três pontos de vista. Neste ponto, far-se-á uma breve abordagem desta divisão da análise dos signos com o fito de um melhor embasamento conceitual sobre o fenômeno interpretativo. Considerando-se que o signo mantém três tipos de vinculação – com os outros signos; com os objetos que designa; e com os homens que o usam – a semiótica divide-se, respectivamente, em sintaxe, semântica e pragmática<sup>310</sup>.

A sintaxe preocupa-se com as relações dos signos entre si. Para isso, despreza os usuários e as designações, sendo considerada por Warat a teoria da construção de toda a linguagem. Na linguagem, existiu sempre um conjunto de signos e um conjunto de regras, e estas serão de duas espécies: regras de formação (indicando a maneira de combinar signos elementares para a formação de signos e expressões mais complexas e significativas) e regras de derivação (que permitem a geração de expressões novas a partir de outras já existentes). Do ponto de vista sintático, um enunciado não possui sentido se não satisfizer às duas regras mencionadas<sup>311</sup>.

---

<sup>308</sup> *Idem. Ibidem*, p. 62.

<sup>309</sup> Que, para Barthes, chama-se Semiologia e é a parte da Lingüística que estuda as grandes unidades significantes do discurso. Ver BARTHES, Roland. *Op. cit.*, p.13.

<sup>310</sup> WARAT, Luis Alberto. *Op. cit.*, p. 39, este autor acredita ser a Semiótica a teoria geral de todos os signos e sistemas de comunicação.

<sup>311</sup> *Idem. Ibidem*, p. 40.

A semântica tem como objeto o estudo sobre os modos e as regras de adequação dos signos aos objetos. O problema principal é a verdade das informações dadas. Assim, uma expressão é semanticamente correta se, bem formulada sintaticamente, tem correspondência com os fatos que veicula. Dentro deste prisma, a verdade é uma condição de sentido, não sendo semanticamente significativo o enunciado que não puder ser empiricamente verificável<sup>312</sup>. De um ponto de vista positivista-lógico, a preocupação semântica da verificação dos enunciados é um pressuposto para a consideração dos mesmos como dotado de cientificidade. Há que se ressaltar que a adequação semântica dos enunciados pressupõe a adequação sintática dos mesmos<sup>313</sup>.

Quanto à pragmática, seu problema central é a análise dos modos de significação, dos usos ou funções da linguagem. Dentro deste ponto de vista, os fatores intencionais dos usuários alteram a relação designativa-denotativa dos significados de palavras ou discursos. No contexto da comunicação, essa atitude provoca alterações na estrutura conceitual. Parte-se da idéia de 'significação de base' – que, no ato da comunicação, tem sua significação alterada em face do contexto de sua utilização<sup>314</sup>. Nesse diapasão, Perelman, falando sobre o argumento pragmático, afirmou que este avalia as conseqüências favoráveis ou desfavoráveis de algo, transferindo uma parte ou todo o valor destas conseqüências para o que é considerado a causa ou obstáculo do ponto de vista defendido<sup>315</sup>.

---

<sup>312</sup> STRUCHINER, Noel. *Direito e linguagem: uma análise da Textura Aberta da Linguagem e sua Aplicação ao Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 13.

<sup>313</sup> WARAT, Luis Alberto. *Op. cit.*, pp. 40-41.

<sup>314</sup> *Idem. Ibidem*, p. 46.

<sup>315</sup> PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 11.

O positivismo lógico não considerava a problemática pragmática por acreditar que esta ocorre apenas na linguagem ordinária, em face da pragmática abordar diretamente a possibilidade de interferência da ideologia na linguagem, em todos os seus ramos, fenômeno que não incidiria na linguagem técnica<sup>316</sup>. A visão do positivismo lógico é necessária como contraponto à posição a ser defendida como a mais adequada para uma abordagem da interpretação em geral, dada a inexatidão empírica da linguagem (em todas as suas 'formas') e a inegável importância de elementos extrínsecos à própria linguagem na interpretação de textos.

### 13.3 A “textura aberta” da linguagem.

Em uma época em que o positivismo lógico imperava e as abordagens semânticas da linguagem eram o modelo, Friedrich Waismann, influenciado pelas idéias de Ludwig Wittgenstein<sup>317</sup>, propôs uma leitura moderada da teoria positivista, afirmando que nem sempre as definições poderiam ser tomadas de forma absoluta.

Waismann acreditava que as descrições empíricas, tais como a de uma mão ou de um gato, não poderiam ser completamente esgotadas em uma simples assertiva, em virtude da possibilidade de serem sempre alargadas sob dois aspectos diferentes: porquanto qualquer coisa real tem propriedades infinitas, e porque podem surgir novas experiências e circunstâncias capazes de afetar a

---

<sup>316</sup> Conforme já tratado em 13.1, *supra*. Para maiores detalhes, ver WARAT, Luis Alberto. *Op. cit.*, p. 46.

<sup>317</sup> As idéias de Wittgenstein serão adequadamente analisadas em 14.1 e 14.2, *infra*.

interpretação dos fatos empíricos. Este segundo caso causaria o fenômeno da textura aberta das definições empíricas<sup>318</sup>.

Para demonstrar esse fenômeno, Waismann afirmou que nem sempre o método de verificação mostraria o significado de uma afirmação. Nos casos corriqueiros e ordinários, a regra funcionaria; todavia, nas situações problemáticas, nas quais as palavras são utilizadas em uma combinação que nunca foi usada anteriormente, haveria a carência deste método. Assim, apesar das verificações constituírem indícios muito relevantes para a correção de uma afirmação, nos casos de afirmações empíricas ou sobre objetos materiais, as verificações não seriam idênticas à afirmação. Ou seja, a afirmação não se constituiria na mera abreviação das verificações, mas possuiria um estatuto lógico próprio. Isso aconteceria porque as definições empíricas possuiriam uma textura aberta, sendo incapazes de fornecer um significado exaustivo sobre a afirmação investigada. A expressão “textura aberta” transmitia a crença de Waismann na impossibilidade de delimitação, *a priori*, de termos empíricos em todas as direções possíveis, em face da presença de uma ‘região cinzenta’ que apresentaria um alto grau de indeterminação significativa e, portanto, sempre haveria espaço para uma dúvida relevante no significado de definições<sup>319</sup>.

Desta forma, as definições empíricas seriam dotadas da propriedade da incompletude essencial e, por causa de sua “textura aberta”, sempre apresentariam a característica da “vaguidade”, que não poderia ser resolvida com a formulação de regras mais claras sobre o seu uso (como para o caso daquelas que não seriam dotadas de uma textura aberta), já que poderiam sempre surgir casos

---

<sup>318</sup> STRUCHINER, Noel. *Op. cit.*, p. 20.

<sup>319</sup> *Idem. Ibidem*, pp. 15-17.

em que o uso da definição não teria sido previsto e que não se poderia ter certeza de sua utilização ou não. Em decorrência da “textura aberta” da linguagem, as verificações que recaem sobre estes termos não seriam definitivamente conclusivas, ou seja, tornar-se-ia impossível prever o conjunto total de situações em que termos ou expressões poderiam ser aplicados<sup>320</sup>. Essa característica faria das definições empíricas um constante processo de refinamento ou busca de um estágio definitivo.<sup>321</sup>

Em suma, a incompletude das verificações teria causa na incompletude da definição dos termos envolvidos e a incompletude da definição dos termos envolvidos seria causada pela incompletude da descrição empírica dos termos. Desta forma, a definição empírica seria sempre incompleta em decorrência da incompletude essencial das descrições de termos empíricos<sup>322</sup>.

#### *14. A linguagem jurídica.*

##### *14.1 A linguagem jurídica como modalidade de linguagem.*

Com base no pensamento de Wittgenstein, surgiu a Filosofia da Linguagem Ordinária, que pregava a análise pragmática da linguagem, aplicando a filosofia no estudo da linguagem. O objetivo principal desta escola seria esclarecer o uso ordinário da linguagem, tencionando a superação das dificuldades filosóficas. A diferença essencial entre esta escola e o positivismo lógico seria a abordagem analítica: aquela, pragmática e esta, sintática e semântica. Entretanto, a pragmática

---

<sup>320</sup> *Idem. Ibidem*, p. 17.

<sup>321</sup> *Idem. Ibidem*, p. 19.

<sup>322</sup> *Idem. Ibidem*, p. 19.

da Filosofia da Linguagem Ordinária não considerava fatores sócio-políticos na sua abordagem, apoiando-se em pressupostos psicologistas, centrando sua análise em dois aspectos: a incerteza significativa e os modos de significar. Neste segundo ponto é que poderia ser incluída a problemática dos efeitos valorativos e persuasivos da linguagem<sup>323</sup>.

Desta forma, agora considerando a teoria wittgensteiniana, observa-se que o uso lingüístico dos signos considera a análise das alterações sofridas pelos signos no processo de significação. Um termo possui dois níveis básicos de significação: o significado de base (aquele que se mostra de um ponto de vista estático, a partir de seus vínculos denotativos) e o significado contextual (retirado do sentido derivado que as palavras tomam nos processos reais de comunicação social)<sup>324</sup>.

Os textos jurídicos, da mesma forma como qualquer outro texto, são construídos por meio de palavras, mesmo que estas sejam analisadas sob o prisma da tipologia positivista-lógica numa linguagem técnica, na qual se busca a maior objetividade textual possível<sup>325</sup>. Desta forma, observa-se uma similitude do significado de base entre os textos jurídicos e quaisquer outros textos escritos, podendo-se diferenciá-los apenas quanto ao significado contextual. Portanto, pode-se dizer que o texto legal não possui nenhuma característica intrínseca que possa designar o seu caráter prescritivo aprioristicamente, fora de um contexto comunicativo.

---

<sup>323</sup> WARAT, Luis Alberto. *Op. cit.*, p. 64.

<sup>324</sup> *Idem. Ibidem*, p. 65.

<sup>325</sup> O positivismo-lógico foi anteriormente analisado em 13.1.

Do ponto de vista contextual comunicacional, a corrente wittgensteiniana, considerando os propósitos do emissor, estabeleceu quatro tipos de usos das palavras como critérios para a orientação do intérprete: informativo (tenciona veicular um sentido articulável com os objetos do mundo); emotivo (ressalta as emoções transmitidas pelos termos); diretivo (destina-se a influenciar o comportamento futuro do receptor) e performativo (objetiva às expressões que se caracterizam por fazer algo e não dizer algo sobre alguma coisa). Observa-se a possibilidade da presença de mais de um destes critérios nos usos concretos, não sendo eles, portanto, reciprocamente excludentes<sup>326</sup>.

O uso ou instância performativa da linguagem constitui-se numa situação fática que pressupõe a existência de um órgão possuidor de autoridade para significar e de um corpo normativo que habilita o emprego desses termos com a função de constituir situações fáticas. As normas jurídicas sempre contêm uma instância performativa<sup>327</sup>.

Warat, analisando a transmissão concreta de uma mensagem, afirmou que o emissor não só reflete os seus propósitos – como já o tinha percebido Wittgenstein – como também reproduz uma concepção do mundo, propondo um quinto uso básico da linguagem: a função de dominação, que se voltaria para as intenções sociais da linguagem, ou seja, o poder dos discursos. Assim, acredita o autor, que corrige uma grande falha da Filosofia da Linguagem Ordinária em desprezar o elemento ideológico na interpretação da linguagem, principalmente na linguagem jurídica.

---

<sup>326</sup> WARAT, Luis Alberto. *Op. cit.*, p. 66.

<sup>327</sup> *Idem. Ibidem*, p. 66.

## 14.2 A “semelhança de família” e sua relevância no Direito.

O conceito de semelhança de família foi construído por Wittgenstein, apenas em sua ‘segunda fase’ filosófica. Na primeira fase, marcada por sua obra *Tractatus Logico-Philosophicus*, pregava a teoria figurativa das sentenças, afirmando que as sentenças não apenas corresponderiam aos objetos reais, mas que os substituiriam realmente, havendo, assim um completo paralelismo entre o mundo dos fatos reais e as estruturas da linguagem<sup>328</sup>.

Em sua segunda fase, Wittgenstein, rompe com a teoria anterior e aborda a linguagem natural em todos os seus aspectos. Abandonando o pensamento de um modelo único que dá sentido à linguagem, ele propõe as noções de jogos de linguagem e semelhança de família para atestar a heterogeneidade da linguagem como algo essencial a ela. Assim, os termos que representam os objetos reais não os substituem, mas passam a ser considerados como ferramentas que constroem (de maneiras diferentes) os objetos de acordo com a função a ser realizada. Isso leva a acreditar que a linguagem não mais alcançaria uma representação fiel do real, mas abundância de possibilidades diferentes<sup>329</sup>.

Para melhor explicar suas idéias acerca da linguagem ordinária, Wittgenstein utilizou-se da teoria dos jogos. Esta teoria prega que os fenômenos da linguagem podem ser comparados ao conceito de jogo, o qual não possui uma característica comum que pode ser observada em todas as suas espécies, não se podendo dizer, por exemplo, que todos são recreativos, ou que todos possuem um

---

<sup>328</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução de José Carlos Bruni. 2ª edição. São Paulo: Abril Cultural, 1979, introdução, XI.

<sup>329</sup> *Idem. Ibidem*, pp. 18-19.

elemento competitivo<sup>330</sup>. O que existe que faz com que todos sejam reconhecidos como jogos são as semelhanças que há entre eles, denominadas por Wittgenstein de “semelhanças de família”. Da mesma forma, na linguagem não existe um elemento essencial que a qualifique como tal, apenas apresentando nas atividades compreendidas pelo conceito de ‘linguagem’ chamado “semelhanças de família”. Estes termos que são unidos por uma “semelhança de família” possuem uma extensão de aplicabilidade, ou seja, seu uso pode ser alterado com o tempo<sup>331</sup>.

No âmbito do direito, pode-se observar a relevância da noção de “semelhança de família” tanto nos sistemas de tradição romanística ou ‘legais’, como também nos sistemas baseados em precedentes. Nos primeiros, com a utilização de termos empíricos, existirão casos fronteirços em que não se poderá determinar com certeza o alcance daqueles termos<sup>332</sup>. No sistema baseado na consideração de precedentes, a tomada de decisões considera casos anteriores que possuam uma relevante similitude com o caso a ser decidido. Uma vez possuindo semelhanças consideradas relevantes para o caso concreto, o precedente será válido como forma de decisão para o caso em comento. Todavia, não se pode identificar uma única propriedade suficiente e necessária para determinar todos os casos que devem ser abrangidos por um mesmo precedente, ou conjunto de precedentes. Assim, os casos que possuírem semelhanças de família serão (ou deverão ser) tratados de forma semelhante<sup>333</sup>.

---

<sup>330</sup> *Idem. Ibidem*, pp. 38-39.

<sup>331</sup> STRUCHINER, Noel. *Op. cit.*, pp. 27-28.

<sup>332</sup> Quanto ao problema da semelhança de família no direito de tradição legal, ver *Idem. Ibidem*, pp. 75-77.

<sup>333</sup> *Idem. Ibidem*, p. 62.

### 14.3 A “textura aberta” da linguagem jurídica.

Em uma análise não acurada e tomando-se por base um posicionamento positivista-lógico, a existência de uma “textura aberta” na linguagem jurídica pode parecer algo leviano de se afirmar. Entretanto, as posições de Wittgenstein e Waismann suscitaram a discussão teórica, porquanto na prática a interpretação de normas já era feita, possibilitando uma correta adequação da ciência jurídica ao mundo empírico.

A significação unívoca das normas, baseada na teoria positivista-lógica, criou a ilusão de que uma mudança de significado só poderia acontecer com a mudança formal dos textos legais e, dessa forma, as atividades jurisdicional e doutrinária restariam esvaziadas, somente se restringindo à aplicação literal ou comentários sem nenhum relevo. Para Warat, essa crença da univocidade significativa das normas era o argumento ideológico basilar da norma jurídica racional dos positivistas e não uma inocência ou ignorância argumentativa<sup>334</sup>. Portanto, já se podem notar traços ideológicos na postura ‘pura’ dos positivistas.

A “textura aberta” da linguagem da teoria de Waismann, unida à “semelhança de família” na formulação de Wittgenstein, possibilitou explicações plausíveis para os casos fronteira da linguagem ordinária, bem como, ao considerar de nenhuma relevância a distinção entre linguagem ordinária e técnica, estendendo o campo de ação das duas teorias para a ciência jurídica.

Herbert Hart, considerando a atividade jurídica, atentou para duas desvantagens ligadas à atividade reguladora feita pelo direito: a ignorância empírica

---

<sup>334</sup> WARAT, Luis Alberto. *Op. cit.*, p. 68.

de todas as circunstâncias possíveis nas quais incidiria o direito e a conseqüente indeterminação de finalidade do agente regulador, que tenciona abarcar o maior número possível de casos numa formulação com pretensões gerais. Essa afirmação seria válida tanto para um sistema legal como para um sistema de precedentes<sup>335</sup>.

A indeterminação do âmbito de aplicabilidade das normas e dos precedentes possibilitaria uma extensão do alcance dos mandamentos jurídicos que seria feita e que, ao mesmo tempo, seria limitada pela atividade discricionária das autoridades. Esta atividade discricionária, guiada por um juízo de razoabilidade, regularia o âmbito de atuação da norma jurídica por meio “padrões de diligência”, evitando males graves e que o encargo das precauções adequadas não acarretassem um sacrifício demasiado para outros interesses consideráveis<sup>336</sup>.

Desta forma, a possibilidade de extensão da aplicabilidade dos termos dotados de uma “textura aberta” também se apresenta nos termos unidos por uma “semelhança de família”<sup>337</sup>. Por possuírem contornos imprecisos, tanto os termos unidos por “semelhança de família” quanto os termos dotados de uma “textura aberta” podem dar origem a “casos fronteiros” (*borderline cases*), que são aqueles nos quais não se consegue delimitar seguramente a aplicação ou não de uma definição<sup>338</sup>.

Assim, e se compatibilizando com a idéia de Waismann, os contornos significativos das regras e precedentes jurídicos se alterariam e se moldariam conforme o choque com casos não antecipados, os quais iriam além dos usos

---

<sup>335</sup> HART, Herbert L. A. *Op. cit.*, p. 141.

<sup>336</sup> *Idem. Ibidem*, p. 145.

<sup>337</sup> Conforme o pensamento de Wittgenstein exposto em 14.2, *supra*.

<sup>338</sup> STRUCHINER, Noel. *Op. cit.*, p. 29.

previstos dos conceitos<sup>339</sup>. A essa atividade dá-se o nome de interpretação dos textos jurídicos, o que será visto a seguir.

## *15. Uma visão da interpretação jurídica.*

### *15.1 Os sistemas clássicos de interpretação das regras que regulam as relações humanas e sua adequação no mundo jurídico contemporâneo.*

A tradição jurídica considerava a atividade interpretativa uma verdadeira ciência, nos moldes positivo-lógicos, a qual deveria seguir um rigoroso método de investigação, como forma de legitimação de seus resultados. Assim, Maximiliano considerava a Hermenêutica Jurídica a ciência que estudava e sistematizava os processos utilizáveis para a fixação de sentido e alcance das expressões do Direito<sup>340</sup>. Desta forma, a Hermenêutica Jurídica deveria seguir passos bem delineados e concatenados para uma correta interpretação do Direito, respectivamente ordenados: processo gramatical; processo lógico; processo sistêmico e processo teleológico.

O primeiro passo para uma ‘correta’ interpretação do Direito teve sua origem no início das sociedades civilizadas, nas quais as prescrições de ordem social proviriam da palavra divina, revelada ao legislador. Desta forma, não se discutia o porquê da norma, dever-se-ia apenas cumpri-la. Para uma correta apreciação da ‘intenção da norma’, bastaria conhecer profundamente a língua em que foi emanada. O processo gramatical tinha como mandamentos para o intérprete uma série de requisitos como: o conhecimento perfeito da língua em que foi escrita e

---

<sup>339</sup> *Idem. Ibidem*, p. 70.

<sup>340</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 1.

do objeto da norma; o estudo prévio sobre a vida do legislador; e a certeza da autenticidade do texto. Quanto às possíveis dúvidas acerca de palavras no substrato textual das normas, privilegiando-se o princípio da segurança jurídica, o intérprete deveria: a) preferir o sentido atribuído à palavra ao tempo em que foi emanada pelo legislador ao invés do sentido que possui ao tempo em que está sendo interpretada; b) havendo discrepância entre o sentido ordinário de uma palavra e o geralmente adotado por um legislador, prefere-se o último; e, não existindo elementos de convicção em sentido diverso e presumindo-se que o legislador foi sempre ciente de sua obrigação de ser o mais preciso possível, o intérprete deve ater-se à letra do texto<sup>341</sup>.

Uma vez utilizado o processo gramatical e não se obtendo uma 'correta' interpretação da norma, utilizar-se-ia o processo lógico. Este consistiria na procura pelo sentido e o alcance das expressões jurídicas sem se valer de nenhum elemento exterior ao dispositivo interpretado, valendo-se do raciocínio dedutivo<sup>342</sup> para a obtenção da interpretação 'correta' da norma<sup>343</sup>.

Após o processo lógico, viria o processo sistemático que compararia o dispositivo a ser interpretado com outros referentes ao mesmo objeto, existentes na mesma norma ou no mesmo sistema jurídico. Este processo era guiado pela crença na conexão íntima entre as partes de um sistema científico e, considerando-se que o Direito constituía-se num sistema e não num amontoado caótico de normas, uma correta interpretação adviria de uma visão global do sistema, adquirindo a

---

<sup>341</sup> *Idem. Ibidem*, pp. 107-109 e 120-121.

<sup>342</sup> O qual é elaborado a partir da passagem necessária de premissas à conclusão, tal como explicado por ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Traduzido por Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000, pp. 39-42.

<sup>343</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Op. cit.*, p. 123.

interpretação de uma norma presunção de certeza quando confirmada pelo estudo de outras normas do mesmo sistema<sup>344</sup>.

O processo teleológico seria o próximo passo no método da Hermenêutica Jurídica e consideraria a finalidade da Lei, o porquê de sua criação, tendo em vista que, para atingir a sua atuação prática, a norma deve ser interpretada de forma que melhor corresponda à sua finalidade colimada. Neste processo de interpretação, considerar-se-iam as condições sociais presentes à época em que a norma surgiu, como forma de limitar-lhe o conteúdo e completar ou retificá-la. Como diretivas para este processo, destacavam-se: a atribuição textual de um sentido favorável e não prejudicial à espécie tutelada; e a premissa que os títulos, as epígrafes, o preâmbulo e as exposições de motivos auxiliariam ao reconhecimento do fim da norma<sup>345</sup>.

Entretanto, observa-se que não há uma obrigatória necessidade de se seguir o rígido processo anterior para a interpretação de normas jurídicas. Os “processos interpretativos” lógico, sistêmico e teleológico, respectivamente, surgiram como formas de corrigir os erros do anterior, porém, não adstritos ao prévio uso dos demais, na ordem mencionada.

Desta forma, a denominação mais adequada para estes “processos interpretativos” seria a de ‘argumentos ou estratégias de interpretação jurídica’, observando-se que a incompatibilidade da interpretação gramatical ao progresso da sociedade, em virtude de seu evidente formalismo, gerou a interpretação lógica. Todavia, esta interpretação padecia de semelhante defeito do anterior: ela era rígida demais e não se adaptava à regulação da vida humana, objeto do direito, que é

---

<sup>344</sup> *Idem. Ibidem*, p. 130.

<sup>345</sup> *Idem. Ibidem*, pp. 151-156.

multifacetada. A aparência de certeza científica e rigor de raciocínio dificultam a atividade interpretativa afastando-se do ideal jurídico de um direito socialmente efetivo<sup>346</sup>. Assim, sugeriu-se a interpretação sistêmica, porém esta restringe a interpretação a elementos intra-sistêmicos, desprezando a importante ligação de elementos da realidade sócio-histórica com o direito, que é uma ciência voltada para a atividade humana. Por isso, adveio a interpretação teleológica.

Outrossim, deve-se atentar para a necessidade de se fazer um juízo interpretativo não somente regressivo (teleológico – busca das razões da norma) como também um juízo interpretativo prospectivo (teleológico ou, então, deontológico – o qual relaciona-se com os deveres ou objetivos do direito), encarando não somente a história da criação das normas, mas também o papel que estas podem desempenhar na realidade, sem que precisem ser formalmente alteradas<sup>347</sup>.

## 15.2 A exegese e a interpretação.

Convém, neste ponto, fazer uma pequena digressão histórica acerca do surgimento dos termos exegese e interpretação a fim de melhor esclarecer ambas as palavras. O termo interpretação deriva-se do latim *interpretatio*, verbo derivado de *interpre*<sup>348</sup> e tem duas origens possíveis: surgiu do diálogo entre vendedor e comprador na busca do preço adequado a ambas as partes; ou advém da revelação do futuro pela leitura das entranhas de certos animais (hepatoscopia),

---

<sup>346</sup> *Idem. Ibidem*, pp. 123-124.

<sup>347</sup> No presente trabalho estes juízos interpretativos foram denominados ‘estratégias’ interpretativas e serão adequadamente explicadas em 16.1, *infra*.

<sup>348</sup> HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. *Op. cit.*, p. 1636.

sendo o intérprete uma espécie de mago, vidente ou sacerdote. Esse sacerdote era um intermediário entre as divindades e os homens<sup>349</sup>.

A segunda hipótese da origem do termo interpretação, condizia com o uso feito durante a história humana no sentido da extração de um sentido escondido, a ser revelado. Neste trabalho, adotar-se-á como origem do termo interpretação a primeira hipótese, uma vez que nela pressupõe-se que a interpretação é uma atividade de construção do significado e do alcance de um texto por meio da união da intenção do autor, do leitor e da obra em si mesma<sup>350</sup>. Em última análise, a segunda hipótese levantada conduz ao conceito do termo exegese.

A palavra exegese advém do grego *exegeomai*, palavra extraída do verbo *exegesis*<sup>351</sup>. O prefixo *ex* tem o sentido de extrair, externar, exteriorizar, expor; ou seja, como em boa parte da história humana, conduzir ou guiar. O termo exegese expressa uma revelação, significado este que tomou força como termo que explicitava a interpretação dos textos bíblicos. Exegese é termo que se ligou historicamente à interpretação das Sagradas Escrituras desde o século II da Era Cristã, como método de revelação das mensagens profundas existentes nas entrelinhas dos textos sagrados, os quais eram acessíveis apenas aos escolhidos.

Para estabelecer uma distinção significativa entre exegese e interpretação, é necessário diferenciar a explicação e a compreensão<sup>352</sup>. Interpretar uma norma significa compreender a norma. O Direito é uma parte da cultura, daquilo

---

<sup>349</sup> DJI. *Interpretação da Lei*. Disponível em: <[http://www.dji.com.br/civil/interpretação\\_da\\_Lei.htm](http://www.dji.com.br/civil/interpretação_da_Lei.htm)>. Acesso em: 05 mar 2003.

<sup>350</sup> Conforme as já mencionadas *intentio auctoris, intentio lectoris e intentio operis*, de ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. Tradução de Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 1995, p. 6.

<sup>351</sup> HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. *Op. cit.*, p. 1283.

<sup>352</sup> CORETH, Emerich. *Questões fundamentais de hermenêutica*. Tradução de Carlos Lopes de Matos. São Paulo: EPU, Ed. da Universidade de São Paulo, 1973, p. 19-20.

que o homem cria em seu próprio benefício e que acrescenta ao mundo da natureza. A cultura e a natureza não podem ser conhecidas da mesma maneira. A cultura se compreende (atividade que envolve a ação de sentimentos), mas a natureza somente se explica.

A explicação de um fenômeno natural significa revelar suas causas, ou seja, consiste na revelação de seus nexos com os fenômenos que o precederam. A explicação objetiva revelar aquilo que na realidade mesma se contém. Ela é direta e voltada para a realidade empírica. Quanto a aspectos deontológicos, permanece neutra. A explicação de um fenômeno da natureza passa diretamente do fato observado para o enunciado da Lei, sem considerar uma possível valoração do fato. Uma explicação é uma mera descrição das causas de um fato. Para o mundo da cultura, entretanto, a explicação não basta. Conhecer não é explicar de que material um objeto cultural é feito, ou quem é seu autor. Conhecer é chegar ao seu sentido, o seu significado. Para compreender qualquer manifestação cultural, é necessário entendê-la em razão dos seus fins.

Assim, compreender é um fenômeno cultural porque na natureza os fenômenos se desenvolvem em razão de fins alheios ao conhecimento humano. O homem conhece apenas o fim de seus próprios atos, porque as ações humanas são produzidas pelo próprio homem. Conhecer um ato humano é interpretá-lo e construir o seu significado, teleológica e deontologicamente. Portanto, como o Direito e suas normas integram o mundo cultural, sua interpretação deve ser encarada de forma não reveladora, mas sim construtiva de seu significado. A explanação acerca das estratégias de construção do significado das normas jurídicas é o próximo objetivo.

## 16. As estratégias de interpretação de textos jurídicos.

### 16.1 Tipologia.

Consoante a Filosofia da Linguagem Ordinária, os sentidos dos signos são determinados pelos objetivos dos emissores das palavras, devendo-se considerar no horizonte significativo não só aquilo que foi expresso como também o que permaneceu implícito ou latente. A forma gramatical e o significado de base, por vezes, ao invés de indicarem o significado latente, atuam acobertando-o. Para uma correta interpretação do sentido de um enunciado, é preciso considerar-se os sentidos explícitos e implícitos<sup>353</sup>. Com a pretensão de alcançar uma abordagem completa do fenómeno interpretativo, propõe-se a seguinte tipologia das estratégias de interpretação dos textos jurídicos, baseando-se na intenção do intérprete: estratégia teleológica e estratégia deontológica.

De acordo com Aarnio, a questão do choque entre a estabilidade e a flexibilidade possuiria uma natureza crucial para o direito, porquanto o direito teria o papel de regular o comportamento social de uma forma em que se pudesse prever como seriam as condutas adequadas com as regras vigentes e, ao mesmo tempo, proporcionasse uma abertura interpretativa que possibilitasse uma adequação ao desenvolvimento necessário da Humanidade<sup>354</sup>.

Desta forma, a interpretação das normas jurídicas poderia assumir duas direções baseadas na intenção do intérprete (estratégias teleológicas de interpretação de textos jurídicos): regressiva, a qual levaria em conta as intenções do autor do texto legal, que visaria aos aspectos sócio-históricos da criação da

---

<sup>353</sup> WARAT, Luis Alberto. *Op. cit.*, p. 65.

<sup>354</sup> AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 32.

norma, aproximando-se, assim, de um ponto de vista exegético<sup>355</sup>; ou prospectiva, que tornaria o texto mais plausível e eficaz ao desenvolvimento acelerado das sociedades, e apoiar-se-ia no ideal da flexibilidade, segundo o qual a Lei apareceria como uma borracha que poderia ser moldada de acordo com as circunstâncias. O texto da norma funcionaria como um horizonte interpretativo e não um trilho do qual o trem do direito não pudesse se desvencilhar<sup>356</sup>.

A estratégia deontológica de interpretação dos textos jurídicos mostra-se relevante epistemologicamente, pois visa não a uma direção, mas dirige-se ao conteúdo da estratégia do intérprete: almeja à interpretação das normas norteada em valores que seriam inerentes ao direito, por exemplo, a legitimidade, moralidade, equidade, e justiça. Esta escolha acarretaria um maior grau de coerência e aceitabilidade das normas. Ver-se-á a posição de Ronald Dworkin, que propôs o princípio da integridade como valor basilar da interpretação jurídica.

Para Dworkin, a interpretação pode recair sobre a conversação, sobre fatos não criados pelo homem ou sobre fatos criados pelo homem e que dele se despregam (excetuando-se a conversação). Esta última categoria, na qual se encontrariam as expressões artísticas e as práticas sociais, seria o objeto da interpretação criativa. Este tipo de interpretação teria como finalidade não a descoberta das causas que moveram a criação de uma obra de arte ou uma prática social, mas a criação de um propósito ao objeto interpretado, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam. Desta forma, a interpretação criativa consideraria fundamentalmente as intenções do intérprete, atuando as intenções do autor na medida em que são

---

<sup>355</sup> Sobre o conceito de exegese, ver 15.2, *supra*.

<sup>356</sup> AARNIO, Aulis. *Op. cit.*, pp. 31-35.

absorvidas pela intenção do intérprete para a construção da intenção do objeto estudado<sup>357</sup>. Do ponto de vista da intenção da atividade interpretativa, não existiria óbices à união das categorias de objetos (expressões artísticas e prática social) sobre os quais incidem a interpretação criativa<sup>358</sup>.

A interpretação criativa possui uma natureza construtiva, uma vez que propõe a interação entre um propósito e um objeto. O próprio Dworkin enumerou as possíveis críticas a sua interpretação criativo-construtiva, as quais partiam de autores que defendiam a interpretação como uma busca das causas exatas que moveram o autor a construir o objeto interpretado que, como já foi visto, aproxima-se muito mais do conceito de exegese do que de interpretação<sup>359</sup>.

A interpretação criativa ou construtiva possui três etapas: pré-interpretativa, interpretativa e pós-interpretativa<sup>360</sup>. Na etapa pré-interpretativa, seria feita a identificação das regras e padrões que podem fornecer o conteúdo do objeto interpretado. Já nesta fase haveria interpretação, visto que seriam feitas escolhas entre argumentos a serem considerados. A fase interpretativa visa à obtenção de uma “justificativa geral” para os elementos identificados na etapa anterior, ou seja, formulação de uma justificativa acerca da conveniência de uma prática com tal forma geral. Em suma, um panorama sobre o que acontece atualmente e posterior formulação de alternativas. A etapa pós-interpretativa funcionaria como um momento para a reformulação do quadro posto, ou seja, o intérprete ajusta sua posição às

---

<sup>357</sup> Ver DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 61-63 e 70. Este ponto de vista coaduna-se com a posição de Eco acerca das intenções que atuam na interpretação de textos. Nesse ponto, ver nota de rodapé nº 350, *supra*.

<sup>358</sup> DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 71.

<sup>359</sup> *Idem. Ibidem*, pp. 64 e 66.

<sup>360</sup> *Idem. Ibidem*, pp. 81-82.

condições empíricas de uma forma mais adequada à(s) justificativa(s) eleita(s) na etapa anterior.

Como forma de justificativa interpretativa para o Direito, Dworkin elegeu o princípio da integridade como o único possível para conceder ao sistema jurídico o único tipo de coerência relevante ao Direito: a “coerência de princípio”<sup>361</sup>. Este tipo de coerência exige que os princípios que regem o direito sejam coerentes em sua visão de justiça, não havendo choques insolvíveis entre princípios que levem ao malefício da sociedade. Para Dworkin, a integridade exige a unificação do sistema jurisdicional, no sentido de expressar a correta proporção entre justiça (entendida como a justificação moral de atos políticos) e equidade (distribuição do poder político de maneira adequada) alcançando, assim, a coerência de princípio. Por essa razão, o princípio da integridade possuiria uma natureza dinâmica, incentivando o intérprete a ser sempre criativo na busca da coerência com o princípio fundamental do direito<sup>362</sup>.

Desta maneira, o “direito como integridade”, de Dworkin, consagra que as normas jurídicas seriam “opiniões interpretativas” (ou horizontes interpretativos), combinando elementos voltados tanto para o passado quanto para o futuro, levando-se em conta a substância e o modo em que foram criadas as normas e encarando o direito como se estivesse em processo de constante desenvolvimento. Neste caso a

---

<sup>361</sup> O outro tipo de coerência ressaltada por Dworkin é a “coerência de estratégia”, que teria uma natureza formal e que se voltaria para o ajuste das regras estabelecidas anteriormente com as que viessem a ser criadas no futuro, de tal modo que o conjunto das regras (anteriores e posteriores) funcione harmonicamente, melhorando as condições dos súditos de um determinado ordenamento jurídico e não atuando como elemento maléfico às condições empíricas da mesma sociedade, ver *Idem. Ibidem*, pp. 162-165.

<sup>362</sup> *Idem. Ibidem*, pp. 264-265.

finalidade da interpretação seria agir como ferramenta, na constante busca da “coerência de princípio” do Direito<sup>363</sup>.

Entretanto, a possibilidade de interpretações mais adequadas de um ponto de vista principiológico – independentemente do princípio que seja alçado à posição primordial, se é que a eleição de um princípio primordial é possível – não cria interpretações verdadeiras ou falsas, mas apenas aponta aquelas mais adequadas dentro de um sistema jurídico. Isso se aproxima da noção de interpretações “sãs” ou “paranóicas”<sup>364</sup> e também alertando para o uso de textos jurídicos, o que será o próximo assunto a ser abordado.

## 16.2 *A flexibilidade das interpretações e a ocorrência do uso de textos jurídicos.*

Roland Barthes afirmou que “interpretar um texto não é dar-lhe um sentido (mais ou menos embasado, mais ou menos livre), é, ao contrário, estimar de que plural é feito”<sup>365</sup>. Apesar da afirmação de Barthes, a estimação da pluralidade de um texto não pode assumir um tom de potencialidade significativa sem fim, porquanto o texto em si estabelece restrições a seus intérpretes. Desta forma, os limites da interpretação coincidem com os ‘direitos’ do texto, mesmo que não coincidam com os direitos de seu autor<sup>366</sup>.

Eco diferenciou a interpretação do uso dos textos em geral da seguinte forma: a interpretação sustenta-se pelo próprio texto, sem dependência do autor da obra, e só pode ser aceita se puder ser confirmada (ou não questionada) em outro

---

<sup>363</sup> *Idem. Ibidem*, pp. 271, 292 e 305.

<sup>364</sup> ECO, Umberto. *Interpretação e Superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 56-57.

<sup>365</sup> BARTHES, Roland. *S/Z*. Tradução de Léa Novaes. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1992, p. 39.

<sup>366</sup> ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. Tradução de Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 1995, introdução, p. XXII.

ponto do texto; o uso dos textos acontece quando, numa pretensa interpretação, o ‘intérprete’ utiliza elementos extra-textuais, chegando a conclusões não baseadas no próprio texto<sup>367</sup>. Neste diapasão, o intérprete não fica impedido de fazer conjecturas interpretativas em busca do significado mais adequado do texto, apenas deve testar sua coerência com o texto e, desta maneira, desaprovar as “conjecturas levianas”<sup>368</sup>.

O uso de textos não se confunde com a interpretação de textos, visto que o primeiro se desprende do texto referido, procurando elementos embaixadores de opinião em outras fontes quais não sejam o próprio texto; enquanto que a interpretação pressupõe uma necessária referência cultural e lingüística ao texto-fonte, mesmo que a título de horizonte interpretativo<sup>369</sup>.

Dentro dessa visão, o texto – ou sua *intentio operis* – funcionaria como um freio a possíveis interpretações que extrapolassem o horizonte interpretativo aberto pelo texto, e a essas interpretações dar-se-ia o nome de superinterpretações ou sobreinterpretações (tradução literal do inglês *overinterpretation*). Da mesma forma, poder-se-ia proceder com os textos jurídicos, considerando-os horizontes interpretativos, que seriam passíveis de abordagens sócio-históricas ou até mesmo baseadas em princípios norteadores do sistema em que se inserem. Todavia, a própria norma se encarrega de estabelecer o âmbito interpretativo plausível ou, na linguagem de Eco, interpretações “paranóicas” ou “superinterpretações”.

Em última instância, a interpretação “paranóica” visa a encontrar significados ocultos na norma, destarte, afasta-se do conceito de interpretação –

---

<sup>367</sup> Por exemplo, o uso de informações biográficas para auxiliar a interpretação de textos literários, cf. *Idem. Ibidem*, p. 14.

<sup>368</sup> *Idem. Ibidem*, p. 15.

<sup>369</sup> *Idem. Ibidem*, p. 18.

como uma construção do significado – e se aproxima do conceito de exegese – no sentido de descobrimento do significado oculto do texto.

*17. O princípio da subsidiariedade e sua interpretação no âmbito da Convenção de Paris de 1972, consoante as condições atuais da Sociedade Internacional.*

Como forma de exemplificação de uma interpretação adequada de normas jurídicas, ver-se-á o caso da proteção internacional do Patrimônio Mundial da Humanidade. Cabe citar, neste momento, o âmbito da argumentação jurídica que será abordado. De acordo com Atienza, existem três momentos da argumentação jurídica: a) o da produção ou estabelecimento de normas jurídicas, no qual considera-se preponderantemente argumentos de caráter político ou moral ao invés de argumentos jurídicos, seja numa fase pré-legislativa ou quando da criação das normas jurídicas; b) o da aplicação de normas jurídicas à solução de casos, momento de resolução de casos concretos, e aqui se releva o aparecimento de “casos difíceis” (*hard cases*), os quais se mostram os mais complexos para os aplicadores jurídicos; c) o da dogmática jurídica, no qual procura-se fornecer critérios para a produção do direito, bem como para a aplicação do direito e que ordenem e sistematizem um setor do ordenamento jurídico<sup>370</sup>. Neste trabalho, visa-se focalizar, primordialmente, mas sem esquecer dos demais momentos argumentativos, o momento da argumentação da dogmática jurídica, uma vez que se tenta posicionar de forma mais adequada o princípio da subsidiariedade na proteção do Patrimônio Mundial Cultural.

---

<sup>370</sup> ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Traduzido por Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000, pp. 18-20.

É oportuno aqui traçar uma estratégia de interpretação jurídica que considere a “textura aberta” dos princípios de Direito Internacional da soberania e da subsidiariedade, interpretando seu ‘conflito’ de um ponto de vista considerado “elucidativo” pelo positivismo-lógico, uma vez que se objetiva especificar o princípio da subsidiariedade na linguagem científico-jurídica e, ao mesmo tempo, compreender as normas e os sentimentos passados e as expectativas futuras que o cerca e também aos bens sobre os quais ele recai, fazendo-se uma consideração das intenções sociais da linguagem usada (ideologia), sem fugir do parâmetro traçado pela *intentio operis*, ou seja, não procedendo à formulação de uma superinterpretação do texto em tela.

Para esse afã, primeiro se fará a identificação das normas que fornecerão o horizonte interpretativo (fase pré-interpretativa); em seguida formular-se-á alternativas mais adequadas à natureza da matéria regulada por estas normas (fase interpretativa); por fim, proceder-se-á ao ajuste da posição tomada às condições existentes na Sociedade Internacional (fase pós-interpretativa), a fim de estabelecer uma interpretação com mais utilidade para a vida jurídica internacional, sem qualquer pretensão de estabelecer parâmetros absolutos e imodificáveis para a matéria, uma vez que é algo impossível em virtude da natureza histórica dos Direitos Fundamentais do homem, nos quais se insere o direito à cultura<sup>371</sup>.

---

<sup>371</sup> Acerca da natureza histórica e mutante dos Direitos Fundamentais do Homem, ver nota de rodapé n° 299, *supra*.

17.1 *A previsão normativa da Convenção de Paris para proteção internacional ao Patrimônio Mundial*<sup>372</sup>.

A instituição e a conseqüente proteção de um patrimônio mundial da Humanidade ocorreu por meio da Convenção da UNESCO sobre a salvaguarda do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, de 1972 (Convenção de Paris). Em sua seção II (artigos 4° a 7°), apresenta-se o horizonte interpretativo textual básico<sup>373</sup> para qualquer intérprete que tencione tratar acerca da proteção internacional do Patrimônio Mundial da Humanidade.

Mister se faz a citação completa da seção II da mencionada norma:

(...)

II. Proteção Nacional e Proteção Internacional do Patrimônio Cultural e Natural

Art. 4° Cada um dos Estados-partes na presente convenção reconhece que a obrigação de identificar, proteger, conservar, valorizar e transmitir às futuras gerações o patrimônio cultural e natural mencionado nos artigos 1° (*patrimônio cultural*) e 2° (*patrimônio natural*), situado em seu território, incumbe-lhe primordialmente. Procurará tudo fazer para esse fim, utilizando ao máximo seus recursos disponíveis e, quando for o caso, mediante a assistência e a cooperação internacional de que se possa beneficiar, notadamente nos aspectos financeiro, artístico, científico e técnico.

Art. 5° A fim de garantir a adoção de medidas eficazes para a proteção, conservação e valorização do patrimônio cultural e natural situado em seu território, os Estados-partes na presente convenção procurarão, na medida do possível, e nas condições apropriadas a cada país:

- a) adotar uma política geral que vise a dar ao patrimônio cultural e natural uma função na vida da coletividade e a integrar a proteção desse patrimônio nos programas de planejamento geral;
- b) instituir em seu território, se ainda não existirem, um ou mais serviços de proteção, conservação e valorização do patrimônio cultural e natural, dotados de pessoal adequado e de meios apropriados a realizar as tarefas a eles confiadas;
- c) desenvolver os estudos e as pesquisas científicas e técnicas e aperfeiçoar os métodos de intervenção que permitam a um Estado enfrentar os perigos que ameacem seu patrimônio cultural ou natural;

---

<sup>372</sup> Todas as referências ao texto da Convenção de Paris encontram-se em: INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL (Brasil). *Op. cit.*, pp. 177-181.

<sup>373</sup> Tendo em vista que esta convenção é sistematicamente completada por 'diretrizes' emanadas pela UNESCO, chamadas na língua inglesa de "Operational Guidelines for the Implementation of the World Heritage Convention", já devidamente abordadas na parte I do presente trabalho.

- d) adotar as medidas jurídicas, científicas, técnicas, administrativas e financeiras adequadas para a identificação, proteção, conservação, valorização e reabilitação desse patrimônio; e
- e) favorecer a criação ou o desenvolvimento de centros nacionais ou regionais de formação no campo da proteção, conservação e valorização do patrimônio cultural e natural e estimular a pesquisa científica nesse campo.

Art. 6º

1. Com observância plena da soberania dos Estados em cujo território esteja situado o patrimônio cultural e natural mencionado nos artigos 1º e 2º, e sem prejuízo dos direitos reais previstos pela legislação nacional sobre ele, os Estados-partes na presente convenção reconhecem que se trata de um patrimônio universal para cuja proteção a comunidade internacional inteira tem o dever de cooperar.
2. Os Estados-partes comprometem-se, conseqüentemente, e de conformidade com as disposições da presente convenção, a prestar seu concurso para a identificação, proteção, conservação e valorização do patrimônio cultural e natural mencionado nos parágrafos 2 e 4 do artigo 11 (*lista do patrimônio mundial e do patrimônio mundial em perigo*), se o Estado em cujo território está situado o solicitar.
3. Cada um dos Estados-partes na presente convenção se obriga a não tomar deliberadamente qualquer medida suscetível de pôr em perigo, direta ou indiretamente, o patrimônio cultural e natural mencionado nos artigos 1º e 2º que esteja situado no território de outros Estados-partes nesta convenção.

Art. 7º Para os fins da presente convenção, entender-se-á por proteção internacional do patrimônio mundial, cultural e natural o estabelecimento de um sistema internacional de cooperação e assistência, destinado a auxiliar os Estados-partes na convenção nos esforços que desenvolvam para preservar e identificar esse patrimônio". (comentou-se em itálico)

Considerando-se o texto da seção II da Convenção de Paris, pode-se detectar a presença do princípio da subsidiariedade nos artigos 6º e 7º, os quais, por meio de uma análise simplesmente gramatical, conduzem a uma leitura negativa do princípio mencionado, ou seja, da possibilidade de ingerência da Sociedade Internacional tão somente em casos de solicitação por parte do Estado-parte no qual se situe o bem protegido. Entretanto, ver-se-á que esta posição não se pode sustentar.

Tomando-se por referência a importância jurídica basilar e histórica que possuem os Direitos Fundamentais do homem, a partir da seção anteriormente transcrita, proceder-se-á a uma interpretação condizente e adequada aos interesses

da Humanidade, em consonância com as condições atuais em que se encontram os homens em sua existência no mundo e os ambientes sócio-históricos passado, atual e uma possível projeção futura.

Nesse ponto, importante mencionar o comentário de João Batista Lanari Bo, que afirma ser objetivo da Convenção de Paris:

(...) acrescentar uma esfera internacional de proteção aos esforços internos que os países realizam. Entretanto, a diversidade de contextos político-jurídicos sobre os quais age a Convenção, sem falar no caso das regiões desestabilizadas ou objeto de disputa, podem produzir circunstâncias nas quais venham a se revelar algumas fraquezas no texto (*da convenção*)<sup>374</sup>.  
(comentou-se em itálico)

desta forma, o autor constatou existir influência direta dos contextos político-jurídicos, os quais traduzem os valores e ideologias existentes nas diferentes sociedades, na eficácia jurídica do texto da Convenção de Paris e, por conseguinte, na proteção dos bens constantes das listas do Patrimônio Mundial.

Abordando a questão da soberania na seara da proteção internacional ao Patrimônio Mundial, Pressouyre abordou três situações nas quais se demonstra o conflito entre os princípios da soberania estatal e o da subsidiariedade da Sociedade Internacional na proteção desses bens. São elas: a) o choque da soberania, o qual concerne principalmente aos Estados com estrutura federal, ressaltando-se o caso dos Estados Unidos da América, já que este país adota uma interpretação restritiva da Convenção ao considerar os bens inscritos nas listas do Patrimônio Mundial são pertencentes à federação, sob a jurisdição da administração central do Serviço de Parques Nacionais, coincidindo a noção de valor universal com a noção de propriedade real internamente consagrada naquele país; b) a questão da

---

<sup>374</sup> BO, João Batista Lanari. *Proteção do patrimônio na UNESCO: ações e significados*. Brasília: UNESCO, 2003, pp. 112-113.

transferência de soberania dos sítios inscritos nas listas previstas na Convenção de Paris, que não foi prevista de forma expressa no texto, a qual ocorre em casos de fusão ou desmembramento de Estados, tais como a reunificação da Alemanha ou, mais gravemente ainda, em casos de fragmentação da ex-URSS e da ex-Iugoslávia; e c) em casos de conflitos internos nos Estados que ponham em perigo a integridade de sítios inscritos nas listas do Patrimônio Mundial situados no território dos beligerantes, tal como o caso da Iugoslávia em 1991<sup>375</sup>.

Estes são exemplos-limite de casos nos quais o princípio da soberania estatal pode e deve ser revisto no campo da proteção dos bens integrantes das listas do Patrimônio Mundial. Entretanto, não apenas nesses três casos podem advir situações nas quais o princípio da subsidiariedade da Sociedade Internacional deve ser utilizado de forma mais enérgica, em consonância com a natureza dos bens protegidos pela Convenção de Paris.

## 17.2 *Uma interpretação da seção II da Convenção de Paris.*

Observa-se no texto da seção II da Convenção de Paris, uma clara intenção de criar mecanismos para uma proteção mais ampla possível na área do Patrimônio Mundial, porém resguardando o princípio de Direito Internacional da

---

<sup>375</sup> PRESSOUYRE, Léon. *The World Heritage Convention, twenty years later*. Paris: UNESCO Publishing, 1996, pp. 10-11, *in verbis*: “1.a The question of **impingement of sovereignty** concerns above all States having a federal structure. The Convention’s legal implications were understood in the most restrictive sense by the United States of America, which proposed, first and foremost, <federally owned> properties under the jurisdiction of the central administration of the National Park Service. The scientific consequences of this reading of the Convention, which makes the universal value of a property coincide with the notion of real property, have been criticized by the World Heritage Committee on several occasions(...); 1.b The question of **transfer of sovereignty**, which had not been expressly foreseen by the Convention, was recently posed (...) by the unification of the German Democratic Republic and the Federal Republic of Germany (...) more complex is the situation of properties located in countries dismembered and not reunited such as the ex-Soviet Union (...) or the ex-Yugoslavia (...); 1.c The case of internal conflicts endangering the existence of a World Heritage Property .

soberania dos Estados. Essa leitura pode ser comprovada, uma vez que, mesmo fazendo parte de um “Patrimônio Mundial”, o qual possui esse nome por pertencer a toda Humanidade, a posição geográfica dos bens configura-se um elemento preponderante no procedimento de sua proteção.

No artigo 6º há a consagração do princípio da soberania dos Estados-partes na Convenção de Paris (“Com observância plena da soberania dos Estados em cujo território esteja situado o patrimônio cultural e natural...”), mas há também a previsão da importância para todos os povos desse patrimônio protegido por meio desse documento internacional (“...os Estados-partes na presente convenção reconhecem que se trata de um patrimônio universal para cuja proteção a comunidade internacional inteira tem o dever de cooperar...”). Devido à importância fundamental que possuem tais bens, houve a justificativa da criação de um sistema que considera o princípio da subsidiariedade da Sociedade Internacional na proteção a esses bens, ressaltando-se, contudo, a necessidade de solicitação do Estado, no qual se situa o bem para essa proteção (“...Os Estados-partes comprometem-se, conseqüentemente, e de conformidade com as disposições da presente convenção, a prestar seu concurso para a identificação, proteção, conservação e valorização do patrimônio cultural e natural mencionado nos parágrafos 2 e 4 do artigo 11, se o Estado, em cujo território está situado, o solicitar”).

Outrossim, essa posição descrita nos parágrafos anteriores, pode subsistir após uma análise que considere as estratégias teleológica e deontológica de interpretação? Acredita-se que não. Há que se ressaltar ser a atuação conjunta

das duas estratégias algo que empiricamente acontece, porém aqui, separar-se-ão a fim de um melhor resultado epistemológico.

A interpretação teleológica<sup>376</sup>, visando sempre a um equilíbrio entre a estabilidade e conseqüente segurança jurídica, deve considerar as condições sócio-econômico-políticas da época de criação da norma em comento. Todavia, mesclando-se com a necessidade prospectiva de conferir uma flexibilidade do significado da mesma norma, pretende-se atender eficazmente aos interesses mutantes dos destinatários do texto jurídico, ou seja, a Humanidade. Atendendo-se ao primeiro afã, seguem-se os *consideranda* da Convenção de Paris:

Constatando que o patrimônio cultural e o patrimônio natural são cada vez mais ameaçados de destruição, não somente pelas causas tradicionais de degradação, mas também pelas mudanças da vida social e econômica, que as molestam com fenômenos de alteração ou de destruição ainda mais temíveis;

Considerando que a degradação ou desaparecimento de um bem do patrimônio cultural e natural constitui um empobrecimento nefasto do patrimônio de todos os povos do mundo;

*Considerando que a proteção desse patrimônio em escala nacional é freqüentemente incompleta, devido à magnitude dos meios de que necessita e à insuficiência dos recursos econômicos, científicos e técnicos do país em cujo território se acha o bem a ser protegido;*

Tendo presente que a Constituição da UNESCO dispõe que ela ajudará a manutenção, o progresso e a difusão do saber, velando pela conservação e proteção do patrimônio universal e recomendando aos povos interessados convenções internacionais para esse fim;

Considerando que as convenções, recomendações e resoluções internacionais existentes, relativas aos bens culturais e naturais, demonstram a importância que representa, para todos os povos do mundo, a salvaguarda desses bens singulares e insubstituíveis, qualquer que seja o povo a que pertençam;

*Considerando que alguns bens do patrimônio cultural e natural apresentam um interesse excepcional e, portanto, devem ser preservados como elementos do patrimônio mundial da Humanidade inteira;*

*Considerando que, ante a amplitude e a gravidade dos novos perigos que os ameaçam, cabe à coletividade internacional, como um todo, tomar parte na proteção do patrimônio cultural e natural de valor universal excepcional,*

---

<sup>376</sup> As modalidades de estratégias de interpretativas foram descritas em 16.1, *supra*.

*mediante a prestação de uma assistência coletiva que, sem substituir a ação do Estado interessado, a complete eficazmente;*

*Considerando que é indispensável para esse fim adotar novas disposições convencionais que estabeleçam um sistema eficaz de proteção coletiva do patrimônio cultural e natural de valor universal excepcional, organizado de modo permanente e segundo métodos científicos e modernos.*  
(ressaltou-se em itálico)

Textual e regressivamente, constata-se que uma intenção essencial na criação desta norma foi evitar a degradação ou destruição de bens alçados como relevantes para toda Humanidade, não os deixando suscetíveis às deficiências econômicas, científicas e técnicas que freqüentemente se apresentam no âmbito interno dos Estados em que se encontram mencionados bens. Progressivamente, demonstra-se que as condições reais de preservação do Patrimônio Mundial da Humanidade não se satisfazem com uma subsidiariedade da Sociedade Internacional à proteção interna dependente de uma requisição do Estado no qual o bem se encontra<sup>377</sup>. A visão do princípio da subsidiariedade a ser enfocada no âmbito da Convenção de Paris não deve ser a de limite à intervenção da Sociedade Internacional (visão negativa) e sim aquela positiva que, justifica a intervenção da Sociedade Internacional<sup>378</sup> na seara da proteção do Patrimônio Mundial, em virtude das necessidades e da eficácia dessa atuação, já demonstrada anteriormente em diversas ocasiões<sup>379</sup>.

---

<sup>377</sup> A questão da inscrição da “Cidade velha de Jerusalém e suas Muralhas” subverte os padrões até então utilizados para inscrição (que até à época apenas haviam atendido inscrições que partissem de países envolvidos geograficamente com o bem e, a partir desta inscrição, considerou-se o interesse como algo mais amplo), e conseqüente proteção, de um bem na Lista do Patrimônio Mundial ao considerar, precipuamente, o interesse universal da Humanidade na proteção do bem a ser tutelado, aproximando-se de uma proteção internacional mais efetiva dos bens baseada em sua natureza, ver: SILVA, Fernando Fernandes da. *As cidades brasileiras e o patrimônio cultural da Humanidade*. São Paulo: Edusp, 2003, p. 98.

<sup>378</sup> Sobre as visões positiva e negativa do princípio da subsidiariedade, ver 12.1, *supra*.

<sup>379</sup> Como nos casos das Campanhas Internacionais anteriores à própria Convenção de Paris, as quais beneficiaram os templos da Núbia (Egito-Sudão, 1960-1980), as cidades de Veneza e Florença (Itália, 1966) e, já durante a vigência da Convenção, a assistência internacional à cidade de Dubrovnik, na ex-Iugoslávia. Para maiores detalhes, ver SILVA, Fernando Fernandes da. *Op. cit.*, pp. 62-67 e 161-162.

Do ponto de vista deontológico, as etapas interpretativas propostas por Dworkin, apresentam-se como um bom exemplo de estratégia para uma interpretação adequada (entenda-se “não-paranóica”, nos termos de Eco<sup>380</sup>) da proteção internacional do Patrimônio Mundial Cultural. Neste ponto, é necessário explanar-se como se resolve um ‘confronto’ de princípios e situá-lo no contexto de presente estratégia interpretativa.

A fim de se falar em ‘confronto’ ou ‘conflito’ de princípios, mister se faz abordar as funções que os mesmos possuem. Adotam-se aqui duas funções citadas por MacCormick: a função explicativa e a função justificativa. A função explicativa dos princípios expressa o poder que possuem de esclarecer o sentido de uma norma ou de um conjunto de normas. A função justificativa consiste em conferir uma garantia às normas que aos princípios se coadunam de que elas são valiosas, isto é, atendem a um fim desejável<sup>381</sup>.

No entender de Robert Alexy, regras e princípios são espécies do gênero norma, pois tanto regras como princípios dizem o que deve ser. Assim, a distinção entre as regras e princípios é uma distinção entre dois tipos de normas. Como primeira forma de distinguir as espécies de normas, Alexy cita a generalidade como aspecto distintivo entre as duas espécies. Os princípios são normas de um grau de generalidade relativamente alto e as normas com um grau de generalidade relativamente baixo. A generalidade é característica das normas que pode ser distinguida da característica da universalidade, porquanto esta se refere a todos os

---

<sup>380</sup> As interpretações “não-paranóicas” ou “sãs” são aquelas que se adstringem ao horizonte interpretativo aberto pelo texto, conforme mencionado em 16.2, *supra*.

<sup>381</sup> MacCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. New York: Oxford University Press, 1994, p. 260, *in verbis*: “A principle (...) is regarded as a desirable general norm to adhere to, and which thus has explanatory and justificatory force in relation to particular decisions, or to particular rules for decision” e ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 190.

indivíduos de uma classe aberta e tem como seu antônimo a individualidade, enquanto que aquela tem como oposto o caráter da especialidade. As normas seriam sempre universais ou individuais, numa relação de tudo ou nada, mas, ao contrário, a presença da generalidade ou da especialidade é questão de grau<sup>382</sup>.

Entretanto, a diferença entre regras e princípios não é uma questão de grau e sim conceitual ou qualitativa. As regras somente seriam passíveis de ser cumpridas ou não, sendo obrigatório fazer precisamente o que elas ordenam. Por isso, as regras são válidas ou inválidas, conforme sejam obedecidas ou não pela sociedade. Na sua aplicação ocorre o fenômeno da subsunção. Os princípios, em contrapartida, são normas que dizem respeito à realização de metas dentro das possibilidades jurídicas e fáticas, configurando-se em mandados de otimização, podendo ser cumpridos em diversos graus. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. Para sua aplicação observa-se o fenômeno da ponderação<sup>383</sup>.

No conflito de regras, em virtude da natureza de seus componentes, a solução se dá, segundo Alexy, de duas formas: com a introdução de uma cláusula

---

<sup>382</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traduzido por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 83-84, *in verbis*: “Aquí las reglas y los principios serán resumidos bajo el concepto de norma. Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. (...) La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre los tipos de normas. (...) los principios son normas con un nivel de generalidad relativamente alto, y las reglas normas con un nivel relativamente bajo de generalidad. (...) El concepto de *generalidad* de una norma tiene que ser distinguido estrictamente del de *universalidad* de una norma. (...) Lo opuesto a la norma universal es la norma individual. (...) El concepto opuesto al de generalidad es el de especialidad. (...) Una norma es siempre o bien universal o individual. En cambio, la generalidad y su opuesto, la especialidad, es un asunto de grado”.

<sup>383</sup> ALEXY, Robert. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”. *DOXA*. Alicante: [s. n.], n. 5, 1988, pp. 139-151, *apud* ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 267.

de exceção que elimina o conflito ou com a declaração de invalidez de, pelo menos, uma das regras em questão<sup>384</sup>.

No caso de uma colisão de princípios, um princípio tem que ceder ante ao outro, sem representar, com isso, a invalidez do princípio desprezado nem que no princípio desprezado tenha que se introduzir uma cláusula de exceção. O que acontece é que, sob certas circunstâncias, um princípio predomina em relação ao outro e, sob outras circunstâncias, a predominância dá-se na forma inversa. Esse movimento pendular expressa o peso dos princípios, o qual varia em relação às circunstâncias fáticas presentes<sup>385</sup>.

Considerados isoladamente, os princípios poderiam ser vistos não como mandados de otimização, mas como mandados de maximização das possibilidades fáticas. Entretanto, quando vistos em relação a outros princípios, apenas podem ser considerados como mandados de otimização, pois sofrem restrições em sua abrangência quando de sua contraposição a outro princípio<sup>386</sup>.

---

<sup>384</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traduzido por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 88, *in verbis*: “Un conflicto entre reglas sólo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida, por lo menos, una de las reglas”.

<sup>385</sup> *Idem. Ibidem*, p. 89, *in verbis*: “Cuando dos principios entran en colisión (...) uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso”.

<sup>386</sup> *Idem. Ibidem*, p. 91, *in verbis*: “El principio deja de ser un mandato de optimización para convertirse en un mandato de maximización referido tan sólo a las posibilidades fáticas. Esto conduce a la idea de que los principios, por sí mismos o aisladamente, es decir, considerados con independencia de sus relaciones con otros principios, tienen el carácter de mandatos de maximización. Por ello, podría pensarse en definir a los principios como mandatos de maximización y no de optimización. Sin embargo, una definición tal no abarcaría la relación con otros principios, que es constitutiva para los principios. Habría entonces o bien que añadir una regla de optimización referida a mandatos de maximización o completar la definición como mandato de maximización, referida a principios aislados, con una definición como mandato de optimización que abarcará la cohesión de los principios”.

A solução da colisão de princípios pode ser dada pelo estabelecimento de uma “relação de precedência condicionada”, tal como preceituou Alexy. Esta forma de solução considera os casos concretos a partir das condições que o cercam, as quais determinarão a precedência de um princípio em relação ao outro. Mudando-se as condições, a precedência pode ser solucionada de forma inversa<sup>387</sup>. Continuando seu raciocínio, Alexy afirma que entre princípios e proporcionalidade existe uma conexão muito estreita, a ponto de, para que uma proposição normativa seja um princípio, tem que atender aos três aspectos parciais da proporcionalidade: a) proporcionalidade em sentido estrito, o qual seria o postulado da ponderação propriamente dito (consideração das possibilidades jurídicas que cercam a questão, advindas da colisão com outro princípio); b) adequação (meios eleitos são condizentes); c) necessidade (meio mais benéfico). Estes dois últimos aspectos parciais demonstram os princípios como mandados de otimização com relação às possibilidades fáticas<sup>388</sup>.

Tal é o caso existente na Seção II da Convenção de Paris, porquanto consagra o princípio da soberania dos Estados-partes e, ao seu lado, também consagra o princípio da subsidiariedade na gestão dos bens do Patrimônio Mundial Cultural. Ambos atendem os aspectos parciais da proporcionalidade para serem considerados princípios, uma vez que são adequados e necessários à matéria em tela e, o que se torna mais importante neste momento, é proceder-se à ponderação entre estes dois princípios para se estabelecer uma forma adequada de

---

<sup>387</sup> *Idem. Ibidem*, p. 91, *in verbis*: “La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una *relación de precedencia condicionada*. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las *condiciones* bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente”.

<sup>388</sup> *Idem. Ibidem*, pp. 111-115.

interpretação da relação entre ambos, no bojo da proteção internacional ao Patrimônio Mundial.

Como já anteriormente mencionado, isoladamente considerados, os princípios da soberania estatal e da subsidiariedade da Sociedade Internacional tendem a uma leitura maximizante. Ou seja, para aquele, a proteção do Patrimônio Mundial Cultural só poderia ser levada a cabo pela Sociedade Internacional quando fosse requisitado pelo Estado que sedia os bens-objeto de uma possível questão que envolvesse a proteção de um bem integrante das listas. Por outro lado, se o princípio da subsidiariedade da Sociedade Internacional fosse encarado isoladamente, dentro de sua visão positiva, tenderia a leituras que justificariam a intervenção da Sociedade Internacional nos territórios dos Estados-parte na Convenção de Paris, sem o obediência a quaisquer tipos de formalidades.

Outrossim, observa-se que é necessário ponderar ambos os princípios para que se obtenha uma resposta adequada à situação que se apresenta. Esta ponderação tem que levar em conta a posição de ambos os princípios na seara fática da adequação e da necessidade que se mostrem nas circunstâncias em que tenham que ser utilizados. Desta forma, como salientou Baracho, observa-se que o princípio da subsidiariedade mostra-se como uma garantia contra a arbitrariedade e, inclusive, procura suprimi-la. Isso pode ser afirmado, uma vez que é necessária a coerência deste princípio com a segurança e a eficácia das ações que se guiam por sua atuação<sup>389</sup>, atentando-se que toda autoridade investida de funções deva justificar seus atos no exercício das mesmas, uma vez que a Sociedade

---

<sup>389</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Op. cit.*, p. 30.

Internacional encontra-se como depositária dos interesses comuns da Humanidade nesta área<sup>390</sup>.

Atendendo à função justificativa dos princípios indicada por MacCormick, a subsidiariedade em sua visão positiva, de possibilidade de ingerência da Sociedade Internacional no campo interno dos Estados-parte, garante o valor das normas de proteção ao Patrimônio Mundial Cultural, uma vez que, se assim não o fosse, poder-se-ia deixar bens que são importantes à toda a Humanidade, tal qual consagrado nos considerandos da Convenção de Paris, à mercê das condições sócio-econômico-políticas internas dos Estados nos quais os bens integrantes desse Patrimônio se situam.

Entre o princípio da soberania estatal e o da subsidiariedade, já se tratou que a preponderância de um não significa a declaração de invalidade do outro. O que propõe aqui é a predominância da subsidiariedade em relação à soberania, primeiro e mais amplamente, devido às modificações que sofreu o princípio da soberania na órbita internacional<sup>391</sup>; e, em segundo lugar, e mais especificamente no caso brasileiro, sob as circunstâncias nas quais se encontram as ‘cidades-vivas’ presentes no território do Brasil, observa-se ainda um alto grau de desconhecimento da importância desses bens, mormente ao confronto do desenvolvimento e da proteção dessas cidades como bem relevante a toda Humanidade, na preservação para as futuras gerações<sup>392</sup>.

Há que se fazer uma ressalva a fim de que não subsistam dúvidas quanto à proposição acima mencionada: a posição conceitual de preponderância do

---

<sup>390</sup> Sobre a função depositária da Sociedade Internacional dos interesses comuns da Humanidade, ver 3, *supra*.

<sup>391</sup> O princípio da soberania e as modificações em sua interpretação foram explanadas em 10 e 11, *supra*.

<sup>392</sup> As condições fático-jurídicas nas quais se encontram as ‘cidades-vivas’ inscritas na lista do Patrimônio Mundial, foram expostas em 5.3, *supra*.

princípio da subsidiariedade, em detrimento do princípio da soberania estatal, diz respeito tão somente à seara da proteção das ‘cidades-vivas’ integrantes do Patrimônio Mundial situadas no território brasileiro, tencionando-se o princípio do desenvolvimento culturalmente sustentável e sua finalidade de legar iguais possibilidades culturais às futuras gerações, sem se fazer qualquer menção a fins de exploração econômica (turística, etc). Neste caso, defende-se a preponderância inversa, isto é, da soberania do Estado brasileiro em relação ao princípio da subsidiariedade constante no texto da Convenção de Paris.

### *17.3 A adequação da estratégia interpretativa proposta às condições da Sociedade Internacional atual.*

É importante repisar o papel que os princípios do Direito possuem na vida jurídica, uma vez que não vivem em um mundo apartado, mas seguem a ‘tendência social da vida’, entre cujos traços característicos figura atualmente a ‘senda humanitária’, com sua nova concepção de segurança<sup>393</sup>.

Na etapa pré-interpretativa, reconheceram-se as regras da Convenção de Paris como as fornecedoras do significado da proteção internacional ao Patrimônio Mundial da Humanidade. Na fase interpretativa, observa-se a necessidade de uma mudança no panorama de preservação dos bens alçados à condição de patrimônio mundial e a inadequação do processo atual de proteção desses bens, baseados numa rígida obediência ao princípio da subsidiariedade da atuação da Sociedade Internacional no campo da proteção do Patrimônio Mundial,

---

<sup>393</sup> ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Traduzido por Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961, p. 420, *in verbis*: “Los principios del derecho no viven en un mundo aparte, sino que siguen la ‘tendencia social de la vida’, entre cuyos rasgos característicos figura hoy la ‘senda humanitaria’ con su nueva concepción de la seguridad”.

principalmente para as 'cidades-vivas' situadas no Brasil. Em face das deficiências detectadas já no nascedouro da norma e que ainda hoje perduram mundialmente, a atuação conjunta da Sociedade Internacional seria a mais indicada e legitimada para defender os bens que a toda a Humanidade pertencem.

Numa etapa pós-interpretativa, propõe-se a adequação de um posicionamento teórico visando a um abrandamento da atual interpretação do princípio da subsidiariedade presente na Seção II da Convenção de Paris, em virtude das condições mundiais e brasileiras, adequando seu texto ao princípio preponderante da subsidiariedade, valorizando-se a proteção das 'cidades-vivas' situadas no Brasil e inscritas nas listas do Patrimônio Mundial da Humanidade, evitando-se um engessamento dessa proteção em virtude da consagração do princípio da soberania dos Estados em Direito Internacional, que nesse caso viria a funcionar em trajeto contrário ao seu significado mais plausível, ou seja, de proteger os interesses de seus súditos.

Na aplicação da Convenção de Paris, confirmando-se a coercibilidade do Direito Internacional<sup>394</sup>, observa-se o abrandamento da soberania dos Estados-parte e o grande debate acerca da desnecessidade de consentimento do Estado, onde o bem se situa, em situações nas quais o Comitê Intergovernamental de

---

<sup>394</sup> Sobre a coercibilidade do Direito Internacional, ver 7, *supra*.

proteção do Patrimônio Mundial<sup>395</sup> considere haver situação de perigo para um sítio, tal como o caso da inscrição de Jerusalém<sup>396</sup>.

Mesmo não sendo considerada uma sanção jurídica nos moldes de Direito estatal interno, a inscrição de sítios na lista do Patrimônio Mundial em Perigo<sup>397</sup>, configura-se numa ingerência da Sociedade Internacional visando à proteção desses sítios e pode produzir uma imagem negativa do Estado quanto a sua capacidade de administrar os bens inscritos no Patrimônio Mundial situados em seu território. Atualmente são 35 sítios na lista em dos bens em perigo e, em geral, essa inscrição visa levantar fundos de assistência técnica para preservá-los. Nos parágrafos 80 a 93 das Diretrizes, menciona-se apenas a cooperação entre o Estado no qual se localiza o bem, mas não se faz menção alguma a uma consulta prévia e formal para inscrição do sítio na lista do Patrimônio Mundial em perigo<sup>398</sup>.

Confirma-se, assim, que a crescente interdependência entre os entes da Sociedade Internacional influencia decisivamente a leitura da Seção II da Convenção de Paris e aliada aos interesses de proteção de bens tão relevantes a ponto de serem consagrados como “Patrimônio da Humanidade”, inseriu-se num

---

<sup>395</sup> É um órgão executivo permanente, previsto no artigo 8º da Convenção de Paris, e formado por 21 representantes, o qual, entre outras funções, define “os critérios com base nos quais um bem do patrimônio cultural ou natural poderá ser incluído em uma ou outra das listas mencionadas nos parágrafos 2 (lista do Patrimônio Mundial) e 4 (lista do Patrimônio Mundial em perigo) do presente artigo. Para mais informações acerca do Comitê do Intergovernamental de proteção do Patrimônio Mundial, ver INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL (Brasil). *Op. cit.*, pp. 181-185.

<sup>396</sup> A inscrição no Patrimônio Mundial da cidade antiga de Jerusalém e de suas muralhas, a qual se situa em área constantemente afetada por conflitos armados, foi proposta pelo governo da Jordânia (1981) e foi muito controversa pelo fato de ter sido proposta por ente diferente do previsto na Convenção de Paris, qual seja o Estado-parte no qual o bem se situe (artigo 11) ou com seu consentimento. Todavia, Israel, o qual exercia soberania sobre aquela cidade àquela época não era signatário da Convenção e, desta forma, dar-se-ia o impasse quanto à inscrição de Jerusalém. A questão foi resolvida pelo Comitê, o qual aceitou os argumentos da delegação jordaniana e procedeu à inscrição daquela cidade na Lista do Patrimônio Mundial. Para maiores detalhes sobre a questão, ver SILVA, Fernando Fernandes da. *Op. cit.*, p. 98.

<sup>397</sup> Conforme o artigo 11, 4 da Convenção de Paris, são “aqueles para cuja salvaguarda sejam necessários grandes trabalhos”. Ver INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL (Brasil). *Op. cit.*, p. 183.

<sup>398</sup> BO, João Batista Lanari. *Proteção do patrimônio na UNESCO: ações e significados*. Brasília: UNESCO, 2003, pp. 115-116.

contexto de expansão da Sociedade Internacional no qual a ordem legal internacional tornou-se mais abrangente do que no passado, justificando, desta forma, a interpretação da existência na mencionada convenção internacional de uma necessária ponderação entre os princípios da soberania dos Estados e da subsidiariedade, considerando-se este princípio, de um ponto de vista positivo, isto é, justificatório de uma crescente ingerência da Sociedade Internacional para proteção dos bens incluídos nas listas do Patrimônio Mundial, principalmente no caso das 'cidades-vivas' situadas no território brasileiro.

*18. A prática jurídica brasileira da recepção de institutos jurídicos estrangeiros como "país periférico".*

A prática jurídica brasileira de utilização de posicionamentos ou teorias estrangeiras conduz o Direito a uma posição de 'elemento negativo' ao desenvolvimento social brasileiro. No contexto da falta de adaptação de institutos jurídicos alienígenas à realidade brasileira, convém estabelecer o que seriam países centrais e periféricos, bem como estabelecer a posição do Estado brasileiro nesta dicotomia.

O desenvolvimento seria o conjunto de transformações qualitativas e quantitativas de uma sociedade, as quais, sob o ponto de vista social, gerariam o bem-estar social. O desenvolvimento não se confunde com o crescimento econômico, nem tampouco com o progresso, pelo fato de que o primeiro possui um caráter quantitativo nos índices econômicos de um Estado e o progresso carrega um

forte caráter idealista da transformação social, enquanto que o desenvolvimento é um conceito puramente realista, baseado em indicadores sociais concretos<sup>399</sup>.

Do outro lado da moeda, o subdesenvolvimento pode ser contextualizado historicamente, como produto do processo interno de exploração das camadas sociais menos favorecidas e do processo externo de dependência dos Estados mais pobres em relação aos mais ricos<sup>400</sup>. Para efeito da abordagem do fenômeno jurídico de recepção de normas (no sentido consagrado por Alexy<sup>401</sup>), a essa divisão entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos, de acordo com Neves, pode dar-se outra nomenclatura, respectivamente: países centrais e países periféricos<sup>402</sup>.

Nos países centrais, haveria um processo de auto-referência dos sistemas sociais (nos quais se incluem os sistemas jurídico, político, econômico, etc.), o qual chama-se *Autopoiese*, ou seja, a (re)produção das regras de um sistema social sem a interferência dos demais sistemas sociais. Nestes, haveria uma abertura cognitiva ao ambiente e fechamento normativo, ou seja, existiria a entrada do ambiente como fonte de conhecimento, sem que esse mesmo ambiente interfira no código diferenciador de cada sistema social<sup>403</sup>. Entretanto, nos países periféricos, inexistiria esse processo de auto-referência dos sistemas sociais, impossibilitando a

---

<sup>399</sup> NEVES, Marcelo da Costa Pinto. “O direito como fator de desenvolvimento”. *Revista do instituto dos advogados de Pernambuco*. Recife: [s.n.], 1990, pp. 110-113.

<sup>400</sup>FURTADO, Celso. *O mito do desenvolvimento econômico*. 5ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 1981, p. 94 *apud* NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Idem*, p. 111.

<sup>401</sup> Conforme já mencionado em 17.2, *supra*.

<sup>402</sup>NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Op. cit.*, p.112-113 e *Idem*. “Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina”. *Anuário do Mestrado em Direito*, n° 6. Recife: Editora Universitária UFPE, 1993, p. 323.

<sup>403</sup>ADEODATO, João Maurício Leitão. “Uma teoria (emancipatória) da legitimação para países subdesenvolvidos”. *Anuário do Mestrado em Direito*, n° 5. Recife: Editora Universitária UFPE, 1992, p. 212 e NEVES, Marcelo da Costa Pinto. “Da Autopoiese à Alopoeise do Direito”. *Anuário do Mestrado em Direito*, n° 5. Recife: Editora Universitária UFPE, 1992, pp. 274-275, para este último o fechamento normativo é uma condição de possibilidade para abertura dos sistemas sociais.

diferenciação dentre os mesmos, existindo, assim, uma interferência deletéria entre os sistemas sociais. A esse processo de (re)produção das regras de um sistema por meio de injunções diretas do ambiente é chamado de *Alopoiese*<sup>404</sup>.

Por ser um sistema social, o Direito regula relações existentes (função conservadora) e modifica valores ultrapassados (função transformadora), conservando “áreas de conformidade social” e desenvolve a mudança da sociedade, modificando relações e valores em descompasso com a realidade presente, gerando o desenvolvimento de uma sociedade. Todavia, a atuação do direito nem sempre se encontra em conformidade com a realidade social. Isto se dá em duas hipóteses citadas por Neves: “a) quando o Direito não acompanha os avanços ocorridos nas demais esferas sociais; b) quando as inovações no subsistema jurídico não são seguidas por mudanças correspondentes nos demais subsistemas sociais”. Em ambas hipóteses, surge o problema da inadequação jurídica à realidade social e, por conseguinte, a questão da ineficácia social das normas jurídicas<sup>405</sup>.

Assim, da mesma forma que pode atuar como fator positivo para o desenvolvimento de uma sociedade, o Direito também atua como fator negativo, conduzindo uma sociedade ao desequilíbrio social, quando não há uma correspondência entre o ordenamento jurídico e as necessidades de transformação existentes em uma sociedade<sup>406</sup>. Ocorre, portanto, uma forma de atuação negativa do Direito para o desenvolvimento social quando se adota (ou se interpreta) institutos jurídicos alienígenas sem a devida adaptação à realidade nacional, mais exatamente, a brasileira. Isto se dá de forma mais constante e menos contestada

---

<sup>404</sup>ADEODATO, João Maurício Leitão. *Op. cit.*, p. 212 e NEVES, Marcelo da Costa Pinto. “Da Autopoiese à Alopoiese do Direito”. *Anuário do Mestrado em Direito*, n° 5. Recife: Editora Universitária UFPE, 1992, p. 287.

<sup>405</sup>NEVES, Marcelo da Costa Pinto. “O direito como fator de desenvolvimento”. *Revista do instituto dos advogados de Pernambuco*. Recife: [s.n.], 1990, pp. 114-115.

<sup>406</sup>*Idem. Ibidem*, p. 119.

nos países “periféricos”, em face de sua dependência econômica e cultural, criando a falsa certeza que os modelos dos países centrais são perfeitos, pelo simples fato que foram bem sucedidos nos países “cêntricos”<sup>407</sup>.

Como bem ressaltou Barroso, avaliando os “prós” e os “contras” de se viver em um país de terceiro-mundo (subdesenvolvido ou periférico) e a necessidade de reflexão acerca dos institutos jurídicos alienígenas para desenvolver a cultura jurídica:

O terceiro-mundismo tem suas vantagens. Uma delas é a de tornar-nos cosmopolitas. Aqui, ninguém sobrevive intelectualmente se não tiver os olhos postos no conhecimento que se produz além-mar. Desde pequenos, aprendemos o Brasil, a Europa e o Estados Unidos.

(...)

A deformação começa quando, por um equivocado processo de transferência, o habitante da periferia adquire a ideologia do grande centro. E o que é pior: assimila-a acriticamente, sem ensaiar sequer adaptações mínimas indispensáveis. Em seguida, envergonhado pelo atraso da periferia, faz o discurso avançado, impacientando-se com a platéia retrógrada, que não o acompanha nem o entende. Tem sido assim desde sempre, do colonialismo político ao colonialismo cultural. Passa-se do arco e flecha ao fuzil, sem percorrer os caminhos do amadurecimento<sup>408</sup>.

Adeodato, no mesmo sentido, afirmou ser improvável que: “...modelos teóricos baseados em sociedades do assim chamado Primeiro Mundo sejam rigorosamente adequados à descrição de sistemas jurídicos ou políticos em regiões subdesenvolvidas”<sup>409</sup>.

O Direito, para atuar como agente de desenvolvimento da sociedade brasileira, deve preocupar-se e refletir acerca dos problemas dos brasileiros. Apenas desta forma, e não com a adoção a-crítica de institutos e teorias jurídicas estrangeiros, proporcionará um real desenvolvimento da sociedade pátria.

---

<sup>407</sup> *Idem. Ibidem*, p. 122.

<sup>408</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3ª edição, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 239.

<sup>409</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. *Op. cit.*, p. 207.

O posicionamento acerca de uma leitura restritiva do princípio da subsidiariedade na proteção feita pela Sociedade Internacional às ‘cidades-vivas’ integrantes do Patrimônio Mundial, valorizando-se um princípio absoluto da soberania dos Estados é algo ‘condizente’ às condições de “países centrais”, haja vista que nestes, os direitos sociais e difusos se confundem com os próprios fins do Estado.

Historicamente, pode-se justificar a não inclusão de Direitos Fundamentais de “segunda” e “terceira” geração na atual Lei Fundamental alemã, pela infeliz experiência que tiveram com a Constituição de Weimar (1919). Durante sua vigência, houve abusos por parte das bancadas nacional-socialista e comunista das formas extensivas de participação popular direta, com o fito de inviabilizar várias medidas do governo democrático, o que culminou com a chegada ao poder do regime nazista. Mais ainda, atualmente, a doutrina alemã se posiciona contrariamente a direitos que necessitem de prestação estatal, por serem, em sua maioria, não realizáveis por parte do Estado, gerando, assim, a impressão popular que a Constituição alemã seria formada, tão somente, por frases utópicas<sup>410</sup>.

Neste contexto, a relativização da proteção à cultura e, por conseguinte, da proteção aos bens inscritos nas listas do Patrimônio Mundial, principalmente as ‘cidades-vivas’, do ponto de vista dos direitos sociais, pela teoria da Reserva do Possível<sup>411</sup>, apenas tem razão de ser na realidade alemã, de país central, na qual os direitos sociais (e os difusos) se confundem com os próprios fins

---

<sup>410</sup>KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, pp. 45-46.

<sup>411</sup>Do alemão, *der Vorbehalt des Möglichen*, teoria pela qual é justificada a possibilidade de não atendimento de Direitos Fundamentais de “segunda geração”, os quais dependeriam de atuação do Estado para sua satisfação, em face da insuficiência de fundos a serem destinados à sua proteção. Sobre a “Reserva do Possível”, ver TORRES, Ricardo Lobo. “O mínimo existencial e os Direitos Fundamentais”. *Revista de direito administrativo*, v. 177, jul./set. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1989, pp. 41 e 44-45. Sobre a inadequação da separação dos Direitos Fundamentais do Homem em “gerações”, ver 3.2.1., *supra*.

do Estado. Pior ainda, como o disse Krell, ao ressaltar que a diferença entre as gerações de direitos é gradual e não substantiva<sup>412</sup>, no Brasil:

...o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de 'caixas cheias' do Estado significa reduzir sua eficácia a zero; a subordinação aos 'condicionantes econômicos' relativiza sua universalidade, condenando-os a serem considerados 'direitos de segunda categoria'<sup>413</sup>

No Brasil, o Direito precisa desenvolver sua função transformadora da realidade social, ao modificar um quadro de profundo desprezo à dignidade humana, e um dos caminhos jurídicos mais adequados para isso é a conscientização da importância das 'cidades-vivas' integrantes do Patrimônio Mundial Cultural, e, entre outros benefícios, evitando práticas como a gentrificação como forma de melhora da situação habitacional da população brasileira, que já possui uma grande massa de "sem-teto", e, assim, fazendo do ambiente culturalmente sadio uma das armas para alcançar, de maneira efetiva, um adequado grau de vida na sociedade brasileira.

Para isso, no conceito de um conjunto de condições mínimas a serem juridicamente protegidas como forma de garantir a dignidade humana, ou seja, um Mínimo Existencial, no Brasil, um país periférico, há a necessidade da inclusão do elemento cultural em seu bojo.

Ricardo Lobo Torres, ao comentar sobre a comparação entre a situação dos países desenvolvidos e dos países em desenvolvimento, fez ressalva quanto à extensão do conceito do Mínimo Existencial e sua necessária diferença entre aqueles e estes:

De feito, os Direitos Fundamentais e o mínimo existencial, especialmente nos países em desenvolvimento, têm uma extensão maior que nas nações ricas, pela necessidade da proteção estatal aos bens necessários à

---

<sup>412</sup> KRELL, Andreas Joachim. *Op. cit.*, pp. 47-48.

<sup>413</sup> *Idem. Ibidem*, p. 54.

sobrevivência das populações miseráveis. As imunidades e os privilégios dos pobres e as suas pretensões à assistência social requerem a interpretação extensiva<sup>414</sup>.

Assim, mostra-se nítida a importância de um alargamento do conceito do Mínimo Existencial quando de sua abordagem pelos operadores jurídicos brasileiros, sejam eles atuantes no Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário, como única forma de garantir as condições básicas de vida digna da população brasileira, mormente as condições culturais e o papel das 'cidades-vivas' integrantes do Patrimônio Cultural Mundial, por meio de uma interpretação positiva do princípio da subsidiariedade, como melhor forma de promover o desenvolvimento do Estado brasileiro e de todo o globo, haja vista que aquele patrimônio pertence a toda a Humanidade.

---

<sup>414</sup>TORRES, Ricardo Lobo. *Op. cit.*, p. 49.

## Parte IV

### Considerações finais

O reconhecimento da existência de interesses comuns a toda Humanidade, os quais visam à preservação da espécie humana e de um desenvolvimento que garanta as condições sociais que hodiernamente se apresentam (Desenvolvimento Sustentável), fez a Sociedade Internacional consagrar a proteção a bens ou sítios importantes a todos os homens em virtude de suas características e dos sentimentos que os cercam, sejam eles naturais ou culturais.

Estes sítios podem ser divididos em patrimônio comum ‘por natureza’ ou ‘por afetação’<sup>415</sup>: aqueles caracterizados pelo princípio da não-apropriação por parte dos Estados e estes últimos, formados pelos bens consagrados pela Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, celebrada no ano de 1972 em Paris.

A constatação da importância da cultura como um conjunto de símbolos e formas que são vitais a toda Humanidade fez gerar a criação do Patrimônio Cultural da Humanidade. Como existe a impossibilidade fático-econômica da proteção de todas as culturas do planeta, criou-se o sistema de listas para a consagração de bens que, por suas características, constituem-se nos melhores exemplares das diversas expressões culturais mundiais.

Entre os bens do Patrimônio Mundial Cultural, destacam-se as ‘cidades-vivas’, como a base onde mais nitidamente se verifica o choque entre o

---

<sup>415</sup> Conforme distinção suscitada em 3.1., *supra*.

desenvolvimento humano e a necessidade de preservação das formas culturais passadas. Nessas cidades, a preservação não só traz benefícios como também acarreta problemas, tais como a “gentrificação”.

Como forma adequada e racional de resolução das questões acerca da preservação de cidades culturalmente relevantes, surgiram os conceitos internacionais de Desenvolvimento Sustentável e de Conservação Integrada, os quais deveriam ser gradualmente recepcionados nas legislações internas dos Estados-partes da Convenção de Paris de 1972. Todavia, observam-se problemas na adoção destes princípios por todos os signatários dessa Convenção, principalmente os estados em desenvolvimento, como é o caso brasileiro.

A ausência de formas de coerção no Direito Internacional similares às existentes nos direitos estatais internos faz com que não se observe nitidamente os mecanismos de coerção internacionais na seara da proteção do Patrimônio Cultural Mundial e, numa observação descuidada, conduz a crença na ‘imperfeição’ do ordenamento jurídico internacional, fazendo-se crer na existência de um esvaziamento das possibilidades fático-jurídicas de aplicação de normas como aquelas consagradas no texto da Convenção de Paris.

Entretanto, a previsão de mecanismos como a “lista do Patrimônio Mundial em Perigo”, mesmo não sendo considerada uma sanção jurídica similar às existentes na seara interna do Estados, demonstra a intenção da Sociedade Internacional em agir mais efetivamente na proteção do Patrimônio Mundial e, nesse afã, aparece o princípio da subsidiariedade como argumento teórico basilar para justificação dessa atuação mais incisiva da Sociedade Internacional.

Ao se focalizar os princípios abordados, observa-se, com a criação da ONU e dos blocos de países, que a soberania estatal não pode ser mais considerada como um princípio absoluto, pelo qual a vontade soberana do Estado apenas pode ser limitada pela própria vontade estatal, em resumo, em hipótese alguma. O princípio da soberania, como todas as normas de Direito, deve adequar-se ao momento histórico pelo qual passa o conjunto dos entes por ele abrangidos. Desta forma, atualmente, há que se considerar uma leitura mais flexível do princípio da soberania, ao ponderá-lo com o princípio da subsidiariedade, mormente ao caso da proteção do Patrimônio Cultural Mundial e suas 'cidades-vivas'.

Essa ponderação<sup>416</sup> mencionada é possível em virtude das normas jurídicas (regras e princípios) serem construídos através da linguagem e esta se caracterizar pela vaguidade significativa. Assim, os princípios jurídicos possibilitam um horizonte interpretativo amplo, no qual seus limites podem ser construídos de formas diferentes. Entretanto, algumas propostas interpretativas se apresentam mais adequadas que outras, pois o fenômeno interpretativo jurídico não deve ser restringido por estratégias descompassadas com o desenvolvimento da sociedade humana e, portanto, descompromissadas com os princípios relevantes do direito<sup>417</sup>.

O intérprete das normas jurídicas deve sempre ter em vista que o horizonte de interpretação aberto pelo texto não deve ficar adstrito à 'letra fria da Lei', e, ao mesmo tempo, não se pode dar ao luxo de desconsiderar de forma completa o texto, procurando significados ocultos ou não plausíveis. Somente dessa forma, o Direito poderá se livrar da crença esdrúxula de que só pode ser adaptado à

---

<sup>416</sup> Conforme a distinção entre regras e princípios como espécies do gênero norma, e a resolução de colisão de princípios proposta por Alexy abordada em 17.2, *supra*.

<sup>417</sup> Ver a estratégia interpretativa deontológica no ponto 16.1 *supra*.

realidade com uma modificação formal de seus textos<sup>418</sup>, restando à interpretação uma simples significação de exegese.

Complementarmente, como pressuposto para a inscrição na lista do Patrimônio Mundial, no início do século XXI, a preservação das ‘cidades-vivas’ situadas em território brasileiro já possui instrumentos jurídicos condizentes com sua condição de Patrimônio Cultural Mundial, mesmo que através da ação tardia dos legisladores nacionais. Todavia, mais importante que a criação de novas normas reguladoras é a real atuação do Poder Público na proteção de bens culturalmente tão significativos<sup>419</sup>, não só para a cultura nacional, como também para toda a cultura mundial, tal como consagrado por seu título.

Uma estratégia acertada para a proteção das ‘cidades-vivas’ situadas no Brasil é a aplicação extensiva de uma educação adequada para toda população, como acontece na maioria dos países europeus e norte-americanos. No entanto, na maior parte do mundo, os países periféricos, a melhoria da preservação de valores culturais imóveis se vê enfraquecida pela ausência de educação de seus habitantes.

No Brasil, a falta de uma comunidade cônica de suas possibilidades como conjunto coeso frente ao poder estatal, através de conselhos que contem com representantes nas diversas esferas governamentais, faz com que as atenções ao ambiente praticamente se restrinjam a sua parcela natural, exemplificada pela questão da ‘soberania’ (em sua idéia clássica de ideal estatal absoluto) sobre

---

<sup>418</sup> Desconsiderando-se, assim, a existência da “textura aberta” da linguagem jurídica, conforme já visto em 14.3, *supra*.

<sup>419</sup> Neste sentido é importante se observar (e lamentar) que a Câmara Legislativa do Distrito Federal aprovou em primeira instância um projeto de Lei que extingue o Conselho de Preservação de Brasília (Conpresb), o qual é formado por representantes da sociedade civil e do Governo do Distrito Federal e é responsável pela regulamentação de questões ligadas ao tombamento da capital federal, medida que foi classificada como um retrocesso pelo presidente do Iphan, conforme *PLANO-piloto de Brasília em risco*. Arco Web, [s. l]: 28 jun. 2004. Disponível em: <<http://www.arcoweb.com.br/emdia.asp?atual=1529>>. Acesso em: 09 jul. 2004.

Amazônia ou o mau gerenciamento dos recursos hídricos brasileiros que, recentemente, gerou a maior crise energética da história do país.

Por outro lado, urge que os Estados-partes da Convenção de Paris se dêem conta que, necessariamente, deve-se atuar de forma conjunta, para seguir na busca de um Desenvolvimento Culturalmente Sustentável que leve em conta as aspirações e necessidades de todas as comunidades, sob pena de a Humanidade sofrer com o desaparecimento de bens que a ela toda pertence, assegurados juridicamente e sem distinção nacional. Para isso é preciso considerar-se que a relação entre o Direito Internacional e a soberania dos Estados nacionais é matéria que ainda hoje suscita controvérsias, mas que estas não devem afetar a proteção ao Patrimônio Mundial, haja vista ser um conjunto de bens que, por sua natureza, são relevantes para toda a Humanidade.

O princípio da subsidiariedade aparece como princípio mais adequado a atual situação da Sociedade Internacional, ao prever requisitos como a necessidade da intervenção do ente mais abrangente (a Sociedade Internacional) e a eficácia dessa intervenção como essenciais à sua utilização, assim garantindo o mínimo de segurança jurídica na sua utilização, sem que se crie uma 'ditadura do ente mais abrangente', o que não condiziria com a natureza da subsidiariedade, nem necessariamente alcançaria o ideal colimado da proteção ao Patrimônio Cultural Mundial, pois poderia configurar-se, conforme o caso concreto, em conduta despicienda e, por conseguinte, inadequada.

Por fim, no Brasil, há uma cultura jurídica de mera adoção de institutos jurídicos estrangeiros sem a devida adaptação às condições sociais presentes. Isso gera um descompasso entre os anseios da população e o Direito, tornando-o um

agente negativo de desenvolvimento do Estado brasileiro. É bem verdade que a Convenção de Paris é uma regra internacional já integrante do ordenamento jurídico brasileiro<sup>420</sup>, porém, a interpretação conferida ao princípio da subsidiariedade integrante da Seção II desta Convenção deve ser instituída no meio jurídico brasileiro considerando-se as condições sócio-político-econômicas existentes no interior do território brasileiro.

Há que se ter bem clara a importância da inclusão no instituto jurídico do Mínimo Existencial de Direitos Fundamentais de “segunda” e “terceira” geração para a sociedade brasileira, notadamente, o direito a um ambiente sadio, garantido constitucionalmente no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

No Brasil, mais importante que haver crescimento econômico é haver desenvolvimento e, nos dias atuais, não existe desenvolvimento que não seja sustentável, garantindo, assim, a preservação de um dos aspectos da dignidade humana por meio da proteção às ‘cidades-vivas’ integrantes do Patrimônio Mundial situadas no território brasileiro, assumindo as incapacidades existentes internamente e, com a utilização do princípio da subsidiariedade em sua visão positiva, evitando a ausência de ações adequadas à continuidade da existência desses bens, os quais, em última análise, não apenas permitem o acesso à cultura brasileira, mas também propiciam o bem-estar da população mundial, fim primordial do Direito.

---

<sup>420</sup> Como já mencionado em 3.2., *supra*.

## Referências

### Livros

AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Traduzido por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALTEMIR, Antônio Blanc. *El patrimonio común de la humanidad: Hacia un régimen jurídico internacional para su gestión*. Barcelona: Bosch, casa editorial S.A., 1992.

ARIOSI, Mariângela. *Conflitos entre tratados internacionais e Leis internas: o judiciário brasileiro e a nova ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito, introdução e teoria geral: Uma perspectiva Luso-Brasileira*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Traduzido por Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.

BAHIA, Saulo José Casali. *Tratados internacionais no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. 1ª edição, 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3ª edição, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BARTHES, Roland. *S/Z*. Tradução de Léa Novaes. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1992.

BARTHES, Roland. *Elementos de semiologia*. Tradução de Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 2001.

BEAUD, Olivier. *La Puissance de L'Etat*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994.

BO, João Batista Lanari. *Proteção do patrimônio na UNESCO: ações e significados*. Brasília: UNESCO, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 16ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. 4ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BOSON, Gerson de Brito Mello. *Constitucionalização do Direito Internacional: Os Caminhos da Paz*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

CHOAY, Françoise. *A alegoria do patrimônio*. São Paulo: Unesp, 2001.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE O MEIO AMBIENTE E O DESENVOLVIMENTO. "Nosso Futuro Comum". *Informe Brundtland*. Rio de Janeiro: FGV, 1991.

CORETH, Emerich. *Questões fundamentais de hermenêutica*. Tradução de Carlos Lopes de Matos. São Paulo: EPU, Ed. da Universidade de São Paulo, 1973.

DAIFUKU, Hiroshi. *International assistance for the conservation of cultural property, why preserve the past?: The challenge to our cultural heritage*. Paris: ed. by Yudhishtir Raj Isar, Unesco e Smithsonian Institution, 1986.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DEL VECCHIO, Giorgio; SICHES, Luis Recasens. *Filosofia del Derecho y Estudios de filosofia del derecho*. Tomo I. México: Union Tipografica Editorial Hispano-Americana, 1946.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

DURKHEIM, Emilio. *De La División Del Trabajo Social*. Buenos Aires: Schapire Editor, 1967.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ECO, Umberto. *Tratado geral de semiótica*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 1980.

\_\_\_\_\_. *Os limites da interpretação*. Tradução de Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 1995.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ESSER, Josef. *Princípio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Traduzido por Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Soberania & Processo de Integração*. Curitiba: Juruá, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA, Ivete Senise. *Tutela penal do patrimônio cultural*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

FERREIRA, Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. 4ª edição ampliada e atualizada, Tomo II. São Paulo: Saraiva, 1962.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

FURTADO, Celso. *O mito do desenvolvimento econômico*. 5ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 1981.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3ª edição. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

\_\_\_\_\_. *La Soberanía: Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*. Trad. Mario de La Cueva. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL (Brasil). *Cartas patrimoniais*. 2ª ed. rev. aum.. Rio de Janeiro: IPHAN, 2000.

JOTE, Kifle. *International legal protection of cultural heritage*. Stockholm: Juristförlaget, 1994.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do Direito e do Estado*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

\_\_\_\_\_. *Teoria pura do direito*. 6ª edição. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LIMA JÚNIOR, Jayme Bevenuto. *Os direitos econômicos, sociais e culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 7ª edição, 2ª tiragem, revista, atualizada e ampliada de acordo com as Leis ns. 9.433/97 e 9.605/98. São Paulo: Malheiros, 1999.

MacCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. New York: Oxford University Press, 1994.

MAGALHÃES, Agamenon. *O Estado e a Realidade Contemporânea*. Recife: [s.n.], 1933.

MARTINS, Margarida Salema d'Oliveira. *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados Internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 10ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direito Internacional da Integração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Internacional*. 11ª edição revista e aumentada. 1º Volume. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional Internacional*. 2ª edição revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MILET, Vera. *A teimosia das pedras: um estudo sobre a preservação do patrimônio ambiental no Brasil*. Olinda: Prefeitura de Olinda, 1988.

NABAIS, José Casalta. *Introdução do direito do patrimônio cultural*. Coimbra: Almedina, 2004.

PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural: o tombamento como principal instituto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

PODESTA COSTA, L.A.; RUDA, Jose Maria. *Derecho Internacional Publico*. 1º Volume. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1994.

PRESSOUYRE, Léon. *The World Heritage Convention, twenty years later*. Paris: UNESCO Publishing, 1996.

QUADROS, Fausto de. *O princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário após o Tratado da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 1995.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado – Editor, Sucessor, 1979.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 10ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1983.

\_\_\_\_\_. *Lições preliminares de direito*. 27ª edição ajustada ao novo Código Civil. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2003.

REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

RICHTER, Rui Arno. *Meio ambiente cultural: omissão do estado e tutela judicial*. 1ª edição, 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2003.

RIEGL, Aloïs. *El culto moderno a los monumentos: caracteres y origen*. Traducción de Ana Pérez López. Madrid: Visor, 1999.

RUSKIN, John. *The lamps of architecture*. New York: Dover publications, 1989.

SARAIVA, Rute Gil. *Sobre o princípio da subsidiariedade: gênese, evolução, interpretação e aplicação*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 2001.

SILVA, Fernando Fernandes da. *As cidades brasileiras e o patrimônio cultural da Humanidade*. São Paulo: Edusp, 2003.

SILVA, José Robson da. *Paradigma biocêntrico: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito Internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*. São Paulo: Atlas, 2001.

SODRÉ, Néelson Werneck. *A Coluna Prestes*. 4ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1985.

STRUCHINER, Noel. *Direito e linguagem: uma análise da Textura Aberta da Linguagem e sua Aplicação ao Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SWINARSKI, Christophe. *Introdução ao Direito Internacional Humanitário*. Brasília: Comitê Internacional da Cruz Vermelha – Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996.

TIRAPELI, Percival. *Conhecendo os Patrimônios da Humanidade no Brasil*. São Paulo: Metalivros, 2001.

TRUYOL Y SERRA, Antônio. *Noções fundamentais de Direito Internacional*. 2ª edição refundida e aumentada. Tradução de R. Ehrhardt Soares. Coimbra: Armênio Amado, Editor, suc., 1962.

UNESCO – United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization. *Patrimônio mundial no Brasil*. Brasília: UNESCO, 2000.

VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Tradução de Antonio Truyol y Serra. Madri: Aguilar, 1957.

WALZ, Gustav Adolf. *Esencia del Derecho Internacional y crítica de sus negadores*. Tradução de Antonio Truyol y Serra. Madrid: Revista de derecho privado, 1943.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão, 2ª edição aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

WILLIAMS, Sharon A. *The International and National Protection of Movable Cultural Property: A Comparative Study*. New York: Oceana Publications, 1978.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução de José Carlos Bruni, 2ª edição. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

### **Capítulos de livros**

DUPUY, René Jean. “La Zone, Patrimoine Commun de L’Humanite”. In: VIGNES, Daniel; DUPUY, René Jean (Org.). *Traité du Nouveau Droit de La Mer*. [s.l.]: ed. Économica, 1985, p. 499-505.

EMERSON, R. W. In: *COMPLETE works, Collected essays*, t. II, XII. Boston: Houghton, 1988.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. “Tutela do meio ambiente em face de seus aspectos essenciais: Os fundamentos constitucionais do direito ambiental”. In: POZZOLI, Lafayette; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (Orgs.). *Ensaio em homenagem a Franco Montoro – Humanista e Político*. São Paulo: Loyola, 2001, pp. 225-235.

JOKILEHTO, Jukka. “Conceitos e idéias sobre conservação”. In: ZANCHETI, Sílvio (Org.). *Gestão do Patrimônio Cultural Integrado*. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2002, pp. 11-19.

LAPA, Tomás; ZANCHETI, Sílvio. “Conservação integrada urbana e territorial”. In: ZANCHETI, Sílvio (Org.). *Gestão do Patrimônio Cultural Integrado*. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2002, pp. 31-36.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. "A Soberania através da História". In: \_\_\_\_\_ (Coord.). *Anuário Direito e Globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp.7-22.

MONTEIRO, Circe Maria Gama. "Revitalização, habitação em áreas históricas e a questão da gentrificação". In: ZANCHETI, Sílvio (Org.). *Gestão do Patrimônio Cultural Integrado*. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2002, p. 287-290.

QUADROS, Fausto de. "O Princípio da Subsidiariedade no Tratado da União Europeia". In: *EM torno da revisão do Tratado da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 231.

REIS, Márcio Monteiro. "O Estado Contemporâneo e a Noção de Soberania". In: MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque (Coord.). *Anuário Direito e Globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 277-295.

RORTY, Richard. "Pragmatismo, filosofia analítica e ciência". In: PINTO, Paulo Roberto Margutti et al. *Filosofia analítica, pragmatismo e ciência*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1998, pp. 15-29.

SCHIFFER, Sueli Ramos. "A conservação urbana e a superação da pobreza". In: ZANCHETI, Sílvio (Org.). *Gestão do Patrimônio Cultural Integrado*. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2002, pp. 297-304.

THOMPSON J., José. "Contenido de los derechos humanos: Tipologia". In: *SERIE educación y derechos humanos*. 1 temas introductorios. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), 1996.

WEBER, Max, "La ciencia como vocación". In: GERTH, HANS; MILLS, CARL WRIGHT (eds.). *Ensayos de sociología contemporánea*. Barcelona: Martínez Roca, 1975, pp. 188-190.

ZANCHETI, Sílvio Mendes. "O valor econômico total dos bens patrimoniais e ambientais". In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Gestão do Patrimônio Cultural Integrado*. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2002, pp. 71-74.

ZANCHETI, Sílvio Mendes. "O Desenvolvimento Sustentável urbano". In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Gestão do Patrimônio Cultural Integrado*. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2002, pp. 79-83.

## Artigos de revistas especializadas

ADEODATO, João Maurício Leitão. "Uma teoria (emancipatória) da legitimação para países subdesenvolvidos". *Anuário do Mestrado em Direito*, nº 5. Recife: Editora Universitária UFPE, 1992, pp. 207-242.

ALEXY, Robert. "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica". *DOXA*. Alicante: [s. n.], n. 5, 1988.

KELSEN, Hans. "El principio de igualdad de soberanía entre los estados, como base de la organización internacional". *Revista de la Universidad Nacional de Cordoba*, nº 3. Cordoba: Imprenta de la Universidad, 1944, pp. 773-792.

KISS, Alexandre Charles. "La Notion de Patrimoine Commun de l'Humanité". *Recueil des Cours: Académie de Droit International de La Haye*, vol. II, tomo 175. Haia: [s. n.], 1982, pp. 98-256.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. "O direito como fator de desenvolvimento". *Revista do Instituto dos Advogados de Pernambuco*. Recife: [s.n.], 1990.

\_\_\_\_\_. "Da Autopoiese à Alopoiese do Direito". *Anuário do Mestrado em Direito*, nº 5. Recife: Editora Universitária UFPE, 1992, pp. 273-298.

\_\_\_\_\_. "Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina". *Anuário do Mestrado em Direito*, nº 6. Recife: Editora Universitária UFPE, 1993, pp. 313-357.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. "A evolução da proteção do patrimônio cultural: crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural". *Revista de Direito Ambiental*, nº 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 25-43.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. "Patrimônio cultural: análise de alguns aspectos polêmicos". *Revista de direito ambiental*, nº 21. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 174-191.

TORRES, Ricardo Lobo. "O mínimo existencial e os Direitos Fundamentais". *Revista de direito administrativo*, v. 177, jul./set. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1989, pp. 29-49.

### **Artigos de jornais**

ARAÚJO, Cristiane. Olinda: entre o peso do passado e a carência do presente. *Diário de Pernambuco*, Recife, 1 dez. 2002, Caderno Vida Urbana, p. C4.

KATTAH, Eduardo. Unesco de olho no patrimônio de Ouro Preto. *Jornal do Commercio*, Recife, 17 nov. 2002, Caderno Brasil, p. 16.

KATTAH, Eduardo. Profetas do Aleijadinho ameaçados pelo tempo. *Jornal do Commercio*, Recife, 26 jan. 2003, Caderno Brasil, p. 15.

PAZ, Jailson da. Pichações em Olinda serão investigadas. *Diário de Pernambuco*, Recife, 15 jun. 2003, Caderno Vida Urbana, p. C4.

### **Artigo de revista**

LIBÓRIO, Roger. Ouro Preto agoniza. *Época*, São Paulo, n. 257, p. 50, 21 abr. 2003.

### **Dissertação de mestrado**

FREITAS, Marcelo de Brito Albuquerque Pontes. *Dos monumentos arquitetônicos aos sítios históricos urbanos: um estudo sobre a evolução do padrão de intervenção estatal nos sítios históricos no Brasil*. Recife, 1992, 231 f. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Urbano) – Universidade Federal de Pernambuco.

### **Tese para obtenção de título de professor**

FERREIRA, Pinto. *Da Soberania*. Tese apresentada à Faculdade de Direito do Recife, no concurso para professor docente-livre de Teoria Geral do Estado. Recife: Oficinas Gráficas do Jornal do Commercio, 1943.

## Sítos da Internet

BRITO, Marcelo. *Pressupostos da reabilitação urbana de sítios históricos no contexto brasileiro*. In: Seminário Internacional de Reabilitação Urbana de Sítios Históricos, 2002, Brasília. Disponível em: <<http://www.iphan.gov.br/proprog/seminarioreabi.htm>>. Acesso em: 5 maio 2004.

DJI. *Interpretação da Lei*. Disponível em: <[http://www.dji.com.br/civil/interpretação\\_da\\_Lei.htm](http://www.dji.com.br/civil/interpretação_da_Lei.htm)>. Acesso em: 05 mar. 2003.

LEGAL INFORMATION INSITITUTE. *Consitution of the United States of America*. [s. l.: s. n.], [1993]. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/constitution/constitution.billofrights.html#amendmentx>>. Acesso em: 31 maio 2004.

*PLANO-piloto de Brasília em risco*. Arco Web, [s. l]: 28 jun. 2004. Disponível em: <<http://www.arcoweb.com.br/emdia.asp?atual=1529>>. Acesso em: 09 jul. 2004.

UNESCO – United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization. *Operational Guidelines for the Implemetation of the World Heritage Convention*. Disponível em: <<http://whc.unesco.org/nwhc/pages/doc/main.htm>>. Acesso em: 25 jul. 2002.