



DIÁLOGO AMBIENTAL, CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

VOLUME 3 – TOMO I

Coordenação:

Jorge Miranda
Carla Amado Gomes

Organização:

Bleine Queiroz Caúla
Valter Moura do Carmo



DIÁLOGO AMBIENTAL, CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

Volume 3 – Tomo I

Coordenação:

Jorge Miranda
Carla Amado Gomes

Organização:

Bleine Queiroz Caúla
Valter Moura do Carmo

Edição:

INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS

www.icjp.pt | icjp@fd.ulisboa.pt

Outubro de 2015

ISBN: 978-989-8722-09-6



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

Alameda da Universidade
1649-014 Lisboa

Edição digital em format e-book, elaborada a partir da
edição brasileira impressa: Editora Lumen Juris – 2015

Diagramação: Luisa Maria D. G. Pereira

Produzido e publicado para o ICJP por:

OH! Multimedia

www.oh-multimedia.com

mail@oh-multimedia.com

Conselho Científico

Alexandre Sousa Pinheiro – FDUL

Ana Maria D'Ávila Lopes – UNIFOR

Carla Amado Gomes – FDUL

César Barros Leal – UFC

Elvira Domínguez-Redondo – MIDDLESEX UNIVERSITY

Francisco Lisboa Rodrigues – FANOR

Francisco Luciano Lima Rodrigues – UNIFOR

Horácio Wanderlei Rodrigues – UFSC

João Pedro Oliveira de Miranda – FDUL

Jorge Miranda – FDUL

Lídia Maria Ribas – UFMS

Lívia Gaigher Bósio Campello – UFMS

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima – UNIFOR

Orides Mezzaroba – UFSC

Susana Borràs Pentinat – UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

Valério de Oliveira Mazzuoli – UFMT

Wagner Menezes – USP

Sobre o Coordenador

Jorge Miranda

Licenciado em Direito (1963) e doutor em Ciências Jurídico-Políticas (1979), é professor catedrático das Faculdades de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa. Nas duas Faculdades já exerceu a regência de todas as disciplinas do Grupo de Ciências Jurídico-Políticas, mantendo hoje a seu cargo as de Direito Constitucional e Direitos Fundamentais. Também na Faculdade de Direito de Lisboa, exerceu funções como presidente do Conselho Científico (1988-1990 e 2004-2007) e presidente do Conselho Directivo (1991-2001). Integrou ainda Comissão Científica da Escola de Direito da Universidade do Minho (1973-2005), coordenou a licenciatura em Direito da Universidade Católica Portuguesa (1983-1989). Eleito nas listas do Partido Popular Democrático, foi deputado à Assembleia Constituinte (1975-1976), tendo um papel importante na feitura da Constituição da República Portuguesa de 1976. A sua colaboração estendeu-se também à elaboração das Constituições de São Tomé e Príncipe (1990), de Moçambique (1990), da Guiné-Bissau (1991) e de Timor-Leste (2001). Foi membro da Comissão Constitucional (1976-1980), órgão precursor do actual Tribunal Constitucional. É Doutor Honoris Causa em Direito, pela Universidade de Pau (França, 1996), Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Brasil, 2000), Universidade Católica de Lovaina (Bélgica, 2003) e pela Universidade do Porto (2005).

Sobre os Organizadores e Autores

Alexandre de Oliveira Alcântara

Professor da Universidade de Fortaleza- UNIFOR. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Mestre em Filosofia pela Universidade Federal do Ceará (UFC), Promotor de Justiça na Comarca de Fortaleza, Estado do Ceará.

Alexsandro Rahbani Aragão Feijó

Procurador do Município de São Luís (MA). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professor de Direito Internacional Público e Direito Econômico da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco (UNDB). Associado da Academia Brasileira de Direito Internacional (ABDI).

Amanda Guimarães Torres

Advogada militante no Estado do Rio de Janeiro, desde março de 2008. Mestre em Direitos Fundamentais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em novembro de 2012. Professora de Direito da Universidade Cândido Mendes-RJ, desde fevereiro de 2013.

Ana Paula Araújo de Holanda

Advogada. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Especialista em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Doutoranda em Direito pela Universidade de Lisboa. Professora da Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Coordenadora Especial de Políticas Públicas dos Direitos Humanos do Gabinete do Governador Estado do Ceará (2013-2014). Diretora Geral da Agência de Cidadania Responsável. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direitos Humanos, Direito Civil e Direito Educacional, atuando principalmente nos seguintes temas: cidadania, acesso à justiça, meios extrajudiciais de solução de controvérsias, fundamentos epistemológicos, Clóvis Beviláqua, código civil, ensino do direito e projeto pedagógico.

Bleine Queiroz Caúla

Doutoranda em Direito - Área Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa sob a orientação do professor catedrático Doutor Jorge Miranda; Mestre em Administração de Empresas e Especialista em Direito Processual Civil pela UNIFOR; Pedagoga e Advogada premiada com o V Prêmio Innovare 2008 pelo trabalho realizado como Assessora do Projeto Cidadania Ativa (2005-2008). Membro do Conselho Editorial do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. Coordenadora do Seminário Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional; Professora Assistente da Universidade de Fortaleza – Graduação em Direito e Pós-Graduação; Pesquisadora do Núcleo de Estudos Internacionais – NEI e do NUPESQ da Universidade de Fortaleza. Obras publicadas: O direito constitucional e a independência dos tribunais brasileiros e portugueses: aspectos relevantes; Direitos Fundamentais: uma perspectiva de futuro; A lacuna entre o direito e a gestão do ambiente: os 20 anos de melodia das agendas 21 locais. Email: bleinequeiroz@yahoo.com.br

Carlos Andre Birnfeld

Professor federal da FURG atuante no programa de Mestrado em Direito e Justiça Social e no Programa de Mestrado em Gerenciamento Costeiro da mesma Universidade. Doutor e Mestre em Direito pela UFSC. Advogado. Consultor “ad hoc” do Governo Federal brasileiro.

Carla Amado Gomes

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Foi Vice-Presidente do Instituto da Cooperação Jurídica da Faculdade de Direito de Lisboa de 2006 a 2014. É Vice-Presidente do Instituto de Direito Brasileiro da Faculdade de Direito de Lisboa desde 2014. É membro do Conselho Pedagógico desde 2012. Lecciona cursos de mestrado e pós-graduação em Direito do Ambiente, Direito Administrativo e Direito da Energia em Angola, Moçambique e Brasil. Colabora regularmente em acções de formação no Centro de Estudos Judiciários. Foi Professora Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa entre 2007 e 2013. Foi assessora no Tribunal Constitucional entre 1998/1999.

Cyntia Mirella da Costa Farias

Doutoranda em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela PUC-SP. Bolsista CNPq. Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR. Advogada.

Dayse Braga Martins

Graduada em Direito (1999) e mestra em Direito Constitucional (2003), ambos pela Universidade de Fortaleza – Unifor. Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Unifor (2013). Atualmente é professora assistente, 40h/a, do Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Unifor, das disciplinas de Estágio V (Real), Soluções Extrajudiciais de Disputas, Direito Ambiental e Mediação e Conciliação na prática. Professora da Pós-Graduação lato sensu da Unifor. Pesquisadora do grupo de pesquisa “Relações Econômicas, Políticas e Jurídicas na América Latina”, da linha de pesquisa “Educação Jurídica na América Latina, cadastrados na plataforma do grupo do CNPq. E-mail: daysebraga@unifor.br.

Ebe Pimentel Gomes Luz

Doutoranda em Direito - Área Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2009) sob a orientação da Professora Doutora Carla Amado Gomes; Mestre em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará - UFC; Especialista em Ciência da Educação pela Universidade Estadual Vale do Acaraú - UVA; Advogada; Professora Assistente G do Curso de Direito da Universidade Estadual Vale do Acaraú - UVA; Ouvidora da Universidade Estadual Vale do Acaraú - UVA.

Felipe Kern Moreira

Professor Adjunto III da Universidade Federal de Roraima - UFRR. Professor no Curso de Bacharelado em Relações Internacionais e no Programa de Mestrado em Sociedade e Fronteiras - PPGSOF. Doutor (2009) e Mestre (2005) em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília – UnB; Bacharel em Direito pela Fundação Universidade Federal de Rio Grande – FURG. e-mail: felipekernmoreira@hotmail.com

Francisco Jacinês Gurgel Luz

Cursando Mestrado Profissional em Planejamento e Políticas Públicas (Universidade Estadual do Ceará - 2014). Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1986). Pós-Graduado em Processo Penal e Processo Civil pela Universidade Federal do Ceará - UFC. Pós-Graduado em Políticas e Estratégias pela UVA em convênio com a Associação dos Diplomados da Escola Superior de Guerra. Procurador do Município de Fortaleza. Atualmente

é Conselheiro Estadual Titular da OAB-CE e foi Vice-Presidente da Comissão de Direitos Humanos (2013). Lecionou a disciplina de Direito Penal na FAECE-FAFOR (2014). Membro do Comitê Estadual de Combate à Tortura.

Frederico Antônio Lima de Oliveira

Promotor de Justiça de 3ª Entrância do Ministério Público do Estado do Pará. Doutor em Direito de Estado (sub-área - Direito Constitucional) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito Público (sub-área - Direito Administrativo) pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor de Direito da Graduação e da Pós-graduação (Mestrado) no Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade da Amazônia.

Geovana Maria Cartaxo de Arruda Freire

Professora da Universidade Federal do Ceará (UFC) no Curso de Ciências Ambientais e Arquitetura, nas disciplinas de Direito Ambiental e Direito Urbanístico. Doutora em Direito pela na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC) e graduada em Direito pela mesma universidade.

Jessica Souza Alves

Advogada, graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza- UNIFOR. E-mail: jessicasaouzaalves23@gmail.com

Jonathan Barros Vita

Advogado, Consultor Jurídico e Contador. Especialista em Direito Tributário pelo IBET, Mestre e Doutor em Direito do Tributário pela PUC-SP e Mestre em Segundo Nível em Direito Tributário da Empresa pela Universidade Comercial Luigi Bocconi – Milão – Itália. Coordenador e professor do Mestrado em Direito da UNIMAR. Professor de diversos cursos de pós-graduação no Brasil e exterior. Conselheiro do CARF e do CMT-SP. Ex-Juiz do TIT-SP. Secretário da Comissão Especial de Direito Tributário do Conselho Federal da OAB.

Lara Fernandes Vieira

Mestre em Ordem Jurídica Constitucional pela UFC, Advogada, Professora da Unifor.

Laryssa Karla da Costa Farias Rolim

Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Analista do TJPE e assessora jurídica.

Lídia Maria Ribas

Doutora e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Pós-doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Museo Social da Argentina e Pós-doutoranda em Direito na Universidade Nova de Lisboa. Pesquisadora e professora na graduação e pós-graduação da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS) e da UNIDERP/ANHANGUERA. Líder do Grupo de Pesquisas no CNPq - Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Sustentável. E-mail: limaribas@uol.com.br

Lívia Maria Santana e Sant'Anna Vaz

Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia, Bacharela em Comunicação Social (Relações Públicas) pela Universidade do Estado da Bahia, Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia, Mestra em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia, Doutoranda em Direito pela Universidade de Paris 1 (Sorbonne) e Doutoranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Lucas Pimentel Gomes Luz

Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo IJH, Advogado graduado pela UNIFOR.

Maria do Carmo Barros

Advogada. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza- UNIFOR. Mediadora e Judicial e Extrajudicial. Membro da Comissão Especial de Mediação, Conciliação e Arbitragem – CEMCA/OAB-CE. E-mail: mariabarros_advce@hotmail.com

Maria Élia da Costa Farias

Mestra em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Bolsista FUNCAP). Especialista em Direito e Processo Constitucionais pela Universidade de Fortaleza, possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará e graduação em Letras - Português / Francês pela Universidade Estadual do Ceará.

Max Bruno da Frota Urtiaga

Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza, pós-graduando em Direito e Processo do Trabalho. Estágio na Secretaria do Planejamento e Gestão do Estado do Ceará (2014), Justiça Federal - 5ª vara (2010), 17ª Vara de Família de Fortaleza - Ce (2009).

Nathalie de Paula Carvalho

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR. Especialista em Direito e Processo Constitucional pela UNIFOR. Graduada em Direito pela UNIFOR.

Roselane Gomes Bezerra

Pós-doutorado no Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra / CES-UC (2009-2012) e doutorado em Sociologia pela Universidade Federal do Ceará / UFC (2004-2008). Atualmente é investigadora em Pós - Doutorado no CES-UC com o desenvolvimento do projeto: Narrativas Urbanas: Estratégias, discursos e representações no processo de requalificação na cidade de Almada, com bolsa da Fundação para a Ciência e Tecnologia / FCT (2012-2015). Pertence ao Núcleo de Estudos sobre Cidades, Culturas e Arquitetura / CCArq do Centro de Estudos Sociais / CES-UC e é Membro da Rede Brasil - Portugal de Estudos Urbanos. Desenvolve estudos na área de Sociologia Urbana com ênfase em Processos de Requalificação e Políticas Urbanas.

Tainah Simões Sales

Professora da Universidade de Fortaleza (UNIFOR) no Curso de Direito, na disciplina Direito Constitucional. Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC) e graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza.

Thales José Pitombeira Eduardo

Graduado em Direito e Pós-graduado em Direito e Processo Tributários pela Universidade de Fortaleza. Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Advogado e professor universitário.

Valter Moura do Carmo

Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. No doutorado foi bolsista do CNJ Acadêmico/CAPES e atualmente realiza doutorado sanduíche no departamento de direito penal, filosofia do direito e história do direito da Universidade de Zaragoza com bolsa do PDSE da CAPES.

Prefácio

I

O meio ambiente e os recursos naturais vêm concitando uma crescente atenção pelas ameaças paralelas que vão sofrendo tanto pelo modo de vida das sociedades ditas desenvolvidas e do homem convertido em consumidor quanto pelas situações de carência das sociedades que não conseguem sobreviver sem o recurso à utilização, ou à destruição mesmo, dos frutos da natureza de que podem dispor sem intermediários. É, senão o maior, um dos mais graves e preocupantes de problemas do século.

O Direito constitucional e o Direito internacional não o têm ignorado e é imensa a legislação ordinária produzida, por toda a parte, para concretizar as suas normas, ainda que os resultados almejados estejam longe de ser alcançados.

Entre os anos 40 e 50 e a primeira metade da década de 70 do século passado, as referências constitucionais eram escassas e esparsas [por exemplo, o art. 9º da Constituição italiana ou os arts. 48º-A e 51º, alínea g) da Constituição indiana], não apareciam integradas numa visão sistémica e não permitiam extrair das normas todas as suas virtualidades (mesmo se já eram múltiplas as medidas legislativas e administrativas tomadas para acorrer a problemas específicos e se havia uma ou outra decisão judicial relevante).

Uma segunda fase abrir-se-ia com a Constituição portuguesa de 1976, ao consagrar um explícito *direito a um ambiente* de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender (art. 66º) e ao complementá-lo com um largo espectro de incumbências do Estado e da sociedade e, assim, a inseri-lo no âmbito da Constituição material como um dos elementos da sua ideia de Direito. Muitas outras Constituições adotariam posturas semelhantes [por exemplo, art. 45º da Constituição espanhola, art. 21º da Constituição holandesa, art. 50º da Constituição iraniana, secção 16, art. 21º da Constituição filipina, arts. 10º, alínea d) e 49º da Constituição de São Tomé e Príncipe, art. 11º da Constituição namibiana, arts. 79º, 80º e 88º da Constituição colombiana, art. 144º, nº 2, alínea e) da Constituição romena, art. 38º da Constituição

russa, arts. 45º, alínea f), e 90º da Constituição moçambicana, Carta Francesa do Meio Ambiente de 2008, etc.].

Uma terceira fase dir-se-ia surgir com a Constituição brasileira de 1988, ao impor ao poder público e à coletividade o dever de preservar o meio ambiente para *as presentes e futuras gerações* (art. 225º). E ela seria seguida pela Constituição sul-africana (art. 24º), pela Constituição portuguesa após 1997 [art. 66º, nº 2, alínea d)], pela Constituição polaca de 1997 (art. 74º), pela Constituição alemã após 2002 (art. 20º-A), pela Constituição venezuelana (art. 127º), pela Constituição timorense (art. 61º, nº 1), pela Carta Francesa do Meio Ambiente de 2008, pela Constituição angolana (art. 39º, nº 2).

Referências a desenvolvimento sustentável e a renovação de recursos naturais encontram-se também não só na Constituição portuguesa e na Carta francesa, mas também na Constituição cabo-verdiana [art. 73º, nº 2, alínea a)], na polonesa (art. 5º) e na húngara (art. O, nº 2).

De notar ainda a presença de divisões sistemáticas autónomas nos textos constitucionais brasileiros e colombiano (aqui, sob a rubrica de *direitos coletivos e do ambiente*); ou a exigência de estudos de impacte ambiental e a obrigação de aqueles que explorem recursos minerais recuperarem o ambiente, na Constituição brasileira.

A par do que acontecia a nível interno, a Declaração Universal (no art. 22º) e o Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais (art. 12º) só incidentalmente se referiram à proteção do ambiente. Seria desde a Declaração sobre o Progresso e o Desenvolvimento no Domínio Social, de 1969 [arts. 13º, alínea c, e 25º], passando pelas Declarações de Estocolmo, de 1972, e do Rio de Janeiro, de 1992, e pela Carta Mundial da Natureza, de 1982, que ela se tornaria também um objeto inafastável de declarações e convenções internacionais, umas vezes de âmbito universal, outras vezes de âmbito regional, como a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (art. 24º), o protocolo adicional de 1988 à Convenção Interamericana dos Direitos do Homem (art. 11º), a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 37º).

Em última análise não se torna possível enfrentar e resolver os problemas ambientais sem uma constante, intensa e sincera cooperação de todos os Estados e sem a intervenção também das organizações não governamentais, propiciadoras de uma democracia participativa à escala da sociedade global. Mas

ainda, como tem notado, por exemplo, Carla Amado Gomes¹, uma organização internacional do ambiente dentro da “família” das Nações Unidas.

Vale a pena escutar algumas vozes significativas que, nos últimos anos, se têm erguido sobre esta problemática:

– Pascale Kromarek, assinalando que o gozo dos direitos ambientais tem os seus limites no próprio ambiente²;

– O Papa Bento XVI, afirmando que nas nossas relações com a natureza algo não está bem e que a matéria não é apenas material para o que construímos, mas que a própria Terra traz em si a sua dignidade e devemos seguir as suas indicações³;

– Vasco Pereira da Silva, falando nas obrigações perante as gerações futuras e lembrando que o futuro do Homem não pode deixar de estar indissolúvelmente ligado ao futuro da Terra⁴;

– Juarez Freitas, identificando sustentabilidade com direito ao futuro e implicando a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente⁵;

– Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer, apontando para um Estado socioambiental, com a necessária e urgente convergência das agendas social e ambiental num mesmo projeto jurídico-político para o desenvolvimento humano⁶;

– Ángel Valencia Saiz, proclamando uma cidadania ecológica⁷.

Numa perspectiva mais ampla:

1 *Os fins ambientais como bens de interesse comum da humanidade: entre o universalismo e a razão do Estado*, in *Textos Dispersos de Direito do Ambiente*, Lisboa, 2010, pág. 275.

2 *Le droit à l'environnement – État de la question*, in Conferência Internacional – A garantia do direito ao ambiente, obra coletiva, Lisboa, 1988, pág. 74.

3 *Os fundamentos do Estado liberal de Direito* (discurso ao Parlamento Alemão), in *Communio – Revista Internacional Católica*, 2012, pág. 96.

4 *Verde, cor do Direito – Lições de Direito do Ambiente*, Coimbra, 2002, pág. 31.

5 *O lugar do Direito na protecção do ambiente*, Coimbra, 2007, págs. 140, 141 e 436.

6 *Princípios do Direito Ambiental*, São Paulo, 2014, pág. 28.

7 *Cidadania cológica: uma noção subversiva dentro de uma política global*, in *Revista de Estudios Políticos*, 120, abril-junho de 2003, págs. 269 e segs.

– Peter Häberle, declarando a necessidade de unir, reciprocamente, as gerações, conforme um princípio de justiça⁸ e associando a dignidade da pessoa humana à solidariedade entre gerações⁹.

II

O entusiasmo, a dedicação e o saber da Prof^a. Bleine Queiroz Caúla têm contribuído, de modo decisivo, para a transformação da Universidade de Fortaleza num importante centro de análise e de difusão das matérias relacionadas com o meio ambiente, quer de um prisma estritamente jurídico, quer de prismas conexos.

São muitas já as realizações que se devem à sua iniciativa, no ensino no curso de graduação, debates, colóquios e outros eventos científicos, publicações. E esta iniciativa tem chegado também a Portugal.

O novo livro que agora se publica, *Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional*, é mais uma demonstração dessa capacidade de trabalho e organização e também de projeção que a Prof^a. Bleine vem obtendo nos meios universitários e judiciários.

Conforme o título da obra indica, não se confina a temas ambientais. Compreende igualmente o resultado de pesquisas e estudos nas áreas do Direito Constitucional, do Direito Administrativo, do Direito Judiciário, do Direito Internacional Público, da Bioética.

Estudos de Direito Ambiental e sobre meio ambiente:

- *Responsabilidade ambiental e consumo sustentável*, de Carla Amado Gomes;
- *Compromissos constitucionais do poder público brasileiro com a proteção do meio ambiente sob a perspectiva dos deveres-poderes de um Estado ao serviço da cidadania e da proteção ambiental*, de Carlos André Birnfeld;
- *O desafio da mobilidade urbana sustentável: uma percepção do transporte motoclístico em Fortaleza*, de Bleine Queiroz Caúla, Francisco Jacinês Gurgel Luz e Roselane Gomes Bezerra;

8 *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo – Saggi*, trad., Milão, 2003, págs. 114 e segs.

9 *L'État Constitutionnel*, trad., Paris, 2004, págs. 143 e 144.

– *A energia eólica – Os dois lados da moeda: análise do caso de Aracati Ceará*, de Alexandre de Oliveira Alcântara, Bleine Queiroz Caúla e Max Bruno da Frota Urtiaga;

– *Ciberdemocracia e poder judiciário: uma análise da justiça ambiental do Brasil mediante o uso de mapas colaborativos*, de Geovana Maria Cartaxo de Arruda Freire e Tainah Simões Sales;

– *Mediação ambiental e prova processual: análise a partir da doutrina de Michelle Taruffo*, de Thales José Pitombeira Eduardo.

Estudos de Direito constitucional:

– *Bloco de constitucionalidade e parametricidade constitucional: instrumentos importantes à preservação da integridade*, de Frederico Antônio Lima de Oliveira;

– *Perspectivismo jurídico: contribuição ameríndia aos direitos ditos humanos*, de Felipe Kern Moreira;

– *Direito fundamental à igualdade racial: fundamentos e conteúdo*, de Livia Maria Santana e Sant'Anna Vaz.

Estudos de Direito Administrativo:

– *O princípio da participação popular e a denúncia como mecanismo de controle da Administração Pública*, de Ebe Pimentel Gomes Luz, Lucas Pimentel Gomes Luz e Lara Fernandes Vieira;

Estudos de Direito Judiciário:

– *Mediação de conflitos na promoção do direito fundamental de acesso à justiça: da cultura adversarial para a cultura consensual no âmbito do Poder judiciário*, de Maria do Carmo Barros, Dayse Braga Martins e Jessica Souza Alves.

– *Efetivação da justiça e gestão descentralizada dos conflitos: mecanismos sustentáveis de solução*, de Lídia Maria Ribas.

Estudos de Direito Internacional Público:

– *Harmonização e convergência na sociedade contemporânea: entre os Direitos internos e o Direito internacional*, de Jonathan Barros Vita;

– *Os efeitos da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito de Acessibilidade da Pessoa com Deficiência no Brasil e em Portugal*, de Alexandre Rahbani Aragão Feijó.

Estudos de Bioética:

– *O direito à identidade genética na reprodução assistida*, de Amanda Guimarães Torres.

E ainda:

– *Inclusão social por meio da economia criativa: um modelo de negócio sustentável*, de Nathalia de Paula Carvalho.

Naturalmente, não vou aqui referir especificamente muitos destes textos, nem, muito menos, proceder a uma qualquer indagação sobre eles.

Basta-me sumariá-los e realçar o interesse dos problemas focados, a abertura de espírito a novos horizontes e o cuidado na formulação das matérias.

Parabéns aos Autores e à organizadora, Prof^a. Bleine Queiroz Caúla.

Lisboa, 28 de janeiro de 2015.

Jorge Miranda.

Apresentação

O Seminário Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional ultrapassou os muros de nossa querida *Terra Brasilis*. Hoje é um Diálogo transnacional e recebe juristas renomados, como Jorge Miranda, João Pedro Oliveira de Miranda e Carla Amado Gomes, todos portugueses, que nos honram com seu conhecimento e desprendimento em atravessar o Atlântico para debater o Direito Ambiental, Constitucional e Internacional porque, no mundo globalizado, não apenas a Economia deve se quedar às transformações, mas também o Direito como ciência que acompanha as mutações sociais e as idiossincrasias nos variados matizes.

Em 2014, o Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL), presidido pelo constitucionalista português, Jorge Miranda, se tornou parceiro do Seminário *Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional*.

Todos os palestrantes convidados para este conclave recebam os meus sinceros agradecimentos pelo compartilhamento de seus conhecimentos com professores, alunos, advogados, ministério público, juízes, defensores, procuradores. O diálogo entre as áreas jurídicas é quase que tardio ante os desafios que o século XXI impõe não apenas aos operadores do Direito, mas também a sociedade e às pessoas jurídicas. O Direito do Ambiente está imbrincado com o Direito Constitucional e recebe os comandos da sociedade internacional. A Constituição não exauriu em seu texto todos os direitos e garantias, pois outros decorrem dos tratados internacionais em que o País seja parte, fato dialogado pela comunicação de sistemas constitucionais, tema debatido por Jorge Miranda na Universidade de Fortaleza no ano de 2011.

A VI edição deste Diálogo já está marcada para abril de 2015, na cidade de Belém, e outubro de 2015, em terras portuguesas. Sintam-se convidados para contribuir com o debate com suporte em palestras e apresentação de artigos científicos.

Agradeço o apoio da CAPES e da OAB-CE. Apresento a equipe de organização do evento: a Presidência de Honra, sob o comando do Professor Jorge Miranda; a Coordenação Geral, sob meus cuidados; a Coordenação científica,

pelas mãos de Ana Paula Araújo de Holanda, Gerardo Clésio Maia Arruda, Nathalie de Paula Carvalho e Valter Moura do Carmo; a valiosa colaboração de alguns acadêmicos do curso de Direito da UNIFOR, Roberta Almino e Jorgiano Jorge da Silva. Toda a equipe da Universidade de Fortaleza: Reitoria, Vice-Reitorias de graduação e de pós-graduação, Diretoria do Centro de Ciências Jurídicas, Diretoria de Marketing, Segurança, operadores do auditório e os funcionários do CCJ, meu muito obrigado.

Bleine Queiroz Caúla
Coordenadora Geral

Sumário

Responsabilidade Ambiental e Consumo Sustentável

<i>Carla Amado Gomes</i>	1 ►
Introdução.....	1 ►
1. A responsabilidade à prova em Direito do Ambiente	1 ►
1.1. Responsabilidade preventiva: um imperativo ético	3 ►
2. Preservação dos recursos naturais e consumo sustentável	3 ►
2.1. O princípio 8 da Declaração do Rio '92 é hoje identificado como o embrião da noção de <i>consumo (in)sustentável</i>	4 ►
3. Política de produção e consumo sustentáveis e ciclo de vida do produto	6 ►
3.1. A estratégia da União Europeia	6 ►
3.2. A Estratégia do Brasil	7 ►
4. Consumo Sustentável e Educação do Consumidor	8 ►
Em Jeito de Conclusão	9 ►

Compromissos constitucionais do Poder Público brasileiro com a proteção do meio ambiente sob a perspectiva dos deveres-poderes de um Estado a serviço da cidadania e da proteção ambiental

<i>Carlos Andre Birnfeld</i>	11 ►
Introdução.....	11 ►
1. Algumas velhas-novas Perspectivas sobre o Poder do Estado Contemporâneo..	12 ►
2. Deveres-Poderes Ambientais Constitucionais	14 ►
2.1. Deveres-Poderes Ambientais Legislativos Ambientais	14 ►
2.1.1. Deveres-poderes ambientais legislativos ambientais da União.....	17 ►
2.1.2. Deveres-poderes legislativos ambientais dos Estados e do Distrito Federal.....	19 ►
2.1.3. Deveres-Poderes legislativos ambientais dos Municípios	20 ►
2.2. Deveres-Poderes Judiciais Ambientais	22 ►
2.3. Deveres-Poderes Administrativos Ambientais	27 ►
2.3.1. Deveres-poderes administrativos ambientais gerais.....	29 ►
2.3.2. Deveres-Poderes de Intervenção no Direito de Propriedade	31 ►
2.3.3. Deveres-Poderes de Intervenção nas Atividades Econômicas.....	36 ►

Considerações Finais.....	44 ▶
Referências	44 ▶

O Desafio da Mobilidade Urbana Sustentável: Uma Percepção do Transporte Motociclístico em Fortaleza

<i>Bleine Queiroz Caúla, Francisco Jacinês Gurgel Luz, Roselane Gomes Bezerra</i>	47 ▶
Introdução.....	47 ▶
1. A Política Nacional de Mobilidade Urbana - PNMU	48 ▶
2. O Desafio de uma Mobilidade Urbana Sustentável.....	53 ▶
2.1. O Transporte Motociclístico em Fortaleza.....	57 ▶
3. Educação de Cidadania no Trânsito	62 ▶
Considerações Finais.....	64 ▶
Referências	65 ▶

A Energia Eólica - Os dois lados da moeda: Análise do Caso de Aracati-Ceará

<i>Alexandre de Oliveira Alcântara, Bleine Queiroz Caúla, Max Bruno da Frota Urtiaga</i>	69 ▶
Introdução.....	69 ▶
1. Energia Eólica: Os Dois Lados da Moeda	70 ▶
2. O Protesto dos moradores das comunidades do Cumbe e Canavieira	79 ▶
3. Quais indagações e reflexões podemos fazer a partir desse acontecimento?	83 ▶
Considerações Conclusivas	86 ▶
Referências	87 ▶

Ciberdemocracia e Poder Judiciário: Uma Análise da Justiça Ambiental do Brasil Mediante o uso de Mapas Colaborativos

<i>Geovana Maria Cartaxo de Arruda Freire, Tainah Simões Sales</i>	91 ▶
Introdução.....	91 ▶
1. Metodologia e Processo de Pesquisa.....	92 ▶
2. A Governança Eletrônica e a Ciberdemocracia no Judiciário	95 ▶
3. Análise da Justiça Ambiental no Brasil: uma mapa de desigualdades	98 ▶
Considerações Finais	103 ▶
Referências	104 ▶

Mediação Ambiental e Prova Processual: Análise a Partir da Doutrina de Michele Taruffo

<i>Thales José Pitombeira Eduardo</i>	107	▶
Introdução	107	▶
1. A mediação e o meio ambiente	107	▶
2. A Contribuição Processual de Michele Taruffo	113	▶
Considerações finais.....	116	▶
Referências	117	▶

Bloco de Constitucionalidade e Parametricidade Constitucional:

Instrumentos Importantes à Preservação da Integridade Constitucional

<i>Frederico Antônio Lima de Oliveira</i>	119	▶
Introdução	119	▶
1. Notas Preliminares sobre a Defesa da Integridade Constitucional	120	▶
2. Constitucionalismo Moderno e Jurisdição de Formato Político	123	▶
3. Bloco de Constitucionalidade e Parametricidade Constitucional.....	129	▶
Conclusões	133	▶
Referências	134	▶

Perspectivismo Jurídico: Contribuição Ameríndia aos Direitos Ditos Humanos

<i>Felipe Kern Moreira</i>	137	▶
Introdução	137	▶
1. O que é o Direito Indígena?	140	▶
1.1. O caso Basílio.....	141	▶
2. Contribuições Ameríndias aos Direitos, Ditos, Humanos.....	144	▶
Referências	149	▶

Efetivação da Justiça e Gestão Descentralizada dos Conflitos:

Mecanismos Sustentáveis de Solução

<i>Lídia Maria Ribas</i>	153	▶
Introdução.....	153	▶
1. O Papel do Estado nas Teorias Contratualistas e os Paradigmas da Atual Gestão dos Conflitos.....	154	▶
2. Mediação: Desconstruindo um Modelo Centralizado de Jurisdição.....	158	▶
Considerações Finais.....	163	▶
Referências	164	▶

Direito Fundamental à Igualdade Racial: Fundamentos e Conteúdo

<i>Lívia Maria Santana e Sant'Anna Vaz</i>	167	▶
Introdução	167	▶
1. Fundamentos da Igualdade Racial	168	▶
1.1. Dignidade da pessoa humana.....	168	▶
1.2. Igualdade e dignidade da pessoa humana.....	172	▶
1.3. A igualdade como princípio jurídico.....	175	▶
1.4. A Igualdade como Direito Fundamental: Direitos de Igualdade	177	▶
2. Direito Fundamental à Igualdade Racial	178	▶
2.1. Existem raças humanas? A relevância jurídica da questão racial.....	178	▶
2.2. Conteúdo do direito fundamental à igualdade racial	180	▶
2.2.1. Direito à não-discriminação racial	182	▶
2.2.2. Direito à diferença e à diversidade racial.....	182	▶
2.2.3. Direito à promoção da igualdade racial	184	▶
2.2.4. Direito à proteção da igualdade racial	187	▶
Considerações Finais.....	189	▶
Referências	190	▶

O Direito à Identidade Genética na Reprodução Assistida

<i>Amanda Guimarães Torres</i>	197	▶
Introdução.....	197	▶
1. A Identidade Genética na Reprodução Assistida (RA): considerações.....	198	▶
2. A natureza do Direito à Identidade Genética	199	▶
3. O Direito à Identidade Genética e a sua íntima ligação com outros Direitos e Princípios Fundamentais.....	199	▶
3.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	200	▶
3.2. Direito à Identidade Pessoal.....	201	▶
3.3. Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade	202	▶
3.4. Direito à Integridade Pessoal.....	203	▶
4. A tutela jurídica do(a) doador(a) no âmbito do direito a Identidade Genética...	203	▶
5. A falta de legislação sobre o assunto no ordenamento jurídico brasileiro.....	205	▶
6. Colisão entre Direitos Fundamentais: o direito à Identidade Genética do nascido através de RA e o direito à Intimidade e à Vida Privada do(a) Doador(a)	206	▶
Conclusão.....	208	▶
Referências	209	▶

Mediação de Conflitos na Promoção do Direito Fundamental do Acesso à Justiça: Da Cultura Adversarial para a Cultura Consensual no Âmbito do Poder Judiciário

<i>Maria do Carmo Barros, Dayse Braga Martins, Jessica Souza Alves</i>	211	▶
Introdução.....	211	▶
1. Direito Fundamental do Acesso à Justiça	213	▶
2. Da Cultura Adversarial para a Cultura Consensual na Solução de Conflitos no Âmbito do Poder Judiciário	214	▶
3. A Mediação e a Conciliação Judicial no Projeto de Lei de Reforma do Código de Processo Civil	218	▶
Conclusão.....	220	▶
Referências	221	▶

O Princípio da Participação Popular e a Denúncia como Mecanismo de Controle da Administração Pública

<i>Ebe Pimentel Gomes Luz, Lucas Pimentel Gomes Luz, Lara Fernandes Vieira</i>	223	▶
Introdução.....	223	▶
1. Participação Popular: Breves Aspectos Jurídicos e Político.....	224	▶
1.1. A Participação e o Ordenamento Jurídico Brasileiro	227	▶
2. Controle como Forma de Participação do Administrado	228	▶
2.1. Conceito de Denúncia	228	▶
3. A Denúncia como Mecanismo de Participação e Controle da Administração Pública.....	230	▶
4. Denúncia Anônima.....	233	▶
5. Dever de Denunciar	235	▶
6. Ação Popular.....	237	▶
7. Dever de Apurar.....	237	▶
8. Efeitos da Denúncia	239	▶
8.1. Denúncia Procedente	239	▶
8.2. Denúncia improcedente.....	240	▶
9. Proteção no Ato da Denúncia.....	241	▶
Conclusão.....	242	▶
Referências	244	▶

Inclusão Social por meio da Economia Criativa:

Um Modelo de Negócio Sustentável

<i>Nathalie de Paula Carvalho</i>	247	▶
Introdução	247	▶
1. Uma Sociedade Informacional	248	▶
2. A Promoção da Inclusão Social por Meio da Economia Criativa:		
Uma Possibilidade	253	▶
Conclusão	255	▶
Referências	256	▶

Harmonização e Convergência na Sociedade Contemporânea:

Entre os Direitos Internos e o Direito Internacional

<i>Jonathan Barros Vita</i>	259	▶
Introdução	259	▶
1. (Re)definindo o Conceito Harmonização	261	▶
2. Classificação Semiótica da Harmonização	262	▶
3. Harmonização e Teoria dos Sistemas de Luhmann	266	▶
4. (Re)propondo a Classificação da Harmonização	267	▶
Conclusões	271	▶
Referências	272	▶

Os Efeitos da Convenção das Nações Unidas Sobre o Direito de Acessibilidade da Pessoa com Deficiência no Brasil e em Portugal

<i>Alexsandro Rahbani Aragão Feijó</i>	273	▶
Introdução	273	▶
1. Teoria Geral do Controle de Convencionalidade	275	▶
2. Os Efeitos do Controle de Convencionalidade na Convenção da ONU sobre o Direito de Acessibilidade da Pessoa com Deficiência	281	▶
Conclusão	287	▶
Referências	289	▶

O Estado do Bem-Estar Social é Compatível com a Globalização?

Cyntia Mirella da Costa Farias, Maria Élia da Costa Farias

Laryssa Karla da Costa Farias Rolim	295	▶
Introdução	295	▶
1. Neoliberalismo na América Latina	296	▶
2. Estado do bem-Estar Social: o <i>Welfare State</i>	300	▶
3. Globalização, Enfoque na Economia.....	304	▶
Conclusão.....	309	▶
Referências	311	▶

Responsabilidade Ambiental e Consumo Sustentável

Carla Amado Gomes

Introdução

O título deste texto - que corresponde à intervenção da autora no V Seminário *Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional*, que teve lugar em Lisboa (FDUL) e Fortaleza (UNIFOR) em Outubro e Novembro de 2014, respectivamente - propõe um exercício de associação entre dois conceitos: responsabilidade (preventiva) e consumo (sustentável). O desafio advém do facto de o consumo ser hoje o maior inimigo da preservação dos componentes ambientais, donde uma postura ambientalmente responsável recomendar a sua redução a níveis *prima facie* impensáveis. A receita é cultivar uma atitude de responsabilidade (ética? jurídica?) preventiva, tentando adaptar as actuais práticas de produção e consumo a padrões sustentáveis.

1. A responsabilidade à prova em Direito do Ambiente

A dimensão preventiva da responsabilidade é proposta por uma corrente que pretende transformar a responsabilidade intergeracional de imperativo ético em imperativo jurídico¹. Trata-se de uma distensão do conceito clássico de responsabilidade civil, uma vez que prescinde da verificação do dano², dis-

1 Cfr. Catherine THIBIERGE, *Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir*, in *Recueil Dalloz, Chroniques*, 2004/9, pp. 577 segs. No Brasil, veja-se Thaís Goveia PASCOALOTO VENTURI, *Responsabilidade civil preventiva. A protecção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material*. São Paulo: Malheiros, 2014.

2 Sobre o conceito de dano (civil), vejam-se os textos publicados no livro digital editado pelo CEJ *O dano na responsabilidade civil* (2014), disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/O_Dano_Responsabilidade_Civil.pdf

tensão essa que corresponderia à terceira fase de uma evolução que começa na *responsabilidade-sanção*, até ao século XIX (centrada no agente do dano e sua penalização), passa pela *responsabilidade-indemnização*, no século XX (centrada na vítima e no ressarcimento do dano), e se encontra hoje perante uma viragem para a *responsabilidade-antecipação* (fundada na prevenção de riscos maiores e no intuito de preservação do património ecológico, bioético, cultural, tendo em consideração o legado a deixar às gerações futuras).

Independentemente da posição que se adoptar sobre esta proposta, cabe referir que o instituto da responsabilidade civil tem sido confrontado com vários desafios pelo Direito do Ambiente. Enquanto *património comum do Direito*, a responsabilidade civil recebe, neste domínio, particulares propostas aplicativas:

- quanto ao *objecto*, traduzindo-se em responsabilidade pela lesão de bens de fruição colectiva³, de utilidades imateriais e inapropriáveis, na sua dimensão ecológica (enquanto macro-bem);
- quanto ao *sujeito*, uma vez que a “vítima”/bem ambiental não tem “voz” para invocar a lesão e, paralelamente, quem a invoca em seu nome não sofre lesão individualizada na sua esfera jurídica, valendo-se de uma legitimidade altruísta;
- quanto à *actualidade da lesão*, pois, por um lado, há quem fale em “dano futuro” e incerto⁴ e, por outro lado, o instituto da compensação *ex ante* dano lida com ideia idêntica, mas relativamente a um dano ecológico certo⁵;
- quanto aos *métodos de cálculo*, dado que é árdua a tarefa de computar o valor da perda de bens ambientais, quer em termos de perda em qualidade, como em quantidade;

3 Cfr. Carla AMADO GOMES, *Os bens ambientais como bens colectivos*, in *Bem comum: Público ou Privado*, org. de João Pato, Luísa Schmidt e Maria Eduarda Gonçalves. Lisboa, 2013, pp. 189 segs.

4 Cfr. Délton WINTER DE CARVALHO. *Dano ambiental futuro*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

5 Sobre este ponto, vejam-se Carla AMADO GOMES e Luis BATISTA, *A biodiversidade à mercê dos mercados? Reflexões sobre compensação ecológica e mercados de biodiversidade*, in *Compensação ecológica, serviços ambientais e protecção da biodiversidade*, coord. de Carla Amado Gomes, ICJP, 2014, pp. 32 segs, disponível em <http://www.icjp.pt/publicacoes/1/4424> (em co-autoria com Luís Batista).

- quanto ao *tipo de interesses* entrecruzados a ponderar em figuras próximas ao dano ecológico, tais como o amplo *dano ambiental*, o miscigenado *dano moral ambiental*, ou o questionável *dano a gerações futuras*.

1.1. Responsabilidade preventiva: um imperativo ético

A (pelo menos por ora) ausência de consequências jurídicas da responsabilidade civil preventiva deve-se à estreita ligação entre responsabilidade e dano (certo, ainda que futuro) - o que não obsta a que, no plano das sanções administrativas, existam ilícitos contraordenacionais pelo facto da mera violação de normas de protecção (v.g., violação de deveres de informação, de monitorização). Quando falamos de responsabilidade preventiva, pensamos na sua dimensão ética, que se prende à inserção de cada um de nós, enquanto cidadãos, numa comunidade de destino, em que nos vemos perante a necessidade de gerir grandezas vitais mas escassas, que nos são legadas e que devemos preservar para os vindouros. A nossa faceta de consumidores agudiza, todavia, tal tarefa. É aí que entra em cena a noção de *consumo sustentável*.

2. Preservação dos recursos naturais e consumo sustentável

No último relatório da WWF sobre o estado de saúde dos recursos do planeta (*Living Planet report 2014*: pag 39), pode ler-se que seriam necessários 4,8 planetas Terra para suportar o consumo da Humanidade se ele fosse idêntico ao padrão de consumo no Qatar, e 3,9 planetas Terra se tal padrão fosse idêntico ao registado nos EUA (dados de 2010)⁶. O consumo é o *combustível* da sociedade capitalista, típica dos Estados desenvolvidos, e gera, desde a revolução industrial a esta parte, a depredação voraz dos recursos do planeta⁷.

6 Disponível em http://wwf.panda.org/about_our_earth/all_publications/living_planet_report/

7 Sobre este ponto, veja-se Carla AMADO GOMES, *Consumo sustentável: ter ou ser, eis a questão...*, in RMP, nº 136, 2013, pp. 29 segs, e Patrícia IGLECIAS LEMOS, Marcelo GOMES SODRÉ, Rita MORAIS DE ANDRADE, Manuela PRADO LEITÃO, Lisa GUNN e João Múcio AMADO MENDES, *Caderno de Investigações Científicas – Volume 3: Consumo Sustentável*.

2.1. O princípio 8 da Declaração do Rio '92 é hoje identificado como o embrião da noção de consumo (in)sustentável

Para alcançar o desenvolvimento sustentável e uma qualidade de vida mais elevada para todos, os Estados devem reduzir e eliminar os padrões insustentáveis de produção e consumo, e promover políticas demográficas adequadas.

Foi na Conferência de Oslo sobre Produção e Consumo sustentáveis, promovida pelo PNUA em 1994, que se apresentou uma definição pela positiva:

O uso de serviços e produtos relacionados que corresponda às necessidades básicas e promova a qualidade de vida da população enquanto minimiza o uso de recursos naturais e materiais tóxicos, bem assim como enquanto reduza a produção de resíduos e as emissões poluentes durante o ciclo de vida do produto/serviço, a fim de não comprometer as necessidades das gerações futuras.

Deve também mencionar-se o ponto 1. do Relatório *Paving the way for sustainable consumption and production*, no qual se sintetizam os objectivos dos programas de consumo e produção sustentáveis:

We need innovative, concerted efforts to decouple economic growth from natural resource extraction and environmental degradation, while preventing a rebound effect, through social and technological innovation, appropriate policies, public and private investments, multi-stakeholder cooperation, and improved private-sector management practices. These efforts will contribute to accelerate the shift towards SCP patterns. SCP requires a “life-cycle perspective” to increase the sustainable management of resources and achieve resource efficiency in all stages of the value-chain. SCP goals and actions become powerful levers to accelerate the transition to an eco-efficient economy and turn environmental and social challenges into business and employment opportunities. SCP aims at “doing more and better with less”, by reducing resource use, degradation and pollution along the whole life cycle of goods and services, while at the same time increasing quality of life for all.

Secretaria Nacional do Consumidor., 2013, pp. 36-50, disponível em <http://oglobo.globo.com/arquivos/consumo-sustentavel.pdf>.

Estes programas estão multiplicados por temas e por regiões (sustentabilidade dos produtos, da construção, do turismo, dos estilos de vida, da contratação pública e através da educação para o consumo; África, América Latina e Caraíbas e Médio Oriente, respectivamente), e as acções de implementação dos mesmos encontram-se descritas no Relatório. No capítulo final, o Relatório reconhece alguns êxitos na implementação de medidas no plano energético (energias renováveis; ecoeficiência) e da produção através de processos mais ecologicamente amigos (com menor gasto de água e melhor tratamento de resíduos), mas alerta para que o plano da mudança das mentalidades ainda necessita de muito investimento, a fim de conduzir os consumidores a adoptar diferentes hábitos de consumo – objectivo que reclama uma melhor informação sobre as qualidades dos produtos e demanda mais incentivos aos produtores para que alterem os seus padrões de produção (sem que isso os prejudique sensivelmente em termos de margens de lucro).

Mais recentemente, a Declaração da Conferência Rio + 20 (*The future we want*) abordou o tema logo no ponto 4., apelando a uma mudança de mentalidades no sentido do abandono de padrões de consumo insustentáveis e de gestão racional dos recursos. A noção é retomada no ponto 58., no âmbito dos mecanismos de implementação da *Economia verde (Green Economy)*, e reafirmada no ponto 61.:

61. We recognize that urgent action on unsustainable patterns of production and consumption where they occur remains fundamental in addressing environmental sustainability, and promoting conservation and sustainable use of biodiversity and ecosystems, regeneration of natural resources, and the promotion of sustained, inclusive and equitable global growth.

A Declaração *The future we want* reitera a intenção de conclusão do *Processo de Marraquexe* (iniciado em 2003 e coordenado pelo Programa das Nações Unidas para o Ambiente - oficialmente, *10 Year Framework of Programmes on Sustainable Consumption and Production* -, cujos trabalhos foram já objecto de um relatório preliminar, em 2011) e exorta a Assembleia Geral da ONU a orientar os Estados que aderiram ao Processo no sentido da sua plena implementação (cfr. os pontos 224-226)⁸.

8 Para uma análise das políticas de implementação da PPCS nos Estados da OCDE, veja-se **Promoting Sustainable Consumption: Good practices in OECD countries**. OECD, 2008, disponível em <http://www.oecd.org/greengrowth/40317373.pdf>

3. Política de produção e consumo sustentáveis e ciclo de vida do produto

A noção de *ciclo de vida do produto* tem sido central na estratégia internacional de implementação de práticas de consumo sustentável. Na União Europeia, a *Política de produção e consumo sustentáveis* (= PPCS) tem o seu embrião ainda no final do século XX e tem-se afirmado crescentemente nos primeiros anos do século XXI.

3.1. A estratégia da União Europeia

A PPCS foi inicialmente introduzida no debate europeu numa conferência realizada em 1998 e, no ano seguinte, foi analisada na Reunião Informal de Ministros do Ambiente, em Weimar. A Comissão Europeia tomou então a dianteira do processo e desenvolveu um conjunto de estudos, no qual participaram técnicos e operadores económicos, cujo resultado foi a publicação do Livro Verde sobre a produção e consumo sustentáveis, de 2001. A este documento se seguiram mais dois: a Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre uma Política integrada de produtos – *Desenvolvimento de uma reflexão ambiental centrada no ciclo de vida*, de 2003; e a Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre o *Plano de Acção para um consumo e produção sustentáveis e uma Política Industrial Sustentável*, de 2008⁹.

Em 2008, a Comissão fez um balanço das iniciativas entretanto encetadas, concluindo que alguns progressos haviam sido alcançados, mas continuando a apontar lacunas, nomeadamente relativas ao reduzido espectro da análise de ciclo de vida (apenas algumas fases da vida do produto), ao reduzido universo de produtos analisados, à maior incidência nos aspectos energéticos e emissões de CO₂ e alheamento de outras vertentes de impacto, à falta de coordenação entre ações desenvolvidas ao nível nacional e à ausência de criação de sinergias entre instrumentos existentes.

Deve ressaltar-se que a crise económico-financeira que se instalou na Europa desde o final do ano de 2008 e que se tem agigantado desde então

9 Sobre estas comunicações, veja-se Carla AMADO GOMES, *Consumo sustentável...*, cit., p. 114 segs.

não constitui um clima propício ao desenvolvimento da política de produção e consumo integrados. A sustentação desta estratégia no princípio do poluidor-pagador – além de assentar identicamente no princípio da prevenção – faz com que sejam os operadores económicos a suportar o custo da avaliação integrada do ciclo de vida dos produtos e serviços, mesmo que auxiliados pelo Estado e ainda que rebatendo algum do acréscimo de custo no consumidor (que é quem, final, com a sua necessidade, justifica o desgaste ambiental provocado pelo produto). Ora, num período de crise aguda, em que as pessoas e as famílias atravessam graves dificuldades e em que o consumo baixa, os operadores não têm motivação para implementar medidas onerosas e de retorno não imediato – e os governos dispõem de pouca margem para as impor.

A *Integrated Product Policy*, da União Europeia (Política de produção e consumo sustentáveis = PPCS), assenta num *tool mix* (feixe de instrumentos) que associa duas grandes linhas de força de operacionalização da gestão adequada de recursos naturais:

- Por um lado, a reconversão energética para uma matriz de baixo carbono, promovendo a geração de energia a partir de fontes renováveis e a ecoeficiência, na lógica da *Estratégia 20/20/20* - 20% de energia eléctrica a partir de fontes renováveis em 2020; 20% de redução de emissões de CO2 em 2020; 20% de ganhos em eficiência energética em 2020);
- E, por outro lado, a introdução de práticas de análise do ciclo de vida do produto nos produtores e consumidores, de modo a optar por produtos e serviços menos agressivos para o ecossistema e a reutilizá-los ou reciclá-los de forma ecologicamente útil (de realçar, a Directiva 2009/125/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Outubro, relativa à criação de um quadro para definir os requisitos de concepção ecológica dos produtos relacionados com o consumo de energia).

3.2. A Estratégia do Brasil

No Brasil, o *Plano de Acção para a produção e consumo sustentáveis*, de 2011 (aprovado pela Portaria nº 44, de 13 de Fevereiro de 2008, do Ministério do Meio Ambiente), comunga dos mesmos objectivos.

Atente-se nas seis prioridades que elege: educação para o consumo sustentável; programa de compras públicas sustentáveis; criação de uma agenda ambiental na Administração Pública; incremento da reciclagem de resíduos sólidos; promoção do varejo sustentável; e introdução de regras com vista a construção de edifícios sustentáveis. O primeiro ciclo de implementação deste programa está em curso (2011-2014) e define as seguintes metas-síntese:

- Aumento de 5% para 10% da percentagem de consumidores conscientes até 2014;
- Realização de pelo menos 20 licitações sustentáveis de nível federal até 2014;
- Alcance da meta de 20% de reciclagem de resíduos sólidos até 2014, e de 25% até 2020.

De resto, a Lei 12.305/2010, de 2 de Agosto (Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos), já seguia as pegadas da legislação europeia e apela, no seu artigo 3º/XIII, a *padrões sustentáveis de produção e consumo*, definidos como “produção e consumo de bens e serviços de forma a atender as necessidades das atuais gerações e permitir melhores condições de vida, sem comprometer a qualidade ambiental e o atendimento das necessidades das gerações futuras”.

4. Consumo Sustentável e Educação do Consumidor

A palavra-chave da política de produção e consumo sustentável parece ser *educação* – do produtor e do consumidor. Fazer com que cada produto contenha indicação da sua “pegada ecológica” em termos de utilização de recursos (água; energia; resíduos criados; sacrifício de biodiversidade; emissões de CO₂ com transporte e fabrico), e que o consumidor saiba utilizar essa informação para orientar o seu consumo é o objectivo central da PPCS – e o lado da procura vai incentivar a oferta a ser cada vez mais respeitadora dos padrões de produção sustentável.

Enfim, a alteração dos hábitos de produção e consumo é fundamental para inverter a tendência de esgotamento de recursos naturais cada vez mais escassos, tanto em razão do aumento demográfico como da pressão da sociedade capitalista. Existe uma *responsabilidade social preventiva* no sentido de alterar os

padrões de consumo das sociedades ocidentais, que por ora é meramente ética mas poderá, com o agudizar da situação de degradação, vir a tornar-se paulatinamente jurídica - pense-se na obrigação de troca de contadores de electricidade para reduzir consumos, prevista na nova directiva europeia da eficiência energética¹⁰, ou na progressiva sancionabilidade da obrigação de separar o lixo por categorias com vista à reciclagem.

Em Jeito de Conclusão

Do Relatório WWF *supra* mencionado resultam dados dramáticos sobre o estado de saúde do planeta: o *Living Planet Index*, que analisa mais de 10.000 espécies de mamíferos, aves, reptéis, anfíbios e peixes, decresceu 52% desde 1970 – ou seja, perdemos mais de metade de biodiversidade em duas gerações. Calam, assim, bem fundo as palavras de Marco Lambertini, Director Geral, da *WWF International*:

Os responsáveis políticos devem começar a pensar em termos globais; empresários e consumidores têm que parar de comportar-se como se vivessemos num planeta de recursos infinitos.

Transformar um ciclo (de consumo) *vicioso* num ciclo (de consumo) *virtuoso*, eis o que, em síntese, se pretende com a fórmula do “consumo sustentável. Porém, o actual modelo económico-social não é rasurável do dia para a noite – quanto muito, poderá ser corrigido, mas não abolido. A História da presença humana no planeta é uma narrativa de aproveitamento do ambiente enquanto recurso, primeiro numa lógica de sobrevivência, depois numa lógica de incremento do bem-estar e, finalmente, numa lógica de lucro (para quem produz) e de ostentação (para quem consome). O consumo tornou-se um vício, que agora urge transformar em virtude - seremos capazes?

Lisboa/Fortaleza, Novembro de 2014

10 Cfr. o artigo 9 da Directiva 2012/27/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro, relativa à eficiência energética, que altera as Directivas 2009/125/CE e 2010/30/EU, e revoga as Directivas 2004/8/CE e 2006/32/CE.

Compromissos constitucionais do Poder Público brasileiro com a proteção do meio ambiente sob a perspectiva dos deveres-poderes de um Estado a serviço da cidadania e da proteção ambiental

Carlos Andre Birnfeld

Introdução

O presente artigo, que tem por foco apresentar os compromissos constitucionais do Poder Público, a partir da Constituição Federal brasileira de 1988, com o meio ambiente procura, além de trazer um elenco dos principais deveres-poderes ambientais insculpidos na Constituição Federal Brasileira, fazer esta abordagem a partir uma perspectiva que tem como premissa o fato de que todo o poder do Estado é na verdade um dever-poder de atuar a serviço dos interesses da cidadania. Para tanto, é justamente no primeiro tópico que se aprofunda esta perspectiva.

A partir desta perspectiva são examinados os compromissos ambientais explicitamente assumidos pela atual ordem constitucional brasileira na forma de poderes-deveres ambientais.

Assim, examina-se inicialmente os deveres-poderes legislativos dos distintos entes federativos consagrados na ordem constitucional pátria: União, Estados, Distrito Federal e Municípios .

A seguir, passa-se ao exame dos deveres-poderes judiciais, tendo-se clara a perspectiva de que se trata de deveres-poderes que requerem a conjunção de distintas forças: exercício do poder de ação e do próprio poder judicante.

Por derradeiro passa-se ao exame poderes-deveres da administração pública, examinando-se os deveres-poderes gerais, passando-se a seguir aos deveres-poderes de intervenção na propriedade e culminando-se com a análise dos poderes-deveres de intervenção da administração pública no domínio econômico.

Pretende-se que a análise destas distintas expressões de dever-poder permita demonstrar as potencialidades destes deveres-poderes, insculpidos diretamente na ordem constitucional, para concretizar a preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, no contexto de um Estado a serviço da cidadania e da preservação ambiental.

1. Algumas velhas-novas Perspectivas sobre o Poder do Estado Contemporâneo

Tomando-se como ponto de partida a arquitetura geral dos poderes constitucionais tal como a concebemos alhures (BIRNFELD, 2008), tem-se que é possível avançar particularmente na releitura do próprio significado do poder do Estado, especialmente dos denominados deveres-poderes ambientais.

Nesta perspectiva, a própria denominação dos poderes do Estado como poderes-deveres - extremamente útil no contexto em que se pretendeu assentar que os poderes estatais não se configuram em poderes absolutamente discricionários, mas sim em poderes profundamente vinculados ao cumprimento dos fins e deveres do próprio Estado - merece avançar para um contexto onde seja ainda mais ressaltada a função subalterna deste poder: passando-se, pois, a fazer referência, aos *deveres-poderes* do Estado, justamente para destacar que, em essência, o Estado existe para *obedecer* ao cidadão, para cumprir os *deveres que a ordem jurídica lhe impõe* perante a *cidadania*, exatamente porque, tanto quanto na ordem feudal ser poderia falar em *cidadão-servo*, há que se falar, na ordem contemporânea, no *Estado-servo*, num contexto que nasce trazendo por principal mote justamente romper de forma drástica e radical com a ordem feudal exatamente no ponto que diz respeito à direção em que se concebe a manifestação do poder.

Todas as perspectivas republicanas e democráticas assentam-se exatamente sobre esta mesma base: o poder do povo – o poder do cidadão, direcionando, comandando o Estado a serviço da coletividade. Este é o definitivo ponto de inflexão do sentido do Estado contemporâneo em comparação com seus arremedos feudais, desde o iluminismo. Infelizmente é também o ponto comumente esquecido nos tantos contextos autoritários que pulularam nos diferentes continentes desde que essas bases foram lançadas.

Nesta perspectiva, o *poder do Estado* configura-se tão somente como elemento *secundário, acessório, meramente instrumental* da finalidade última do Estado que é, de fato, *servir* à cidadania. Um Estado onde o poder não sobrevive por si só, mas somente o poder vinculado aos fins da coletividade - e onde, por consequência, não pode sobreviver uma *teoria do poder* nem uma *teoria da administração, nem do Estado, nem da Justiça*, por si só.

Trata-se, ressalte-se, de uma conformação absoluta e extremamente revolucionária, onde a figura legítima do *estado-servo* substitui, com incontáveis vantagens, a do *cidadão-servo*, em que pese, tanto de uma perspectiva histórica como de uma perspectiva teórica, se observe a timidez com que se tem desenvolvido.

Destaca-se, ademais, que muitos dos *poderes* contemporaneamente conformados sob a batuta das constituições do século XX, em especial a brasileira, objeto de nosso estudo, além de constituírem-se em *deveres* do Estado, constituem-se, também em prerrogativas partilhadas do Estado com a própria cidadania, para exercê-lo diretamente, ainda que de forma parcial.

Esta perspectiva permite que se perceba que não se pode também conceber o *poder político* ou os próprios *poderes públicos* em geral como meros *poderes do Estado*, mas sobretudo como *poderes cidadãos*, que admitem seu exercício tanto pelo Estado, ordinariamente, em cumprimento dos *deveres* correlatos, aos quais servem, como, extraordinariamente, pela própria cidadania, em variadas situações.

No que diz respeito aos ditos *poderes políticos ambientais* estas perspectivas se tornam ainda mais necessárias, tanto porque a forma como se protege constitucionalmente o meio ambiente revoluciona os conceitos de sujeito de direito e sujeito de poder, tanto porque o *Estado-servo* passa a ser concebido a serviço de interesses que transcendem definitivamente os interesses momentâneos ou meramente econômicos que ordinariamente balizaram as decisões políticas e o próprio exercício de poder como um todo.

O meio ambiente, conformando-se como direito das presentes e futuras gerações, tal como é concebido pelo Artigo 225 da Constituição Brasileira, sinaliza claramente que não é preciso identificar o sujeito desse direito para protegê-lo. Nem que este sujeito precise se manifestar ou mesmo existir de fato. Um sujeito de direito, difuso, perdido, no espaço e no tempo. O *poder político* que protege os direitos deste sujeito não pode ser apenas aquele que ocupe um território estatal determinado num tempo determinado, ao sabor dos interesses temporários eleitorais ou eleitoreiros que o organizaram, nem o poder de ação pode ser aquele que busque uma correlação entre o direito subjetivo e o interes-

se de agir. Torna-se imprescindível a ampliação considerável das possibilidades de poder neste contexto, entre as quais se incluem, ainda que se tenha claro serem tímidas e limitadas diante desta perspectiva, no âmbito da Constituição Federal brasileira, a Ação Popular ambiental (Art. 5^o, LXXIII), que dá prerrogativa a todos os cidadãos para buscar anulação de ato lesivo ao meio ambiente e a Ação Civil Pública Ambiental (Art. 129, III e § 1^o), que dá ao Ministério Público (e eventuais co-legitimados estabelecidos por lei) a prerrogativa instaurar o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

O *Estado-servo* onde devem ser protegidos estes direitos está a serviço de todos os seus cidadãos, presentes e futuros, está, em última análise, a serviço de toda a parcela de humanidade que habita ou existe, poderá habitar ou poderá existir, naquele território. Num sentido mais amplo, trata-se de um Estado a serviço da humanidade, eis que toda ela, um dia, poderá nele estar inserido. Todavia, tenha-se claro, que estar a serviço da humanidade também não significa estar a serviço dos bilhões de seres humanos que num dado momento habitam o planeta. Significa, no fundo, estar a serviço da própria natureza, no sentido de garantir as condições da reprodução sustentável dos ecossistemas que garantem a vida, em todas as suas formas, tal como é igualmente referida no Art. 225 da Constituição Federal brasileira.

2. Deveres-Poderes Ambientais Constitucionais

Estabelecidas as bases mínimas em que se concebe os deveres-poderes do Estado em geral, passa-se a abordagem dos *deveres-poderes ambientais* insculpidos na Constituição Federal brasileira. Por razões didáticas, mas também republicanas, se divide os ditos deveres-poderes ambientais em três grupos iniciais:

- a) deveres-poderes *legislativos ambientais*;
- b) *deveres-poderes judiciais ambientais*;
- c) *deveres-poderes administrativos ambientais*.

2.1. Deveres-Poderes Ambientais Legislativos Ambientais

Quanto aos *deveres-poderes legislativos ambientais* cumpre destacar inicialmente, tal como se assentou acima, que os mesmos abrangem tanto aqueles

exercidos diretamente pela cidadania como aqueles exercidos indiretamente, pelos representantes eleitos. No primeiro grupo, embora não se encontre nele algum poder ambiental específico, pode-se elencar:

- a) o poder eleitoral ¹;
- b) os poderes legislativos privados de iniciativa de lei popular e de participação no processo legislativo.²

Quanto aos *poderes legislativos ambientais* exercidos pelos respectivos organismos representativos constitucionalmente estabelecidos, convém elencar as prerrogativas em matéria ambiental de cada um dos distintos órgãos legiferantes. Desde já convém antecipar, todavia, que as possibilidades de legislar sobre meio ambiente defluem de três tipos de regras:

- a) as que explícita e diretamente consagram esta prerrogativa, como é o caso das competências referidas no Art. 24, incisos VI e VIII, onde a possibilidade de legislar sobre o bem ambiental, o *macrobem* são expressamente referidas;
- b) as que explícita, mas indiretamente, consagram esta prerrogativa em relação a este *macrobem*, o que ocorre quando a Constituição consagra prerrogativas legiferantes a respeito dos diferentes *microbens* ambientais, como é o caso da competência referida no Art. 22, IV (águas);
- c) as que implicitamente consagram esta prerrogativa em relação ao *macrobem* – e até mesmo em relação ao *microbens* ou seus agrupamentos, o que ocorre quando a Constituição consagra prerrogativas legiferantes de escopo aberto a determinado campo ou matéria, o qual por sua complementariedade

1 Tímido no Brasil, o Poder Eleitoral ainda cinge-se a escolha de partidos e agentes públicos, sem a prerrogativa de revogação ou de *recall* de mandato ou mesmo em função do descumprimento de programas ou promessas, como regra geral. De qualquer forma, mantém-se aqui na classificação, na perspectiva de que estas ferramentas um dia possam ser aqui comentadas e relacionadas a matéria ambiental, embora se tenha claro não tratar-se de um poder de legislar, mas de determinar o legislador.

2 *Mutatis mutandis*, também não há um *poder de iniciativa em matéria ambiental* distinto das demais matérias legislativas autorizadas pelo § 2º do Art. 61. Ressalte-se, curiosamente, que o primeiro projeto de iniciativa popular a tramitar no Congresso nacional após a Constituição de 1988, o PL2710/1992 dizia respeito justamente à tentativa de solução dentre outros problemas, de uma questão ambiental e social, o da ocupação das áreas de risco pela população de baixa renda, sendo proposto assim a criação do Fundo Nacional de Moradia Popular. Tramitou até 2001, quando foi retirado de pauta. De qualquer forma, as figuras do plebiscito e do referendo popular, admitidas em nossa ordem constitucional, ainda que dependentes de iniciativa dos próprios legisladores, afiguram-se como poderes *legislativos* típicos, ainda que envolvam participação parcial no processo de conformação das normas. Isso não pode ser considerado pouco, eis que, pelo menos em sede de normas federais, participam *parcialmente*, também, cada uma das casas do Congresso Nacional e a própria Presidência da República.

de em relação às questões ambientais ou mesmo sua amplitude, combinada a presença dos *princípios ambientais* resulta no *poder-dever* de considerar a necessidade de preservação destes bens ambientais, como é o caso do Art. 30, I, que ao referir-se à possibilidade do Município legislar sobre *interesses locais*, sinaliza possibilidades legiferantes em relação aos *interesses ambientais locais*.

Optando-se por denominar, sinteticamente, prerrogativas *explícitas* às primeiras, prerrogativas *indiretas* às segundas e prerrogativas *implícitas* às terceiras, passar-se-á a examinar estes *poderes*, não perdendo de vista que em matéria de competência legislativa, não só por conta da existência e da sobreposição de competências *explícitas, indiretas ou implícitas* a ordem constitucional admitirá que mais de um ente federativo venha a dispor, concomitantemente, sobre a matéria ambiental. Faz-se referência, destarte, ao instituto da *competência concorrente*, estabelecido no Art. 24 da Constituição Federal, pelo qual *Estados e Distrito Federal*, de um lado e *União*, de outro, detém poder para legislar, concomitantemente, sobre determinadas matérias especialmente escolhidas, seja porque tal pluralidade seja importante para seu desenvolvimento normativo, seja porque se denote a existência de especificidades de distintas amplitudes geográficas a requererem tratamento de diferenciados escopos de generalidade, circunstancialidades, que em conjunto, se aplicam a matéria ambiental. Para disciplinar este exercício concomitante de poder, os § 1º a 4º do mesmo Art. 24, estabeleceram quatro regras sucessivas:

- a) a competência da União limita-se ao estabelecimento de normas gerais;
- b) os Estados podem sempre suplementar estas normas gerais;
- c) não havendo normas gerais editadas pela União, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades;
- d) a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Em síntese, este complexo de regras basicamente procura otimizar ao máximo as potencialidades normativas de ambos os entes federativos, de sorte que, para a cidadania, restará sempre o dever de cumprir concomitantemente todos os regramentos, especialmente tendo em conta que a única possibilidade de contrariedade, quando prevalecerá então a norma federal, reside naquelas circunstâncias em que o sentido da norma *estadual ou distrital* seja frontalmente oposto *ao da norma federal*, seja *permitindo o que ela proíbe*, seja *proibindo o que ela determina que seja feito*. Observe-se, todavia, que é permitido um maior rigor

das normas *estaduais ou distritais* em relação às normas *federais* sempre que estas não estabeleçam expressamente limites para estes rigores.³

Outrossim, há que se ter em conta que, por analogia, este regramento, que traduz verdadeiro *princípio da otimização do pacto federativo*, deve ser aplicado aos eventuais conflitos potenciais decorrentes da sobreposição de competências *explícitas, indiretas ou implícitas*.⁴

Estabelecidas, destarte, estas pautas básicas, pode-se examinar os diferentes deveres-*poderes legislativos ambientais* tendo em conta os diferentes entes federativos. Inicia-se assim pela *União*, seguindo-se-lhe os *Estados e o Distrito Federal* e culminando com os *Municípios*.

2.1.1. *Deveres-poderes ambientais legislativos ambientais da União*

No que tange à *União*, há que se fazer referência, *ab initio*, à existência de competências legislativas *ordinárias*, exercidas pelo Poder Legislativo e competências legislativas *extraordinárias*, exercidas pelo Poder Executivo, nas quais se incluem a possibilidade de instituir *Medidas Provisórias* e elaborar *Leis delegadas*, as primeiras regidas pelo Art. 62 e seus parágrafos, com redação profundamente alterada pela Emenda Constitucional 32, de 11/09/2001 e as segundas regidas pelo Art. 68 e seus parágrafos⁵.

3 A sujeição à Estudo Prévio de Impacto Ambiental, v.g., determinada por lei Federal, pode, destarte, tornar-se mais rigorosa, no âmbito estadual, por legislação que determine sujeição à auditoria ambiental.

4 O direito urbanístico é um bom exemplo. Pela legislação federal (Lei 6766/79) a testada do lote deve ser, em regra geral, de no mínimo 5 m. Nada impede que a legislação estadual, especialmente de um Estado novo que esteja a iniciar seu processo de povoamento e pretenda padrão maior de qualidade de vida, estabeleça testada maior, 10 m, por exemplo, eis que Direito Urbanístico é matéria de competência concorrente. Pode o Município, embora não seja caso de *competência concorrente*, da qual formalmente ele não participa, todavia, com força nos incisos I e VIII do Artigo 30, estabelecer, por razões de interesse local, testadas mínimas ainda maiores, de 15 metros em função da harmonia que pretenda para a respectiva zona onde se situa o imóvel.

5 No plano geral, estas competências legislativas extraordinárias equiparam-se às ordinárias, salvo as seguintes exceções:

No que tange às lei delegadas, não podem dispor sobre:

- a) prerrogativas os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
- b) a matéria reservada à lei complementar;
- c) nem a legislação sobre organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

Quanto às competências legislativas ordinárias *explícitas*, pode-se elencar duas, ambas no terreno da competência *concorrente* da *União* com os *Estados e o Distrito Federal* :

a) a competência referida no inciso VI do Art. 24, segunda parte, para legislar sobre (...) conservação da natureza, (...) proteção do meio ambiente e controle da poluição;

b) a competência referida no inciso VIII do Art. 24, para legislar sobre responsabilidade por dano ao meio ambiente (...);

Quanto às competências legislativas ordinárias *indiretas*, pode-se elencar sete, as quatro primeiras no âmbito da competência *privativa* da *União* e as três restantes no âmbito da *concorrente* da *União* com os *Estados e o Distrito Federal*:

a) águas e energia (inciso IV do Art. 22);

b) jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia (inciso XII do Art. 22);

c) populações indígenas (inciso XIV do Art. 22);

d) atividades nucleares de qualquer natureza (inciso XXVI do Art. 22);

e) florestas, caça, pesca, fauna, (...), defesa do solo e dos recursos naturais (inciso VI do Art. 24, primeira parte);

f) proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (inciso VII do Art. 24);

g) responsabilidade por dano (...) a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (inciso VIII do Art. 24);

Quanto às competências legislativas ordinárias *implícitas*, que sem referir-se à questões ambientais, restam por abrangê-las em virtude de seu amplo es-

d) legislação sobre nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

e) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e leis orçamentárias.

No que tange às medidas provisórias, não podem dispor sobre:

a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;

b) direito penal, processual penal e processual civil;

c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

e) a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;

f) matéria reservada a lei complementar;

g) disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

h) Para <SMALL> regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até 11/09/2001.

pectro material associado ao princípios ambientais, pode-se elencar dez, as cinco primeiras no âmbito da competência *privativa* da *União* e as cinco restantes no âmbito da *concorrente* da *União* com os *Estados* e o *Distrito Federal* :

- a) direito civil, (...), penal, processual, (...), marítimo, aeronáutico, espacial (...) (inciso I do Art. 22);
- b) regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial (inciso X do Art. 22);
- c) trânsito e transporte (inciso XI do Art. 22);
- d) organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, bem como organização administrativa destes (inciso XVII do Art. 22);
- e) competência da polícia federal e das polícias rodoviária e ferroviária federais (inciso XXII do Art. 22);
- f) defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional (inciso XXVIII do Art. 22);
- g) direito tributário, (...) econômico e urbanístico (inciso I do Art. 24);
- h) produção e consumo (inciso V do Art. 24);
- i) educação, cultura, ensino (...) (inciso IX do Art. 24);
- j) (...) proteção e defesa da saúde (inciso XII do Art. 24).

2.1.2. Deveres-poderes legislativos ambientais dos Estados e do Distrito Federal

A Constituição Federal não estabelece, à exemplo da União, *competências legislativas extraordinárias* para os *Estados* ou para o Distrito Federal, e portanto, não as disciplina, embora deva se ter em conta que as mesmas possam ser configuradas nas próprias constituições estaduais, eis que o Art. 25 da Constituição Federal estabelece que os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios da própria Constituição Federal, sendo-lhes igualmente, ao teor do § 1º do mesmo artigo, reservadas todas as competências que não lhes sejam vedadas pela Carta Magna. Destarte, embora não se deva tirar da mente esta possibilidade, reservada à criatividade dos constituintes Estaduais, centrar-se-á o presente exame, no escopo do presente trabalho, das *competências legislativas ordinárias* que a Constituição Federal reserva, conjuntamente, aos *Estados* e ao *Distrito Federal*.

Quanto às competências legislativas ordinárias *explícitas*, pode-se elencar as mesmas duas já referidas, ambas no terreno da competência *concorrente* da *União* com os *Estados* e o *Distrito Federal* :

a) a competência referida no inciso VI do Art. 24, segunda parte, para legislar sobre (...) conservação da natureza, (...) proteção do meio ambiente e controle da poluição;

b) a competência referida no inciso VIII do Art. 24, responsabilidade por dano ao meio ambiente, (...);

Quanto às competências legislativas ordinárias *indiretas*, referentes assim aos *microbens ambientais*, pode-se elencar três, todas no âmbito da *concorrente* da *União* com os *Estados* e o *Distrito Federal* :

a) florestas, caça, pesca, fauna, (...), defesa do solo e dos recursos naturais (inciso VI do Art. 24, primeira parte);

b) proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (inciso VII do Art. 24);

c) responsabilidade por dano (...) a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (inciso VIII do Art. 24);

Quanto às competências legislativas ordinárias *implícitas*, pode-se elencar seis, cinco no âmbito da *concorrente* da *União* com os *Estados* e o *Distrito Federal* e uma envolvendo a denominada *competência residual* para todas as matérias não vedadas pela Constituição Federal:

a) defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional (inciso XXVIII do Art. 22);

b) direito tributário, (...) econômico e urbanístico (inciso I do Art. 24);

c) produção e consumo (inciso V do Art. 24);

d) educação, cultura, ensino (...) (inciso IX do Art. 24);

e) (...) proteção e defesa da saúde (inciso XII do Art. 24);

f) Todas as competências não vedadas pela Constituição Federal (Art. 25 § 1º).

2.1.3. Deveres-Poderes legislativos ambientais dos Municípios

A questão dos poderes legislativos dos Municípios em matéria ambiental é de forte construção doutrinária (MACHADO, 2000, p. 297-320), especialmente na medida em que a ordem constitucional não lhe reservou nenhuma

prerrogativa legiferante *explícita*, não incluindo-o igualmente dentro das possibilidades de exercício de competência concorrente do Art. 24. Acrescente-se a isto a peculiaridade de que, dentre todas, somente a Constituição Federal de 1988, por força de seu Art. 18, reconheceu o Município, amplamente, na condição de *ente federativo autônomo*, preconizando que exercerá esta *autonomia*, nos termos do Art. 29, atendendo aos princípios estabelecidos na Constituição Federal e na Constituição do respectivo Estado. Destarte, em síntese: trata-se de temática intensa, seja pelas inovações, seja pelos reclamos da doutrina no sentido de ampliar-se as prerrogativas de quem está, assim, diretamente envolvido com inúmeras e importantes questões ambientais.

Sem a pretensão de reproduzir todo este significativo aprofundamento, fora do escopo do presente trabalho, há que se pontuar, sinteticamente, que há duas competências legiferantes, a cargo do Município, que interagem profundamente com a questão ambiental.

A primeira delas pode se enquadrar como *implícita*. É a que decorre da prerrogativa para *legislar sobre assuntos de interesse local*, referida no Art. 30, inciso I. O meio ambiente, que envolve questões de *interesse geral*, apresenta desdobramentos ou especificidades que certamente se enquadram no *interesse local*, como é, v.g., a questão do saneamento público e do depósito de resíduos domésticos ou industriais na área do Município, ou mesmo proteção dos mananciais aquíferos que suprem seu território.

A segunda competência legislativa, que se pode enquadrar como indireta, eis que se refere à ocupação do *solo*, tal como preconiza o inciso VIII do mesmo Art. 30, que se refere à prerrogativa para *promover o ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano* carrega crucial importância, eis que a definição da abrangência do *solo urbano* envolve, por exclusão, a configuração do *solo rural*, não urbano⁶, para

6 Tal como preconiza o Código Tributário Nacional (Lei 5172, de 25/10/1966) com força de Lei Complementar, em seu Art. 30 e parágrafos a zona urbana é definida em lei municipal; observado o requisito mínimo da existência de pelo menos dois melhoramentos, construídos ou mantidos pelo Poder Público, dentre os seguintes dos incisos seguintes: meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais ou abastecimento de água ou sistema de esgotos sanitários ou rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar ou escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de três quilômetros, podendo, igualmente serem consideradas urbanas as zonas *urbanizáveis*, sem quaisquer destes, contanto que apresentem loteamentos aprovados pelos órgãos competentes, destinados à habitação, à indústria ou ao comércio.

onde historicamente se vem direcionando com mais intensidade o conjunto de normas ambientais protetivas.

A perspectiva que se desenha, neste campo, com a intensiva expansão urbana é a de passar-se a realçar mais a influência da legislação protetiva ambiental justamente sobre as áreas urbanas e sua expansão, de sorte a aplicar-se às zonas urbanas as mesmas diretivas referentes à função ambiental da propriedade rural, sob pena do sério comprometimento dos ecossistemas e mesmo da integração do direito fundamental de moradia com o direito ao meio ambiente incólume, evitando assim, v.g., a ocupação indevida de áreas inadequadas nos dois campos, como os mangues e as encostas de morro, que ameaçam tanto a *incolumidade humana* como a *incolumidade ambiental*.

A consequência desta tendência, por outro lado, envolve o reconhecimento das prerrogativas legiferantes municipais em matéria ambiental, seja assim ao abrigo da noção de *interesse local*, seja porque é indeclinável perceber que na *ordenação da ocupação do solo* se está a regrar, fundamentalmente, proibições ou permissões de atividades a partir da sua *impactação ambiental*, dirigidas tanto a proteção do patrimônio ambiental *natural* como *cultural*.

2.2. Deveres-Poderes Judiciais Ambientais

Tal como já se assentou (BIRNFELD, 2008), os *poderes judiciais* abrangem tanto os *poderes de determinar a atuação do Poder Judiciário* como o próprio exercício da atividade decisória por este poder, binômio inseparável destinado a materializar no plano normativo concreto a *ordem constitucional* como um todo e, neste caso, especialmente a *ordem constitucional ambiental*.

A distinção quanto ao perfil normativo dos *poderes legislativos ambientais*, aplica-se, *mutatis mutandis*, aos *poderes judiciais ambientais*, de sorte que é possível identificá-los tanto na forma *explícita*, como *indireta* ou *implícita*.

Não faz sentido, todavia, como se fez em relação aos *poderes legislativos*, distinguir, como um paralelo, entre *poderes da cidadania* e *poderes dos organismos estatais*, eis que o *poder judicial* decorre justamente da *conjugação inexorável* entre o *poder de determinar a atuação do Poder Judiciário*, afeito à cidadania em geral e a alguns organismos estatais específicos, e o exercício propriamente dito do *poder judicante* (BIRNFELD, 2008).

Também não faz sentido distinguir entre *poderes judiciais* afeitos a *distintos entes federativos*, tanto porque se observa claramente estrutura judicante unificada para todo o território nacional, balizada pelos tribunais superiores nacionais (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal) tanto porque o *poder de determinar atuação do judiciário* não encontra, no plano geral, limite de amplitude geográfica que não seja o do território nacional como um todo, a ninguém sendo vedado, destarte, determinar a atuação das instâncias máximas nos casos de sua respectiva competência.

Tal estrutura *unificada*, não impede, todavia, que as prerrogativas de atuação dos diferentes organismos do Poder Judiciário possam ser distribuídas levando em conta tanto a estruturação da *União* como *dos Estados ou do Distrito Federal*, como o próprio escopo dos interesses em disputa. O que se há de ressaltar, todavia, é que neste campo não se observa uma *autonomia federativa judicial*, no sentido de que as decisões últimas não possam ser revistas pelos entes de maior abrangência territorial. Podem e devem, justamente porque o sistema judicante encontra-se, como já se assentou, unificado, buscando compatibilizar em padrões nacionalmente vigentes as decisões últimas nos tribunais superiores, ao contrário do que ocorre nos sistemas *legislativo* ou *executivo*, onde não se verifica qualquer possibilidade de revisão e modificação das decisões últimas pelos entes federativos de maior abrangência.

Estados federados não podem, assim, como regra geral, reverter decisões legislativas ou executivas dos Municípios, tanto quanto a União não pode, ordinariamente, reverter as dos próprios Estados Federados de escopo local. É justamente o contrário do que ocorre no sistema judicial, onde há tribunais vocacionados justamente para unificar nacionalmente os entendimentos jurisprudenciais regionais.

Também não elide esta univocidade do sistema a peculiaridade de que os *poderes de determinar a atuação do judiciário* possam se dar por distintos instrumentos com variadas titularidades, nem o fato de que os organismos públicos munidos deste poder venham a organizar-se com distintas atribuições levando em conta matérias, instrumentos, hierarquia interna ou abrangência territorial.

Neste compasso, destarte, os Artigos 92 a 126 delineam as diferentes competências do *Poder Judiciário*, enumerando taxativamente as competências judicantes do Supremo Tribunal Federal (Art 102), do o Superior Tribunal de Justiça (Art. 105), os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais (Art. 108 e 109), os Tribunais e Juízes do Trabalho (Art. 114), os Tribunais e Juízes Elei-

torais (Art. 121), os Tribunais e Juízes Militares (Art. 124), deixando aos Tribunais e Juízes dos Estados, do Distrito Federal e Territórios autonomia para organizarem-se no sentido de abarcar todas as competências judicantes que a Constituição não reservou expressamente aos outros organismos (Art. 125, c/c com Art. 25 § 1º).

Destaca-se, no que diz respeito à temática ora objeto deste trabalho, a competência privativa do STF para as ações declaratórias de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, que, em conjunto operam o controle concentrado de constitucionalidade (Art. 101, I, “a”), assim como a singularidade de ser este Tribunal a instância recursal máxima no que diz respeito à matéria constitucional, localizando-se assim também no topo da estrutura do controle difuso de constitucionalidade (Art. 101, III), controle que se completa, no sistema constitucional interno, pela competência dos Tribunais dos Estados para representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (§ 2º) e que, como já decidiu o STF, abrange o controle de constitucionalidade da legislação Municipal em relação à Constituição Federal, sujeito este a revisão pelo próprio STF (101,III) ⁷.

No que diz respeito ao meio ambiente, em regra geral, pela competência residual, a matéria acaba abrigada pelos órgãos judicantes estaduais, embora por algum tempo houvesse quem, com força no Art. 109, I, que estabelece à justiça federal competência para julgar as causas em que a União seja interessada, entendendo que questões ambientais sempre seriam de interesse da União (que tem, aliás, o dever constitucional de preservar o meio ambiente, nos termos do Art. 23, VI e VIII), propugnasse pela Justiça Federal como foro competente para as questões ambientais, como regra geral (o que, diga-se de passagem, é efetivamente bem razoável). Todavia, a tendência da jurisprudência não foi esta, consagrando assim a *justiça comum* estadual como foro competente, em regra geral, para questões sobre meio ambiente, restando à Justiça Federal as exceções à esta regra geral, como questões indígenas (por disposição expressa do inciso XI do Art. 109) ou situações onde se encontrem *microbens* ambientais de indiscutível *propriedade da união*. Como o sistema é unificado e, bem ou mal,

7 Conforme ADIn 209, julgada em 20/05/1998, Recl 337, julgada em 18/08/1994, Medida Cautelar em Recurso Especial, de número 161390, julgada em 10/04/1993

podem todas as questões desembocar no STF, em matéria constitucional, para garantir a vigência da Constituição e do pacto federativo ou no STJ, para garantia de vigência nacional das leis federais (105, III, “a” e “b”) ou padronização da jurisprudência dos tribunais do país (105, III, “c”), esta efetivamente não é uma discussão tão relevante no plano estrutural geral do sistema constitucional.

Compilados, assim, estes pressupostos básicos da abordagem, e delineada sinteticamente a estrutura do *Poder Judiciário*, passa-se a dispensar especial atenção ao *poder de determinar a atuação deste organismo* tendo por foco a matéria ambiental. Destarte, o *poder ambiental de determinar a atuação do Poder Judiciário*, em sua versão *explícita*, que abrange:

a) a possibilidade de ingresso, por qualquer cidadão de ação popular que vise a anular ato lesivo ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, a qual abrange a garantia de que o autor, salvo comprovada má-fé, restará isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência, nos termos do Art. 5º, inciso LXXIII;

b) o dever-poder do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, nos termos do Artigo 129, III, prerrogativa esta que, ao teor do § 1º do mesmo artigo não impede a de outros que a que a lei venha a atribuir as mesmas possibilidades.

Este *poder judicial* encontra-se ainda *implícito* em outros instrumentos processuais constitucionais, que podem ter repercussão na matéria ambiental, quais sejam:

a) mandado de segurança individual, que pode ser acionado por qualquer indivíduo para proteger direito ambiental líquido e certo, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (Art. 5º, inciso LXIX)⁸;

8 Conceber-se o mandado de segurança individual para a defesa do meio ambiente envolve entender que se trata de *direito de todos* que cada um *pode defender como seu*, tal como aliás se consagra no Direito de Propriedade em relação às regras de condomínio. Há todavia várias formas de conceber esta possibilidade, algumas mais outras menos pacíficas, que talvez nunca venham a se pacificar tendo em conta que a *ação popular* pode ser impetrada sucedaneamente, sem que se precise discutir a configuração de um *direito individual ao meio ambiente* (sem prejuízo, claro, da sua expressão difusa). É que, à exemplo do mandado de segurança, a *Ação Popular* também se dirige à anulação de ato administrativo lesivo, e também apresenta possibilidade de liminar com conteúdo mandamental. Fica todavia mais visível a hipótese do *mandado de segurança ambiental* quando o *direito ao meio ambiente* se expressa como *direito de vizinhança* que resta lesado pela permissividade indevida exercida pelo

b) mandado de segurança coletivo, impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, bem como por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados; (Art. 5º, inciso LXX)º;

c) a ação direta de inconstitucionalidade, referida no Art. 102, I, alínea a, a de lei ou ato normativo federal ou estadual, que pode ser proposta, ao

Poder Público em relação à instalação de atividade poluente, podendo-se também, com razoável grau de pacificidade concebê-lo na conformação *recursal* que por vezes assume diante de decisão judicial manifestamente lesiva. Menos pacífica, todavia é a possibilidade de mandado de segurança em relação à decisão do Poder Público cuja lesão manifeste-se de forma difusa, como seria a autorização para instalação de uma fábrica poluente em relação àquele que sem ser lindeiro ou vizinho próximo, pretenda reclamar em relação à contaminação genérica, ou mesmo ocasional (transitar pela rua em frente à fábrica poluente) situação na qual a possibilidade de que o sentido de essencialidade do bem ambiental não tenha sido observado por um judiciário ainda fixado aos ditames da *patrimonialidade* recomendaria o ingresso de Ação Popular. Seja como for, configurar o meio ambiente como direito líquido e certo envolve extremar sua condição de *norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata*, o que, por consequência, afasta a possibilidade de que se conceba um *mandado de injunção*, individual ou coletivo, com conteúdo ambiental, eis que tal remédio derradeiramente só se destina a normas cuja regulamentação revela-se imprescindível para sua aplicabilidade, o que é o oposto de conceber o *meio ambiente* como *direito ambiental fundamental auto-aplicável*, com a conformação de *direito líquido e certo*, mormente tenha parte da doutrina insistido no *mandado de injunção ambiental* (como fazem MILARE, Edis. **Direito do Ambiente**: Doutrina, Prática, Jurisprudência, glossário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.183, p.461 e MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental Sistematizado**. Rio de Janeiro: Forense Universitária,1992, p. 101-104). Com a devida vênia, e no sentido de reforçar o que aqui se vem defendendo, não se inclui no rol dos instrumentos o *mandado de injunção*, tanto porque não cabe para *direito auto-aplicável*, tanto porque o deslinde desta ação, em várias matérias, tem-se revelado frustrante em nosso sistema. Destarte, com mais esperança de eficácia, senão mais firmeza na hermenêutica, sinaliza-se o *mandado de segurança individual* como remédio constitucional de aplicação imediata para a defesa do meio ambiente.

- 9 Em fundamentação a inclusão desta classificação, além da natural percepção que o *direito ao meio ambiente* pode, sem prejuízo da sua expressão difusa, manifestar-se concretamente como *direito coletivo ou individual líquido e certo* e mais ainda, como mero *interesse coletivo*, tal como sugere a letra do artigo que disciplina este *mandado de segurança*, ressalte-se que o STF, no âmbito do *mandado de injunção coletivo*, construção pretoriana consagrada no âmbito do mesmo tribunal, e que deriva da interpretação ampliada do próprio *mandado de segurança coletivo*, já admitiu que interesses gerais da sociedade (leia-se *difusos*) fossem defendidos em juízo (embora a eficácia protetiva do *mandamus* tenha-se cingido ao organismo coletivo impetrante), tal como se consagrou no Mandado de Injunção de número 472-2, julgado em 06/09/1995 e que se referia ao direito difuso de regulamentação da taxa máxima de juros em 12% ao ano. Embora tal julgado não autorize que se inclua o *mandado de injunção* dentre os *remédios* protetivos dos *ambientais*, posto que, como se defende, trata-se de norma de eficácia plena, esta importante ampliação de conteúdo em muito ajuda a dimensionar as possibilidades do próprio *mandado de segurança coletivo* em matéria ambiental, sobre o qual efetivamente não há julgados da excelsa corte constitucional.

teor do Art. 103, pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal da Câmara dos Deputados, de qualquer Assembléia Legislativa Estadual, por qualquer Governador de Estado, pelo Procurador-Geral da República, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por qualquer partido político com representação no Congresso Nacional e por qualquer confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;

d) a ação penal pública, referida no inciso I do Art. 129, que deve ser proposta pelo Ministério Público ou, subsidiariamente, com força no Art. 5º, LIX, a ação privada nos crimes de ação pública, quando esta não seja intentada no prazo legal, que poderá versar sobre matéria ambiental, tal como preconiza o § 3º do Art. 225;

e) todas demais ações a serem criadas no âmbito infra-constitucional que venham a possibilitar, de qualquer forma, a defesa ambiental, eis que a Constituição assegura a todos, com força no Art. 5º, incisos XXXIV, alínea “a” e XXXV o poder de solicitar, de forma genérica, a atuação do Poder Judiciário; prerrogativa também assegurada ao Ministério Público tendo em conta o disposto inciso II do Art. 129, que lhe permite implementar todas as medidas necessárias cabíveis para a garantia dos direitos difusos que deve defender, inclusive os direitos e interesses das populações indígenas referidos no inciso V do mesmo artigo.

2.3. Deveres-Poderes Administrativos Ambientais

Não é efetivamente em sede constitucional que se encontrarão os detalhamentos específicos dos órgãos da Administração Pública, vinculados ao Poder Executivo, aos quais estarão afeitos os *deveres-poderes* estatais relacionados com a defesa do meio ambiente e tampouco é o escopo deste opúsculo delineá-los. Mas efetivamente há importantes regras insculpidas na Constituição Federal relacionadas com o delineamento destes *deveres-poderes*.

A distinção quanto ao perfil da norma, utilizada tanto quando se fez referência aos *poderes legislativos e judiciais ambientais*, aplica-se, *mutatis mutandis*, também aqui, de sorte que é possível visualizar regras sobre *deveres-poderes administrativos ambientais*, na forma *explícita*, como *indireta* ou *implícita*.

Outra distinção a ser feita envolve a lembrança de que se pode considerar a existência tanto *deveres-poderes administrativos ambientais* que são *comuns* aos

diferentes entes federativos, como de alguns que são específicos deste ou daquele ente federativo. Dentre os que compõem o primeiro grupo pode-se encontrar justamente os *deveres-poderes ambientais* genéricos, muito mais *deveres* do que *deveres-poderes*, verdadeiras *diretrizes de atuação* para o *poder público* para a garantia do *direito fundamental ao meio ambiente*.

Ainda pode-se distinguir entre *poderes administrativos ambientais* que constituam prerrogativa *dos cidadãos* e os que sejam dos distintos entes e órgãos da *administração pública* estatal. Quanto ao primeiro grupo, todavia, convém ressaltar que nenhum poder específico em matéria ambiental é arrolado pela Constituição, resumindo-se este assim aos genéricos *poder de requerer informações* (Art. 5º, incisos XXXIII e XXXIV, “b”) e de *determinar a manifestação por petição* (Art. 5º, incisos XXXIV, “a”), aplicáveis, todavia, a um razoável número de situações de interesse ambiental, especialmente o acesso aos dados dos Estudos Prévios de Impacto Ambiental, publicizados por força da própria Constituição (225, § 1º, IV).

Convém examinar, assim, com mais detalhamento, o outro grupo, bem maior, que envolve as distintas prerrogativas conferidas à *administração pública* para atuar em matéria ambiental, para os quais vige com intensidade o *princípio da legalidade* (Art 5º inciso II), sinalizando estar-se diante de *deveres-ouderes a serem exercidos* em conformidade com *ditames da própria Constituição e, quando o caso, da respectiva legislação infra-constitucional regulamentadora*, emanada pelos distintos organismos legiferantes dos diferentes entes federativos, pois que embora alguns logrem eficácia e aplicabilidade tão somente com a voz constitucional, outros, porque fundados estão em *norma constitucional de eficácia limitada*, não dispensam a presença do legislador *infra-constitucional*.

Pode-se, destarte, enquadrar estes distintos *deveres-poderes ambientais da administração pública* assim em *quatro* grandes grupos, tentando assim abarcar os distintos campos ou matérias que abrangem os diferentes conteúdos destas *regras de poder*, quais sejam: *deveres-poderes ambientais genéricos e de atuação positiva estatal*; *deveres-poderes de intervenção no direito de propriedade*; *deveres-poderes de intervenção nas atividades econômicas e deveres-poderes financeiros e tributários*¹⁰.

10 Ressalte-se que o objetivo desta classificação (como aliás deve ser o de todas) é fundamentalmente melhor aclarar o objeto estudado a partir de diferentes focos lançados sobre o mesmo. Longe está de ser perfeita e, mais que isto, para que relevá-la há que se ter em conta um sensível grau de interpenetração

2.3.1. Deveres-poderes administrativos ambientais gerais

A Constituição, que ao teor do Art 225, impõe ao Poder Público o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, consagrando, para tanto, de forma *explícita*, no Art. 23 o *dever-poder ambiental* comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para *proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas*¹¹.

Este *poder-dever* desdobrar-se-á em distintas possibilidades de *intervenção no direito de propriedade* e *no domínio econômico*, que merecerão atenção oportunamente. Todavia, além destes deveres-poderes *de intervenção*, que serão abordados *infra*, convém destacar que a Constituição estabelece alguns *deveres-poderes* relacionados a atuação estatal específica sobre os ecossistemas (*explícitos*) ou sobre os *microbens ambientais* (indiretos), igualmente *e comuns a todos os entes federativos*, quais sejam:

- a) preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas¹²;
- b) preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País¹³;
- c) promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente¹⁴;
- d) preservar as florestas, a fauna e a flora¹⁵;

entre os grupos, que se observa, v.g, quando se constata que *toda norma tributária* envolve, no fundo, uma forma indireta de *intervenção econômica*, intervenção esta que também está implícita quando se altera a base do sistema econômico: o próprio direito de propriedade, de sorte que também toda intervenção na propriedade é, em última análise uma forma de intervenção na atividade econômica. O mesmo se diga da atribuição de obrigações estatais neste campo. Ocorre que toda a norma jurídica, como já se viu, reflete, inexoravelmente no mundo econômico. Isto, como se vem ressaltando, permite compreender como o *direito define os fatores da economia*. Seja como for, ao se fazer referência à *poderes administrativo ambiental de intervenção na atividade econômica*, se está a tomar esta intervenção em sentido estrito: *limitações que tem por foco a atividade econômica em si*, como pode ser a *fiscalização da emissão de poluentes por uma fábrica*, que, tomada estritamente, pouco ou nada se relaciona com os direitos vigentes sobre o solo que ela ocupa, foco dos deveres-poderes relacionados a propriedade.

11 Art.23, VI, Constituição Federal/88.

12 § 1º, inciso I do Art. 225, Constituição Federal/88.

13 § 1º, inciso II do Art. 225, primeira parte, Constituição Federal/88.

14 § 1º, inciso VI do Art. 225, Constituição Federal/88.

15 Art. 23, VII, Art. 225§ 1º, VII, Constituição Federal/88.

Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional

e) proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos¹⁶;

f) promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação¹⁷;

g) impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural¹⁸;

h) preservar as florestas, a fauna e a flora¹⁹;

Ainda no âmbito da competência *comum* a todos os entes federativos, pode-se agregar *deveres-poderes ambientais implícitos* em outras ações de escopo mais amplo, tais como:

i) *conservar o patrimônio público*²⁰;

j) cuidar da saúde²¹, devendo os Municípios, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população²²;

k) proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência²³;

l) fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar²⁴;

m) promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico²⁵;

16 Art. 23, III, assim como os Artigos 215 e 216. Este poder dever é ainda reafirmado, no que tange aos Municípios, pelo inciso IX do Art. 30, Constituição Federal/88.

17 Art. 216, § 1º, Constituição Federal/88.

18 Art. 23, IV, Constituição Federal/88.

19 Também referida no inciso VII do § 1º do Art. 225, Constituição Federal/88.

20 Art. 23, I, Constituição Federal/88.

21 Art. 23, II, Constituição Federal/88 e também nos artigos 196 a 200, Constituição Federal/88, com destaque para o inciso VIII, do Artigo 200, que inclui dentre os objetivos do Sistema Único de Saúde colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

22 Competência do Município, nos termos do Art. 30, VII, Constituição Federal/88.

23 Art. 23, V, Constituição Federal/88.

24 Art. 23, VIII, Constituição Federal/88.

25 Art. 23, IX, Constituição Federal/88 sendo que consta dentre as atribuições do Sistema Único de Saúde, ao teor do inciso IV do Art.200, Constituição Federal/88, participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico.

n) combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos²⁶;

Outras ações, implícita e profundamente relacionadas com a questão ambiental, foram acometidas especificamente à União, quais sejam:

o) organizar e manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional²⁷;

p) planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações²⁸.

Com o escopo de fechar a sistematização, não há como deixar de agregar a este rol de *deveres-poderes ambientais administrativos genéricos*, aqueles implicitamente também relacionados, não tanto com o meio ambiente em si, mas com a efetiva concretização de todos os demais *deveres-poderes*, entre eles os ambientais, afeitos, em nosso sistema ao *poder executivo*, quais sejam os *deveres-poderes* para:

q) *organizar* a administração pública e as atribuições dos distintos agentes públicos, neste âmbito²⁹;

r) *exercer o poder de polícia* sobre as distintas condutas que a lei venha a proibir ou determinar com o fito de materializar a proteção do meio ambiente, seja por meio de ações preventivas ou sancionadoras³⁰.

2.3.2. Deveres-Poderes de Intervenção no Direito de Propriedade

Em distintos níveis de intensidade, a Constituição Federal consagra prerrogativas de intervenção no *direito de propriedade*. No ponto mais alto desta *escala de intervenção*, observa-se que, em relação a alguns bens ambientais, a *ordem constitucional* houve por bem suprimir drasticamente a possibilidade de apropriação privada, reservando inafastavelmente sua propriedade para deter-

26 Art. 23, X, Constituição Federal/88.

27 Art. 21, XV, Constituição Federal/88.

28 Art. 21, inciso XVIII, Constituição Federal/88.

29 Art. 18, Art 84,VI, alíneas “a” e “b” e Art.88, assim como Art. 25, caput e 29, caput, todos da Constituição Federal/88.

30 Art. 142 a 144, destacando-se ainda, no que tange à União, Art. 21, incisos XIII, XIV, XXII, XXIV, todos da Constituição Federal/88.

minados entes federativos, sem prejuízo de admitir em relação a estes bens, a possibilidade de *direitos de uso e fruição* pelos cidadãos.

Para alguns destes bens, não fez mais a Constituição do que designar o ente proprietário, reservando para outros, além disto, a disposição expressa sobre a necessidade de protegê-los ou preservá-los, num certo sentido redundante, eis que de uma forma ou de outra, todas estas propriedades são clausuladas com o *dever de preservação para as futuras gerações* (Art.225). Não é demais, todavia, enumerar estes bens que, em regra geral, são, assim, por mandamento constitucional, *insuscetíveis de apropriação privada*:

a) as terras devolutas indispensáveis à preservação ambiental, definidas em lei, de propriedade da União³¹;

b) os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de domínio da União, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais respectivos e as praias fluviais, de propriedade da União³²;

c) as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países, de propriedade da União³³;

d) as praias marítimas, de propriedade da União³⁴;

e) as ilhas oceânicas, de propriedade da União³⁵

f) as ilhas costeiras, excluídas, destas, as áreas de domínio dos Estados, Municípios ou terceiros, de propriedade da União;

g) os recursos naturais da plataforma continental, de propriedade da União³⁶

h) os recursos naturais da zona econômica marítima exclusiva, de propriedade da União³⁷;

31 Art 20, II. Embora se pudesse cogitar de uma certa discricionariedade legislativa em relação a esta indispensabilidade, no sentido de conceber a possibilidade de *desafetação* desta finalidade por via legal, há que se atentar ao disposto no § 5º do Art 225, que proclama serem indisponíveis estas terras devolutas quando se revelem necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

32 Art 20, III, Constituição Federal/88.

33 Art 20, IV, Constituição Federal/88.

34 Art 20, IV, Constituição Federal/88.

35 Art 20, IV, Constituição Federal/88.

36 Art 20, V, Constituição Federal/88.

37 Art 20, V, Constituição Federal/88.

- i) o mar territorial, de propriedade da União³⁸;
- j) os terrenos de marinha e seus acréscidos, de propriedade da União³⁹;
- k) os potenciais de energia hidráulica, de propriedade da União⁴⁰;
- l) os recursos minerais, inclusive os do subsolo, de propriedade da União⁴¹;
- m) as cavidades naturais subterrâneas, de propriedade da União⁴²;
- n) os sítios arqueológicos e pré-históricos, de propriedade da União⁴³;
- o) as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, de também da União⁴⁴;
- p) as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, as de propriedade da União, e, na forma da lei, as decorrentes de suas obras, de propriedade dos Estados⁴⁵;
- q) as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no domínio territorial dos Estados, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros, de propriedade dos Estados⁴⁶;

38 Art 20, VI, Constituição Federal/88.

39 Art 20, VII, Constituição Federal/88.

40 Art 20, VIII, Constituição Federal/88.

41 Art 20, IX, Constituição Federal/88, sendo que o é garantida a *propriedade do produto da lavra* ao *concessionário* que explora, nos termos do Art. 176. Sobre o tema, tendo em conta a proteção dos bens ambientais, como já se ressaltou, o legislador constituinte foi insistente, tanto tendo em conta § 2º do Art. 225 e § 3º do Art. 176, que ressaltam a obrigação de recuperar o ambiente degradado, como o inciso XVI do Art. 49, que faz depender de autorização exclusiva do Congresso Nacional a a pesquisa e lavra de riquezas minerais em terras ouvidas indígenas, ouvidas antes estas comunidades (Art. 231 § 3º). Também sobre o tema, ressalte-se que a Constituição assegura no § 1º do mesmo Art. 20, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

42 Art 20, X, Constituição Federal/88.

43 Art 20, X, Constituição Federal/88.

44 Art 20, XI, acrescentando-se que o dever de demarcá-las está afeito à União, por força do Art. 231 da própria Constituição. Depende, outrossim, ao teor do Art. 49, XVI, de autorização expressa do Congresso Nacional a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas em terras indígenas, ouvidas antes estas comunidades (Art. 231§ 3º).

45 Art. 26, I, Constituição Federal/88.

46 Art. 26, II, Constituição Federal/88.

r) as ilhas fluviais e lacustres não situadas nas zonas limítrofes com outros países, de propriedade dos Estados, ⁴⁷;

s) as terras devolutas não compreendidas entre as da União, de propriedade dos Estados⁴⁸.

Num plano intermediário, mas ainda dentro de um patamar de intensa força interventiva, há que se fazer referência, outrossim, ao *poder de desapropriação*, referido nos Art. 5º, inciso XXIV, para fins de *necessidade ou utilidade pública* ou *interesse social*, que pode ser exercido por quaisquer entes federativos, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, novamente mencionado no Art. 184, para fins de *reforma agrária*, no que diz respeito à União e no § 4º do Art. 182 como instrumento de *política urbana*, no que diz respeito ao Município, nestes casos substituído o dinheiro por títulos públicos resgatáveis a posteriori. Tal poder, que, ressalte-se, prescinde de complementação normativa no âmbito infra-constitucional, pode e deve ser utilizado para a garantir a preservação ambiental de áreas onde se faça necessário um completo controle público sobre os bens ambientais, tal como de fato é⁴⁹.

Também num plano intermediário, há que se fazer referência ao *poder-dever de planejamento e ordenação do exercício do direito de propriedade*, o qual envolve tanto ações destinadas a consolidar a afetação ambiental dos bens de propriedade pública, envolvendo políticas públicas de legítimo *gerenciamento ambiental destes bens públicos*, abrangendo sua *preservação*, como ações que estabelecem autênticas *limitações ambientais ao uso da propriedade privada*. Este *poder-dever de planejamento e ordenação* encontra referência em vários pontos da Constituição, abrangendo importante ações estratégicas:

a) definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão

47 Art. 26, III, Constituição Federal/88.

48 Art. 26, IV, Constituição Federal/88 que ao teor do § 5º do Art. 225, Constituição Federal/88, são indisponíveis quando se revelem necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

49 Vide Decreto-Lei 3.365/1941, que trata das desapropriações por interesse público, Lei n. 4.132, de 10 de Setembro de 1962, que define desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação e a Lei n. 9.985, de 18 de Julho de 2000, que institui o SNUC- Sistema Nacional de Unidades de Conservação e dispõe sobre a desapropriação ambiental.

permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção⁵⁰;

b) elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território⁵¹;

c) instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso⁵²;

d) instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos⁵³;

e) instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum⁵⁴;

f) promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano⁵⁵.

O que defluiu, como consequência do exercício destes distintos poderes de ordenação, assim como dos demais poderes de intervenção, com intensidade amenizada pela necessidade de respeito aos *direitos individuais de propriedade* insculpidos no Art. 5º, XXII é assim, no ponto mais meridional da escala de intensidade, um conjunto de autênticas *limitações administrativas ambientais* pelas quais, o exercício deste *direito individual de propriedade* pode ser direcionado pelo Poder Público para o cumprimento específico de suas funções ambientais, materializando mais concretamente assim o *dever de preservação do meio ambiente para as gerações presentes e futuras* que já clausula, *ab initio*, o exercício do direito de propriedade à contribuir para a garantia do direito ao meio ambiente.

50 Competência comum de todos os entes federativos fundada no inciso III do § 1º do Art. 225 e que constitui uma das balizas mestras para a instauração de políticas ambientais.

51 Competência da União, nos termos do Art.21, inciso IX.

52 Competência da União, nos termos do Art.21, inciso XIX.

53 Competência da União, nos termos do Art.21, inciso XX.

54 Competência dos Estados, mediante lei complementar, nos termos do Art. 25, § 3º.

55 Competência dos Municípios, nos termos do Art. 30, inciso VIII, que encontra especificação no Artigo 182 especialmente em seu § 2º estabelece que propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

2.3.3. Deveres-Poderes de Intervenção nas Atividades Econômicas

A exemplo da intervenção sobre o direito de propriedade, também em distintos níveis de intensidade, a Constituição Federal consagra prerrogativas de intervenção estatal sobre as *atividades econômicas*, o qual abriga, em última análise, sob os auspícios do princípio da *livre iniciativa*, o direito de *empreender*, mobilizando natureza, capital e trabalho com o objetivo de produzir *bens e serviços* para oferecê-los à população.

Também assim como ocorre em relação aos direitos de propriedade, no ponto mais alto desta *escala de intervenção*, observa-se que, em relação a algumas atividades econômicas, a *ordem constitucional* houve por bem suprimir drasticamente a possibilidade de seu exercício pelos agentes privados, reservando inafastavelmente esta prerrogativa para determinados entes federativos. Tal ocorre, em termos absolutos, com os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza, assim como a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minerais nucleares e seus derivados, reservados à União⁵⁶.

Regime similar, ora amenizado⁵⁷, refere-se ao bem ambiental não renovável que se constitui *motor paradigmático da sociedade industrial*, cujo esgotamento completo é preconizado para o presente século: o *petróleo*. Neste compasso, o Art. 177 proclama o monopólio da União sobre a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos (inciso I), assim como sobre a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro (inciso II), bem como sobre a importação e exportação dos produtos que se constituem em derivados básicos das atividades de refino de petróleo, gás natural e hidrocarbonetos (inciso III) e sobre o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte,

56 Nos termos do Art.21, inciso XXIII, alíneas “a”, “b” e “c”, além do Art 177, V e seu “§ 3º, bem como o § 3º do Art. 5º”, **ressalvando-se como única exceção a este sentido absoluto** a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos medicinais, agrícolas, industriais e atividades análogas, que pode ser autorizada aos agentes privados sob regime de concessão ou permissão referida na alínea “b” do inciso XXIII do Art.21. A identidade deste monopólio com os devastadores efeitos ambientais e com a garantia da paz mundial são indeclináveis.

57 Por força da emenda constitucional nº 9, de 09/11/95.

por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural⁵⁸ de qualquer origem (inciso IV).

Os “§ 1º e “§ 2º, incisos I, II e III do mesmo artigo permitem que a União possa contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV, observadas as condições estabelecidas em lei federal, a qual deverá, dispondo sobre as condições de contratação e sobre a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União, garantir condições para o efetivo fornecimento dos derivados de petróleo para todo o território nacional. Esta *amenização*, que tem o escopo de estimular o aumento da produção, institui verdadeiro regime intermediário entre o monopólio da atividade e os institutos de direito administrativo consagrados historicamente para finalidade similar: autorização, permissão ou concessão, em muito se aproximando do último .

Numa escala de intervenção de intensidade intermediária, reserva a ordem constitucional, outrossim, a prerrogativa sobre certos serviços para os entes públicos, sem prejuízo da possibilidade de serem exercidos por agente privado, mediante os referidos institutos da *autorização, permissão ou concessão*. Em todos eles, implicitamente, a questão da preservação ambiental deve ser considerada, tendo em conta a potencialidade destes serviços de interferir sobre os bens ambientais, de sorte que o acometimento desta prestação aos agentes privados haverá incluir cláusulas de garantia da *incolumidade do bem ambiental*, o que efetivamente vale também para o *monopólio petrolífero* supra referido. Estes *deveres-poderes* podem ser destacados em distintos pontos da Constituição, envolvendo prerrogativas tais como:

- a) autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico⁵⁹;
- b) explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços e instalações de energia elétrica⁶⁰;

58 Com relação ao gás natural cumpre ressaltar que, ao teor do § 2º “do Art. 25, cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.”

59 Competência da União, nos termos do Art. 21, VI.

60 Competência da União, nos termos do Art. 21, XII, “b”.

c) explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos ⁶¹;

d) explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária ⁶²;

e) explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território ⁶³;

f) explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros ⁶⁴;

g) explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os portos marítimos, fluviais e lacustres⁶⁵;

h) explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei⁶⁶;

i) organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial⁶⁷.

Num plano da intensidade mínima, no que diz respeito à intervenção sob a forma de exploração direta de atividade econômica pelo Estado, não há como deixar de fazer referência à peculiaridade de que, ao teor do Art. 173, *ressalvados os casos previstos na Constituição, esta exploração só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definido em lei*⁶⁸. Assim, o Estado pode intervir no domínio econômico privado, mesmo sem a prerrogativa do monopólio, simplesmente exercendo

61 Competência da União, nos termos do Art. 21, XII, “b”.

62 Competência da União, nos termos do Art. 21, XII, “c”.

63 Competência da União, nos termos do Art. 21, XII, “d”.

64 Competência da União, nos termos do Art. 21, XII, “e”.

65 Competência da União, nos termos do Art. 21, XII, “f”.

66 Competência dos Estados, nos termos do Art. 25. § 2º.

67 Competência do Município, nos termos do Art. 30, V.

68 Seja como for, neste extremo de atuação do Estado se faz forte o princípio da livre iniciativa, referido no caput do Art. 170, reforçado pelo § único do mesmo artigo, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

algumas atividades econômicas. Esta circunstância, como se vê, tem caráter de excepcionalidade, e deflui da lei ou da própria Constituição.

No âmbito desta singela forma de intervenção se incluem todos os serviços que resultam de *deveres-poderes do Estado*, mas que não constituem prerrogativa exclusiva deste, como é o caso, v.g, dos serviços de saúde, livremente autorizados à iniciativa privada (Art. 199), ou mesmo, no que diz respeito à nossa temática, todos os serviços que envolvem os deveres de atuação do Estado antes referidos não vedados aos agentes privados. Peculiaridade comum a todos eles é a intervenção branda, indireta, sobre o domínio econômico, mas de forma alguma desprezível, seja pela peculiaridade da inserção de concorrente público, eventualmente gratuito, aos serviços privados, seja porque o custeio de tais serviços implique em necessidade de captação de recursos por meio dos instrumentos de *direito financeiro e tributário*, que tem como corolário inevitável a inserção de encargos para o sistema econômico privado⁶⁹.

Também num plano intermediário, tal como ocorre na intervenção sobre o direito de propriedade, há que se fazer referência ao *poder-dever de planejamento e ordenação do exercício das atividades econômicas*. A Constituição, por força do Art. 174, confere ao Estado papel de *agente normativo e regulador da atividade econômica*, que exercerá esta prerrogativa, na forma da lei, incluindo funções de fiscalização, incentivo e planejamento, este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Este *dever-poder de planejamento e ordenação* encontra referência em vários pontos da Constituição, implicitamente relacionadas com a proteção do meio ambiente:

- a) elaborar planos nacionais e regionais de desenvolvimento econômico e social⁷⁰, compatibilizados na forma de lei específica com o fim de estabelecer um desenvolvimento nacional equilibrado⁷¹;
- b) estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação⁷²;
- c) estabelecer plano nacional de reforma agrária⁷³;

69 Os deveres-poderes financeiros e tributários serão abordados infra.

70 Competência da União, nos termos do Art.21, inciso IX CF/88.

71 Art. 174 § 1º CF/88.

72 Competência da União, nos termos do Art.21, inciso XXI, CF/88.

73 Competência da União, implícita no Art. 188, CF/88.

- d) estabelecer política agrícola⁷⁴;
- e) cumprir o plano nacional de educação, estabelecido em lei, que abrigará ações que conduzam a promoção humanística, científica e tecnológica do País⁷⁵;
- f) articular a ação do governo em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais⁷⁶;
- g) promover e incentivar o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico⁷⁷.

Todavia, a intervenção nas atividades econômicas não se esgota no planejamento. É que, além do desenvolvimento econômico, a Constituição sinaliza a proteção de outros valores ainda mais caros, como a vida e a manutenção do meio ambiente, essencial à ela. Destarte, na confluência destes dois vetores, o desenvolvimento econômico há de adequar-se à necessidade de preservação do meio ambiente, seja porque se tenha de priorizar, no plano ético, a preservação da vida à preservação dos volumes monetários, seja porque a própria Constituição se manifeste de forma explícita sobre esta preferência ao configurar, nos incisos IV e V do § 1º do Art. 225 dois deveres-poderes ambientais de intervenção direta sobre a atividade econômica privada de forte intensidade, comuns a todos entes federativos, quais sejam:

74 O Art. 187, que estabelece que a mesma será estabelecida em lei, levando em conta, entre outros fatores, instrumentos creditícios e fiscais (inciso I), preços compatíveis com custos de produção e garantia de comercialização (inciso II), incentivo à pesquisa e à tecnologia (III). Embora em nenhum dos sete incisos tal seja mencionado, deflui da sistemática da Constituição que a *agricultura há de ser sustentável*, tanto porque a *incolumidade do meio ambiente constitui princípio constitucional inafastável*, tanto porque o § 2º do mesmo artigo recomenda compatibilizar a política agrícola e de reforma agrária, a qual se funda justamente na *função social do imóvel rural*, que ao teor do Art. 185, incisos I e II só é cumprida a partir de um aproveitamento racional e adequado e da utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente.

75 Competência comum, nos termos do Art. 214, especialmente tendo em conta o inciso V, que há de abrigar a educação ambiental, com força no Art. 225, inciso VI, em todos os níveis.

76 Competência da União, nos termos do Art.43, seus parágrafos e incisos respectivos, a ser exercida com base em Lei Complementar específica, que poderão compreender incentivos regionais tais como prioridade para o aproveitamento econômico e social dos rios e das massas de água represadas ou represáveis nas regiões de baixa renda, sujeitas a secas periódicas.(§ 2º, IV) onde , a União incentivará a recuperação de terras áridas e cooperará com os pequenos e médios proprietários rurais para o estabelecimento, em suas glebas, de fontes de água e de pequena irrigação (§ 3º).

77 Nos termos do Art. 180, competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

a) exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

b) controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

Estes deveres-poderes são reafirmados, reforçados, ainda através de outros deveres-poderes de mesmo tipo expressos pela Constituição:

a) controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos⁷⁸;

b) fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano⁷⁹;

c) participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos⁸⁰;

d) fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético⁸¹;

e) estabelecer as áreas e as condições para o exercício da atividade de garimpagem, em forma associativa⁸²;

f) registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios⁸³.

Todos estes *deveres-poderes* só fazem, assim, realçar a singularidade de que a ordem econômica, a partir das normas que dão concretude a estes deveres-poderes ambientais, resta com seu escopo de atuação sujeito à constantes e intensas limitações dos organismos administrativos, permitindo que se possa referir, com propriedade e fundamento, à existência de *deveres-poderes administrativos* de intervenção ambiental no domínio econômico privado.

Não há como deixar de fazer referência, ainda, a uma forma de especial de *intervenção no domínio econômico* notadamente peculiar - que envolve o próprio

78 Art. 200, I, competência do sistema único de saúde, do qual fazem parte todos os entes federativos.

79 Art. 200, VI, competência do sistema único de saúde, do qual fazem parte todos os entes federativos.

80 Art. 200, VII, competência do sistema único de saúde, do qual fazem parte todos os entes federativos.

81 Art. 225, § 1º, II, segunda parte, competência comum dos diferentes entes federativos.

82 Art. 21 XXV, competência da União.

83 Art 23, inciso XI, competência comum de todos os entes federativos.

gasto de dinheiro público, que inevitavelmente acaba por constituir-se em direcionamento da economia, ainda que não seja, necessariamente, de fato, esta a intenção dos agentes públicos envolvidos. Opera-se no âmbito do Direito Financeiro, cujo foco principal envolve essencialmente normas que estabelecem requisitos e procedimentos para autorização dos gastos públicos, e dentre elas mais especialmente a Lei Orçamentária anual, votada em cada um dos entes federativos com o fim único de autorizar as despesas do ano vindouro, onde há que se ter claro duas premissas:

- a) todos os deveres e deveres-poderes do Estado que envolvam atuação ativa na preservação do meio ambiente só podem ser exercidos adequada e ordinariamente na medida em que a própria lei orçamentária autorize os respectivos gastos;
- b) sempre que não ocorrer a imputação da obrigação de reparar os danos ambientais aos respectivos causadores privados, ou quando a mesma for ineficaz, tal situação implicará em ter como única via para restauração do ambiente o próprio orçamento público, o que significa, de outra banda, socializar o prejuízo da ação danosa ao bem comum.

Estas premissas remetem de imediato a outro debate, qual seja o da eventual colisão entre dever da proteção ambiental, corolário do direito fundamental constitucional e o dever de cumprimento das regras que buscam o equilíbrio e o controle das contas públicas, que também é de natureza constitucional⁸⁴. Embora este opúsculo não tenha por foco este debate, que longe está de ser singelo, há que se ter claro que não se pode pretender que as regras do orçamento possam ser, a priori, óbices intransponíveis para a garantia de qualquer direito fundamental de natureza constitucional, ainda mais do Direito ao Meio Ambiente. O que se deve fazer, a priori, é não perder de vista que as *leis orçamentárias*, ainda que votadas anualmente em cada ente federativo por ordem da Constituição Federal, não são mais que meras leis ordinárias e que, como tais, não podem afrontar a própria Constituição Federal, que, também a priori, é norma hierarquicamente superior. Neste contexto, posta a mais elementar das hierarquias, revelam-se sempre falsos os dilemas que pretendem opor os limites formais do orçamento aos direitos fundamentais constitucionais. Ademais, quando o orçamento é votado, tal ato por si só não gera dinheiro para os cofres públicos, apenas autoriza – e em regra requer sequer obriga – o executivo a empregar dinheiro arrecadado pelos diferentes tipos de receitas públicas. Nesta

84 C.F. Art. 160 a 169.

perspectiva, quando é exercido o dever-poder judicial determinando atuação específica da administração pública a fim de garantir direito fundamental constitucionalmente garantido, simplesmente o que está ocorrendo é a correção do inadequado exercício de outros deveres-poderes, seja do executivo de agir, seja do legislativo de autorizar recursos. Trata-se da típica função do judiciário no equilíbrio de poderes: corrigir os demais Poderes quando suas atividades se manifestarem aquém do preconizado pela norma, situação costumeiramente mais visível quando são ultrapassados os limites normativos máximos do exercício de um poder, mas igualmente corrigível quando se apresente abaixo dos limites mínimos deste mesmo exercício de poder. É preciso não perder de vista que o silêncio pode matar tanto quanto a palavra.

Nesta perspectiva, é inevitável conceber o dever-poder de direcionar os gastos públicos para o atendimento dos direitos fundamentais, entre eles o próprio direito ao meio ambiente, assim como, além deste, o dever-poder de adquirir bens e serviços que apresentem mais baixa impactação ambiental, tanto por si como pelos seus processos de elaboração e prestação, tal como preconiza o inciso VI do Art. 170 da Constituição Federal transposto para o universo dos gastos públicos.

Por outro lado, assim como a atuação do Estado no contexto das *despesas* públicas constitui-se intervenção econômica inevitável, sua atuação universo das *receitas* públicas apresenta-se com efeitos interventivos ainda mais contundentes, ainda mais quando se tem em conta o supra-citado inciso VI do Art. 170, que sinaliza claramente a perspectiva de tratamento diferenciado a favor da defesa do meio ambiente conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

Para tanto, há que se ter claro que, no campo das receitas públicas, as prerrogativas arrecadatórias do Estado podem apresentar tanto uma *função arrecadatória* como uma *função extra-arrecadatória*, no sentido de que a oneração diferenciada sobre os diversos setores da economia tenha como efeito, mais do que a arrecadação em si, o próprio direcionamento da atividade econômica no sentido de estimular seu agente, pela oneração da atividade poluente, a buscar outros padrões produtivos.

Neste contexto, sobressai justamente a função *extra-arrecadatória* como meio de *internalizar* custos que sem estes encargos seriam *externalizados*, não computados no cálculo econômico do bem produzido, mas nem por isto menos danosos a terceiros, tal como bem lecionou Pigou (2013). No que tange à maté-

ria ambiental, assim, encargos sobre a atividade poluente, seja um tributo sobre poluição ou a cobrança pelo uso ou deterioração do bem público, entre os quais os *microbens ambientais*, podem servir para tornar o preço final do produto ou serviço poluente mais condizente com a realidade da poluição, ou mesmo para estimular mudanças no processo produtivo, nos padrões de produção e prestação de serviços, e num caso extremo, na própria opção por produzir.

Embora não seja função deste opúsculo aprofundar as distintas espécies tributárias do sistema brasileiro (impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições especiais e empréstimo compulsório), há que se ressaltar, quanto as mesmas, tal como comprova a brilhante tese de Liane Francisca Huning (2013), que todas elas possibilitam o exercício do dever-poder público relacionado ao tratamento tributário ambientalmente diferenciado, preconizado pelo supra referido Art. 170, VI da Constituição Federal.

Considerações Finais

A análise dos dispositivos que trazem os compromissos constitucionais brasileiros para garantir e salvaguardar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações permite afirmar, com fundamento no texto constitucional, na doutrina e na jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal, que a atual Constituição Federal traz o instrumental jurídico adequado para materializar um contexto normativo em que o deveres-poderes, adequadamente exercidos, permitem a salvaguarda ambiental, a serviço dos interesses da cidadania. Tal contexto, representado inicialmente pela configuração do direito ao meio ambiente como direito das presentes e futuras gerações, é completado com a explicitação de deveres-poderes constitucionais do Estado relacionados expressamente com a proteção ambiental.

Referências

BIRNFELD, Carlos André. **Arquitetura normativa da ordem constitucional brasileira**. Pelotas: Delfos, 2008.

HUNING, Liane Francisca. **A extrafiscalidade nos impostos brasileiros como instrumento jurídico-econômico para a promoção de defesa do meio ambiente**

ecologicamente equilibrado. 2013 [tese]. Doutorado em Direito - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul: PUCRS, Porto Alegre, 2013.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

PIGOU, A.C. **The Economics of welfare.** New York: Palgrave USA, 2013.

O Desafio da Mobilidade Urbana Sustentável: Uma Percepção do Transporte Motociclístico em Fortaleza

*Bleine Queiroz Caúla
Francisco Jacinês Gurgel Luz
Roselane Gomes Bezerra*

Introdução

A investigação acerca do transporte motociclístico em Fortaleza foi motivada pelo desafio percorrido pelo Estado e sociedade civil na prossecução de uma mobilidade urbana sustentável. Não obstante, essa sustentabilidade atravessa um caminho que envolve qualidade e bem-estar aliada à preservação do meio ambiente nas suas dimensões natural, artificial, cultural e do trabalho. O estudo é interdisciplinar, pois não está restrito à legislação de mobilidade urbana e de trânsito na medida em que envolve fatores comportamental, educacional e cultural.

A inquietação é justificada pela crescente e desordenada venda de motocicletas e os problemas subjacentes ao exercício do direito de circular, sob o aspecto viário e de transporte; O nível de deficiência dos governos na formação de políticas urbanas de transportes públicos são alguns dos indicadores propiciadores do agravamento do sistema de motociclismo e refletem na mobilidade urbana de Fortaleza, somada a uma “deseducação” dos brasileiros para o trânsito, nitidamente identificada pelo excesso de acidentes e da “indústria” de multas como medida coercitiva.

O tema envolve o Estado e a sociedade na busca de soluções urgentes, mormente o acesso ao crédito desordenado de motocicletas no Brasil em razão do baixo custo desse meio de transporte; da inexistência de uma faixa específica e sinalizada para as motocicletas e, principalmente, das infrações de trânsito cometidas pelos usuários desse meio de transporte, muitas vezes resultando em

óbito. No estudo são investigadas as causas historicamente presentes na condução da política governista com esteio na acessibilidade ou restrição de pessoas pelo espaço público – vias urbanas e não urbanas, protagonizadas pelo uso de motocicletas diante da existência ou não de políticas públicas.

O direito à circulação deverá ser respeitado e observado pelo Estado e por toda a sociedade civil, devendo o poder público desenvolver projetos a fim de delimitar as condições à mobilidade.

Apresentamos a seguir uma pesquisa descritiva, segundo o modelo proposto por Collis e Hussey (2005), na medida em que buscamos descrever o comportamento dos fenômenos, bem como obter informações sobre as características de uma determinada questão. Martins (1994) afirma ainda que esse tipo de pesquisa promove o estabelecimento de relações entre variáveis e fatos. Foi realizada também uma pesquisa bibliográfica e documental, abrangendo todas as espécies normativas admitidas pelo direito brasileiro, a exemplo da análise da Política Nacional de Mobilidade Urbana Sustentável e do Código de Trânsito Brasileiro.

A temática proposta neste artigo não se dirige exclusivamente aos especialistas na área, mas colima por um campo mais amplo de destinatários, qual seja a sociedade como um todo, esta detentora dos direitos sociais e beneficiária das políticas públicas de mobilidade urbana na sua total abrangência. Tema pertinente aos dias atuais face o reflexo direto dos seus efeitos no cotidiano das pessoas. O Estado tem responsabilidade de planejar e fiscalizar as ações que visem melhorar a mobilidade de todos os cidadãos, bem como arcar com os custos que demandam prestações – obrigação de fazer e de não fazer – para uma sustentabilidade urbana.

O artigo apresenta a seguir um tópico sobre a Política Nacional de Mobilidade Urbana – PNMU e na sequência será abordado o desafio da mobilidade urbana sustentável. Por fim, a guisa de conclusões, faremos uma exposição sobre educação para o trânsito e mobilidade urbana na cidade de Fortaleza.

1. A Política Nacional de Mobilidade Urbana - PNMU

No Brasil foi instituída a Política Nacional de Mobilidade Urbana – PNMU pela Lei nº 12.587/2012, buscando atuar na concretização de políticas nacionais sustentáveis, preconizando a participação social e a universalização do acesso

ao transporte público, bem como a construção de um desenvolvimento institucional e a modernização regulatória do sistema de mobilidade urbana¹.

Comporta uma crítica à Lei da Política Nacional de Mobilidade Urbana no que se refere a duas omissões: não especifica quais as punições e não define uma política de educação destinada à motivação dos atores sociais em participar do processo de mobilidade urbana. Esta não pode ser elaborada e planejada de forma compulsória pela Administração Pública que, embora regida pelo Princípio da Eficiência, padece ainda de muitas escolhas e decisões desprovidas de sustentabilidade econômica, ambiental e social.

A Lei nº 12.587/2012 representou uma esperança no sentido de trazer melhorias para os custos e dissabores incorridos pelos brasileiros em sua mobilidade urbana. Contudo, o normativo não permite um otimismo no que se refere à construção de uma mobilidade urbana sustentável que agrida menos o meio ambiente. São quatro as características necessárias para que uma lei alcance seus objetivos². As três primeiras, em linguagem figurada, são: garras, dentes e lábios. A quarta característica é que as três estejam alinhadas e coerentes com seus objetivos (SILVA, 2014).

Logo na sua origem, a citada Lei se revelou de pouca eficácia, não oferecendo esperanças de modificação nas recentes tendências de agravamento da crise, embora objetiva em suas diretrizes, estes raramente serão cumpridos, eis que a mesma deixou de estabelecer incentivos e punições para induzir comportamentos no sentido desejado. É a economia que nos ensina que as pessoas respondem a incentivos, positivos e negativos, e nisso a Lei da PNMU não nos legou, salvo a retórica das nossas antigas lições da tradição bacharelesca, pois,

-
- 1 Política Nacional de Mobilidade Urbana Sustentável colima, em seu Art. 7o, os seguintes objetivos: I - reduzir as desigualdades e promover a inclusão social; II - promover o acesso aos serviços básicos e equipamentos sociais; III - proporcionar melhoria nas condições urbanas da população no que se refere à acessibilidade e à mobilidade; IV - promover o desenvolvimento sustentável com a mitigação dos custos ambientais e socioeconômicos dos deslocamentos de pessoas e cargas nas cidades; e V - consolidar a gestão democrática como instrumento e garantia da construção contínua do aprimoramento da mobilidade urbana.
 - 2 Cfr. SILVA, Eduardo Fernandez (**Meio ambiente & mobilidade urbana**, 2014, p. 274) “a ideia das garras da lei significa que a norma deve diferenciar com clareza os comportamentos coerentes daqueles contrários a ela; os dentes se referem a instrumentos para morder ou apenar quem não a cumprir; os lábios significam que a lei deve conter incentivos [...] para motivar um comportamento das pessoas que permita alcançar os objetivos expressos”.

ausentes os mecanismos concretos de incentivos que possam transformá-las em políticas públicas efetivas (SILVA, 2014).

As políticas públicas no Estado democrático brasileiro é tema emblemático e inesgotável na medida em que a Constituição Federal de 1988 completa 26 anos e as políticas públicas de direitos sociais ainda não atingiram um nível de eficiência e de satisfatividade, mormente, a letargia da sociedade brasileira³ e a crescente corrupção que grassa as instituições, algo como comparado a uma institucionalização disfarçada que segue a história do Brasil desde o período das sesmarias, multiplicando e dimensionando ao longo dos tempos de forma proporcional ao desenvolvimento econômico e social de uma nação geograficamente complexa, dada as diversidades culturais e sociais.

Oportuno destacar a imbricação entre as políticas públicas, o Estado e a sociedade e a demanda de um replanejamento e reestruturação na forma de elaboração das políticas sociais, ambientais e econômicas. No entanto, a inobservância ao direito à informação pode “infectar a democracia”⁴ na medida em que os atores sociais estejam desprovidos do animus participativo ao pleno gozo da sua cidadania. Porém, suscita uma indagação e inquietação em saber quais os limites da democracia que se planeja para o Estado do século XXI?⁵

Edgar Morin (1997) quando pondera que através da problemática do entendimento na qual todos os problemas humanos possuem uma dimensão política, propõe o projeto político de civilização, ou uma política de civilização, que nada mais é nas palavras do autor do que uma “política do homem”.

Através de sua política multidimensional, busca resgatar a fraternidade e a liberdade de origem socialista, porém, visto na atualidade, apesar das dificuldades, tem agora como um desafio, melhorar as relações humanas, desde as relações interpessoais até as relações ao nível do planeta. Esclarece não

3 Acerca da Teoria do Agir Comunitário, ver Jurgen Habermas (**Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade**, 1997) quando defende que uma teoria crítica da sociedade não pode se resumir a uma descrição da relação entre norma e sociedade; antes de uma análise entre as pretensões normativas das ordens democrático-constitucionais e a facticidade de seu contexto social, é a intenção habermasiana reconstruir a “autocompreensão desses direitos”, a partir daquela perspectiva de imprimir uma nova abordagem à razão e aos processos de institucionalização da vontade.

4 Expressão utilizada por OTERO, Paulo (**A democracia totalitária: do Estado totalitário à sociedade totalitária. A influência do totalitarismo na democracia do século XXI**, 2001, p. 11) quando alerta para a possibilidade da democracia ser portadora de um vírus totalitário.

5 Ver OTERO, Paulo (**A democracia totalitária: do Estado totalitário à sociedade totalitária. A influência do totalitarismo na democracia do século XXI**, 2001, p. 13).

desconhecer os problemas clássicos que afligem a sociedade contemporânea, nem tampouco reduzi-lo, dissolvendo-os a política da civilização, no entanto, partindo, dessa feita, da ligação de todos eles, passariam a sua humanização, ou re-humanização das administrações públicas e das empresas, culminando com a re-humanização da vida cotidiana (MORIN, 1997).

A política de civilização, na ótica de Edgar Morin (1997, p. 151)⁶ seria formulada a partir dos seguintes imperativos:

- SOLIDARIZAR (contra a atomização e a compartimentação);
- REVITALIZAR (contra a anonimização);
- CONVIVER (contra a degradação da qualidade de vida);
- MORALIZAR (contra a irresponsabilidade e o egocentrismo).

Pretende com os imperativos resistir à desumanização das cidades e dos campos, através da elaboração da política regeneradora dos campos e uma nova política agrícola, elevando-a a um serviço da produção de qualidade, conjugado ao serviço de saúde pública. É perceptível que esse modelo de política de civilização, apresentado por Edgar Morin (1997), demanda um conjunto de ações por parte do Estado compartilhadas pelos entes privados na prossecução dos direitos fundamentais, notadamente os direitos sociais como saúde, educação, moradia, meio ambiente, alimentação e transporte⁷.

O Estatuto das Cidades, instituído pela Lei nº 10.257/2001, traz como diretriz da política geral urbana o direito às cidades sustentáveis, insculpida no direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações. Na visão de Maria Júlia Almeida da Silva Alves (2010)⁸ esse modelo de cidade é resultado de um longo processo de embates sociais, jurídicos e políticos envolvidos no combate às desigualdades econômicas, sociais e espaciais vivenciadas

6 MORIN, Edgar (A política de civilização. In: NAIR, Sami; MORIN, Edgar. **Uma política de civilização**. 1997, p. 151).

7 Tramita no Congresso Nacional a Proposta de Emenda Constitucional 90/11 que insere o transporte público como um direito social e altera a redação do artigo 6º da Constituição Federal de 1988. A PEC 90/11 foi aprovada na Câmara dos Deputados e encaminhada ao Senado desde 05/12/2013. Situação atual: aguardando retorno do Senado Federal. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=522343>. Acesso 29 dez 2014.

8 ALVES, Maria Júlia Almeida da Silva (**Direito às cidades sustentáveis: histórico, elementos e jusfundamentalidade à luz de Ronald Dworkin**, 2010, p. 6593).

pelas populações urbanas no Brasil, e no mundo, mais perceptível diante da explosão urbana verificada desde o século XX.

Bleine Caúla (2011, p. 43-44) pondera que “os limites orçamentários destinados à prestação dos serviços públicos aos cidadãos estão sendo debatidos pelos constitucionalistas sob a égide do princípio da reserva do possível. No circuito acadêmico norte-americano, tem-se utilizado a análise econômica do direito para compreender os problemas jurídicos, muito embora os direitos sociais não estejam consignados expressamente no texto constitucional americano”. Na interpretação da autora (2011, p. 44) “O termo eficiência perspectiva dar melhor emprego aos recursos orçamentários a fim de que se possa atingir o maior número de necessidades coletivas”.

A escassez ou indisponibilidade de recursos para o adimplemento dos direitos sociais tem sido o argumento utilizado para mitigar o controle judicial das políticas públicas, atribuindo-se, em primeira linha, ao legislador as opções políticas concernentes à afetação das reservas orçamentárias do Estado. Entretanto cumpre destacar que o princípio da competência orçamentária do Poder Legislativo não assume feições absolutas, mormente quando se está diante da concretização do *mínimo dignificante*, enquanto conteúdo mínimo ou núcleo essencial dos direitos fundamentais, particularmente, os de cunho social (VAZ, 2011)⁹.

Para José Afonso da Silva (2006, p. 183)¹⁰:

9 Sobre a temática, importa fazer referência a uma recente decisão em Agravo de Instrumento, proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (Brasil), que considerou o aparelhamento da polícia militar de um Município do interior da Bahia como elemento associado ao mínimo existencial, afastando a alegação de reserva do possível. “EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRELIMINAR DE NULIDADE - TUTELA ANTECIPATÓRIA CONCEDIDA SEMA OITIVA DA FAZENDA PÚBLICA - CIRCUNSTÂNCIAS QUE DEMONSTRARAM A NECESSIDADE DA MEDIDA - RELEVÂNCIA DO FUNDAMENTO DA DEMANDA E JUSTIFICADO RECEIO DE INEFICÁCIA DO PROVIMENTO FINAL - APLICAÇÃO MITIGADA DO ART. 2º DA LEI 8.437/92. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO À LEI FEDERAL 9.494/97 - REJEIÇÃO. PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - POLÍTICA SOCIAL DA SEGURANÇA PÚBLICA - OMISSÃO ADMINISTRATIVA - NEGAÇÃO DE DIREITO SOCIAL GARANTIDO CONSTITUCIONALMENTE - POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL. TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL - FALTA DE RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITO À VIDA - IMPLEMENTOS URGENTES E NECESSÁRIOS PARA A SEGURANÇA PÚBLICA DO MUNICÍPIO - MÍNIMO EXISTENCIAL QUE SE DEVE GARANTIR AOS INDIVÍDUOS - DIREITOS SUBJETIVOS A PRESTAÇÕES POSITIVAS PELO ESTADO QUE AFASTAM A RESERVA DO POSSÍVEL. DECISÃO MANTIDA”. TJ-BA, 2ª Câmara Cível, Relatora Desembargadora Maria do Socorro Barreto Santiago, DPJ 23/01/2009.

10 SILVA, José Afonso (*Direito urbanístico brasileiro*, 2006).

Os direitos sociais, enquanto dimensão dos direitos fundamentais, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado diretamente ou indiretamente, formuladas em normas constitucionais, que proporcionam superiores condições de vida aos necessitados, direitos que tendem a proporcionar a isonomia de situações sociais desiguais. Entretanto, a fragilização desses direitos tem perfeita pertinência com o *modus operandi* de como a sociedade vê e sente os direitos.

Acrescenta, ainda, ser impensável o mundo em que habitamos, continuar a humanidade no atual ritmo de autodestruição, permanecendo a empobrecer os solos, a desflorestar o planeta, a destruir os oceanos, a lançar os gases na atmosfera e a adicionar a cada ano milhões de seres humanos a alimentar.

O objetivo da política de civilização é a qualidade de vida, por meio da manifestação do bem viver, e não somente do bem estar, pois, reduzido este as suas condições materiais, inevitavelmente produzirá mal estar (MORIN, 1997)¹¹.

No próximo tópico analisaremos o desafio de uma mobilidade urbana sustentável bem como o transporte de motocicletas em Fortaleza, como lhe é inato, em interferência direta com a mobilidade urbana e no meio ambiente. Assim, faz-se imperativo termos em mente a categoria, inicialmente, de *mobilidade*, e que na concepção de José Afonso da Silva (2006, p. 183)¹² quando estabelece “O sistema viário é o meio pelo qual se realiza o *direito* à circulação, que é a manifestação mais característica do *direito de locomoção, direito de ir e vir e também de ficar* (estacionar, parar), assegurado na Constituição Federal”. Daí ser o sistema viário condição imprescindível ao exercício do objetivo urbano de circular, inclusive o de mobilidade econômica.

2. O Desafio de uma Mobilidade Urbana Sustentável

Inicialmente trazemos um conceito técnico de mobilidade urbana segundo a doutrina de Eduardo Fernando Silva (2014, p. 95) “se faz, em primeiro lugar, pela disposição no espaço das diversas funções urbanas, como moradia,

11 MORIN, Edgar (A política de civilização In: NAIR, Sami; MORIN, Edgar. *Uma política de civilização*. 1997, p. 153).

12 SILVA, José Afonso (*Direito urbanístico brasileiro*, 2006).

trabalho e lazer; depois, pelos diversos modos usados para chegar aos locais onde essas funções são exercidas”.

A partir de um conceito sustentável de mobilidade urbana, o Ministério das Cidades (2004, p. 13) afirma que “pode ser definida como o resultado de um conjunto de políticas de transporte e circulação que visa proporcionar o acesso amplo e democrático ao espaço urbano, através da priorização dos modos não-motorizados e coletivos de transporte, de forma efetiva, que não gere segregações espaciais, socialmente inclusiva e ecologicamente sustentável, ou seja, baseado nas pessoas e não nos veículos”¹³.

Somente ao Estado cabe a função urbanística de criar condições à circulação, pois é impossível a coexistência de aglomerado humano nos centros urbanos sem as vias de circulação. As políticas concernentes ao direito à circulação hão de ser criadas pelo poder público, a quem consiste formatar condições à mobilidade¹⁴.

O aglomerado de motos nas vias e redes do sistema viário, sem meios regulares de circulação, vem causando dificuldades, inconvenientes e a insegurança à população, este último fator de grande preocupação, haja vista, os acidentes de trânsito, podendo chegar a 65% das vítimas até 2020, de acordo com o demonstrado em 2004 pelo Relatório da Organização Mundial de Saúde - OMS se não forem criadas políticas de adequação e prevenção desse sistema modal de transporte¹⁵.

Deve-se ponderar a formação cultural dos condutores deste meio de transporte, que parecem possuir uma tendência quase natural, inata de transgredir as normas de trânsito, circulando deliberadamente em espaços outros, destinados a pedestres, ciclistas e automóveis. Somente no ano de 2013 foram lavrados pela Autarquia Municipal de Trânsitos – AMC, 8.209 autos de infrações tendo principalmente como causa a condução de motocicleta, juntamente com o pas-

13 Cfr. Cadernos Ministério das Cidades Mobilidade Urbana, 2004. Disponível em <http://www.cidades.gov.br/index.php/o-ministerio/biblioteca/242-cadernos-do-ministerio-das-cidades.html>. Acesso 8 Dez 2014.

14 Ver SILVA, José Afonso (**Direito urbanístico brasileiro**, 2006, p. 183).

15 Cfr. DUARTE, Fábio; SÁNCHEZ, Karina; LIBARDI, Rafaela. (**Introdução à mobilidade urbana**, 2012, p. 43).

sageiro sem capacete de segurança, faróis apagados e transportando crianças menores de 7 anos, conforme tabela 1¹⁶:

Tabela 1. Relatório Autuações Motocicletas da AMC

Infração	Quantidade
Estacionar em desacordo com a regulamentação - vaga de motocicleta/motoneta e ciclomotor	3
Conduzir motocicleta, motoneta e ciclomotor transportando carga incompatível	6
Conduzir motocicleta/motoneta/ciclomotor transportando pas. fora do assento	13
Conduzir motocicleta/motoneta/ciclomotor sem segurar o guidom com ambas as mãos	26
Conduzir motocicleta/motoneta/ciclomotor transportando criança menor de 7 anos	30
Conduzir motocicleta, motoneta e ciclomotor sem vestuário aprovado pelo Contran	30
Conduzir motoc/moton/ciclomotor fazendo malabarismo/equilibrandos e em uma roda	35
Conduzir motocicleta/ motoneta/ciclomotor transp.passag s/viseira/óculos proteção	38
Conduzir motocicleta/motoneta/ciclomotor c/ capacete s/ viseira/óculos proteção	259
Conduzir motocicleta, motoneta e ciclomotor com os faróis apagados	421
Conduzir motocicleta, motoneta e ciclomotor transportando passageiro s/ capacete	2860
Conduzir motocicleta, motoneta e ciclomotor sem capacete de segurança	4488
Total	8209

Fonte: Autarquia Municipal de Trânsito – AMC.

16 Dados coletados no sitio da Autarquia Municipal de Trânsito. Disponível em: <http://www.fortaleza.ce.gov.br/amc> Acesso 07 jan 2015.

Eduardo Fernando Silva (2014, p. 21)¹⁷ aduz:

A mobilidade urbana ou a movimentação de pessoas e coisas para dentro e para fora e para todos os cantos da cidade [...] raiz de diversos protestos populares no Brasil, é componente básico da qualidade de vida e impacta forte e negativamente o meio ambiente, gerando benefícios e custos elevados para a sociedade.

É em razão dos estilos de vida de grande parte dessas populações urbanas que surge toda essa dinâmica da movimentação das pessoas e coisas no planeta: 64% de todos os quilômetros viajados são urbanos, e essa proporção tende a aumentar, portanto a origem de diversos protestos populares no país é componente básico da qualidade de vida e impacta forte e negativamente o meio ambiente, gerando benefícios e custos elevados para a sociedade (LERNER et al, 2011 apud SILVA, 2014).

Uma vez mantidas as tendências dos últimos anos, as perspectivas da mobilidade não são favoráveis, por no mínimo três fatores: inicialmente, em razão do agravamento da situação na maioria das cidades, a exemplo, pelos altos custos dos investimentos associados às tentativas de minimizar o problema; e terceiro, por seus fortes impactos ambientais. Estudos revelam que os veículos em circulação no mundo sejam responsáveis por 23% do total da emissão de gases de efeito estufa no planeta, produzindo outros impactos negativos, haja vista, milhões e não milhares de mortes anuais em decorrência da poluição e outros milhares em razão dos acidentes (SILVA, 2014).

Para tanto, observar as causas do crescimento desordenado no comércio de motocicletas fazendo uma relação direta aos problemas que abordam a deficiência do transporte urbano coletivo é um bom começo, considerando a má qualidade na prestação desse serviço e as más consequências que daí resultam, a exemplo da crescente ocupação desses veículos nas vias públicas, que, diante da urgência em se chegar ao seu destino, desrespeitam, por vezes, espaços exclusivos de pedestres, calçadas, praças, enfim, os passeios públicos, colocando assim em risco não somente a sua vida, mas principalmente a dos demais transeuntes. Questões como estas devem ser levantadas para se alcançar efetividade nas

17 O autor (2014, p. 26) complementa: “A mobilidade cada vez mais se confunde com a mobilidade humana, pois é na cidade que vive a maior parcela da população e a cidade não existe sem seu entorno, que na atualidade é todo o planeta Terra em toda sua pequenez”.

ações que necessitam sim de uma forte presença do Estado na busca de soluções de curto, médio e longo prazo, mas principalmente carece de educação uma sociedade impaciente e imediatista, mas que espera por soluções.

2.1. O Transporte Motociclístico em Fortaleza

A cidade de Fortaleza possui a terceira maior frota de motos no País, perdendo apenas para São Paulo e Rio de Janeiro, conforme dados do Departamento Nacional de Trânsito (Denatran). Dados divulgados em 2012 revelam que no estado do Ceará já existem mais de 845 mil motocicletas, a maior quantidade do Nordeste¹⁸. Até outubro de 2014 foram emplacadas em Fortaleza 244.486 motocicletas¹⁹. Esses dados, por si só, reclamam a implantação de projetos eficazes de educação para o trânsito.

Outra preocupação alarmante é facilidade desse tipo de transporte para a prática crescente de crimes de roubos, furtos e homicídios devido à rapidez da fuga no trânsito e o uso do capacete que esconde o rosto do condutor dificultando a sua identificação pela vítima. Ou seja, um instrumento obrigatório de proteção à vida dos condutores de motocicletas tem também o viés de facilitar a prática de delitos, ao tempo em que promove uma insegurança na mobilidade urbana da cidade.

Não há dúvidas de que pessoas estão morrendo no trânsito em números alarmantes, interrompendo suas vidas ou modificando-as drasticamente, quando o acidente não fatal, deixa sequelas graves e irreversíveis. Estamos presenciando hospitais superlotados, médicos trabalhando incansavelmente para salvar vidas de vítimas desses acidentes, leitos de UTI's indisponíveis em todo o Estado do Ceará, a exemplo dos demais estados.

Dados da Secretaria de Saúde do Ceará - SESA²⁰ mostram que 566 pessoas morreram em acidentes motociclistas no Estado em 2011. Em 2010, foram

18 Dados revelados em matéria veiculada no Jornal Diário do Nordeste, em 13/03/2012. Disponível em <http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/cidade/capital-tem-a-3-maior-frota-o-pais-1.284390>.

19 Dados divulgados no site do DENATRAN. Disponível em <http://www.denatran.gov.br/frota2014.htm>. Acesso 8 dez 2014.

20 Disponível em <http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/cidade/capital-tem-a-3-maior-frota-o-pais-1.284390> Acesso 07 jan 2015. De acordo com a matéria, *em número de motos, Fortaleza perde apenas para São Paulo e Rio de Janeiro; já o Ceará tem a maior quantidade do Nordeste.*

690 vidas perdidas. Em Fortaleza, apenas de janeiro a outubro deste ano, 12.399 vítimas de acidentes de moto deram entrada no IJF, referência no atendimento de traumas, onde 64 foram a óbitos. Portanto, vemos que o os reflexos da mobilidade urbana vão além de um engarrafamento qualquer, pois a imprudência dos seus condutores leva a crescentes estatísticas de acidentes com óbitos, frequentemente divulgados pelos hospitais públicos de emergência, no caso regional através do Instituto Dr. José Frota (IJF).

As causas do elevado crescimento aliado ao acesso ao crédito promoverão a compreensão para as consequências danosas ao direito de circulação, à segurança dos usuários de motocicletas e ao meio ambiente. Fortaleza ainda padece da direção governamental que tenham um olhar crítico para os problemas ocasionados pela ausência de transporte coletivo de qualidade²¹ e principalmente em razão da falta de bom senso dos cidadãos motorizados.

Não obstante, a Constituição Federal de 1988 define que o transporte público tem caráter essencial e incumbe ao município a sua prossecução²². Verifica-se uma colisão de direitos – transporte coletivo, transporte individual e acesso ao crédito – cuja solução cobra uma ponderação do poder público. A exemplo comparativo, na Europa o transporte é um dos requisitos exigidos para a concessão do título de Capital Verde Europeia²³.

21 Cfr. BOMFIM, Zulmira Áurea Cruz (**Cidade e Afetividade**: estima e construção dos mapas afetivos de Barcelona e de São Paulo, 2010, p. 21) “Em Fortaleza, a prioridade da imagem de uma cidade turística para ser apreciada por aquele que vem de fora, em detrimento de políticas sociais que respondam às necessidades mais prementes de sua população, tem sido constante nas últimas administrações”.

22 Cfr. o **Art. 30**. Compete aos Municípios: [...] **V** - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

23 O Prêmio Capital Verde da Europa distingue anualmente as cidades que se encontram na vanguarda do meio urbano respeitador do ambiente e destina-se a inspirar as cidades europeias a tomarem medidas para se tornarem locais de residência, de trabalho e de visita mais atrativos e saudáveis — cidades próprias para viver. As candidaturas serão avaliadas em função de 12 indicadores: atenuação das alterações climáticas e adaptação aos seus efeitos; **transportes locais**; zonas verdes urbanas que integram uma utilização sustentável do solo; natureza e biodiversidade; qualidade do ar ambiente; qualidade do ambiente acústico; produção e gestão de resíduos; gestão da água; tratamento de águas residuais; ecoinovação e emprego sustentável; eficiência energética; gestão ambiental integrada. (grifo dos autores). Disponível em http://ec.europa.eu/portugal/comissao/destaques/20130627_premio_capital_verde_europa_2016_pt.htm. Acesso 02 dez 2014.

Nenhuma cidade promoverá a afetividade e felicidade²⁴ aos seus habitantes diante de um trânsito infernal em que sejam preteridos a qualidade e o bem-estar da coletividade. Na visa de Zulmira Bomfim (2010, p. 21)²⁵:

É notório o descaso das políticas governamentais em relação ao significado que o espaço urbano imprime na coletividade. As necessidades das populações dificilmente são ouvidas e a cidade e as localidades não são tratadas como extensão da identidade dos indivíduos no local.

A existência das motocicletas no sistema viário brasileiro é, principalmente, produto de seu baixo custo, como meio de trabalho, e como forma de compensação frente à incapacidade do transporte público coletivo nas grandes cidades brasileiras, realidade expressa nos motoboys e mototaxistas, que em sua grande maioria trafegam na clandestinidade. São significativas as apreensões de motos taxistas “piratas” em Fortaleza pela Empresa de Transporte Público de Fortaleza - ETUFOR, ou seja, até agosto deste ano foram recolhidas 56 delas.

No município de Fortaleza, o quantitativo de motocicletas já se faz notar na sua desproporcional circulação no mesmo sistema viário do transporte público coletivo e de automóveis. Levantamentos indicam que a frota de motocicletas em circulação no Brasil cresceu nos últimos 10 anos, nada menos que 246%, alcançando 18,5 milhões de unidades. Por outro lado, a frota de carros atingiu estatística menos significativo, de 65,3%, com 37,2 milhões de veículos²⁶.

Estudo acerca da violência no trânsito, promovido pelo Instituto Sangari, analisando 01 (um) milhão de certidões de óbito no mundo, demonstrou que o Brasil é o segundo país do mundo em vítimas fatais decorrentes de acidentes com motocicletas - 7,1 óbitos a cada 100 mil habitantes. O Mapa da Violência 2012 revela que somos superados apenas pelos indicadores do Paraguai com

24 A expressão feliz-cidade é utilizada por Espinosa: o precursor da ética e da educação ambiental com base nas paixões humanas. In: Moura Carvalho, I et.al. **Pensar o ambiente: bases filosóficas para a educação ambiental**. Brasília: MEC/UNESCO, 2006.

25 BOMFIM, Zulmira Áurea Cruz (**Cidade e Afetividade: estima e construção dos mapas afetivos de Barcelona e de São Paulo**, 2010, p. 21) pondera “isto confirma que o espaço urbano é, por excelência, um campo favorável ao desenvolvimento de ideologias e do poder hegemônico do Estado e das políticas governamentais, que quase sempre favorecem os detentores do poder econômico.

26 Disponível em:
<http://motordream.uol.com.br/noticias/ver/2012/05/07/brasil-e-o-segundo-no-ranking-de-vitimas-fatais-em-acidentes-de-motos->. Acesso 29 dez 2014.

7,5 óbitos por 100 mil habitantes, seguidos pela Tailândia, que aparece nesse ranking na terceira colocação, com taxa de 4,6 óbitos por 100 mil habitantes. A Colômbia vem em quarto, com 4,2 óbitos e o Chipre com o quinto lugar, com 3,7 óbitos. O mesmo estudo confere aos Estados Unidos, o décimo colocado do mapa com 1,7 óbitos a cada 100 mil habitantes²⁷.

Os patamares de violência em acidentes de trânsito no Brasil revela uma trágica situação, condena à morte no local do acidente cerca de 40% dos envolvidos nas ocorrências. Assim o crescimento desse meio de circulação no Brasil detém consideráveis dimensões, cujas novas aquisições demonstram um aumento de 846,5% na sua comercialização, sendo absurdo se comparadas com o de carros, 58,7%²⁸.

Estima-se que estes índices nos anos seguintes subam a tetos alarmantes, vez que só em 2012, mais de 13 mil brasileiros morreram nas ruas e avenidas do país em acidentes com motocicletas. Registraram-se em 2010, 13.452 vítimas fatais, contra 1.421 computados em 1996. Dentre as vítimas, 75% são homens e 40% entre 21 e 35 anos. Comparativamente, a taxa de vítimas com óbitos em acidentes com carros em 2010 foi de 11.405 pessoas, contra 7.188 de 1996²⁹.

Desde o primeiro Mapa da Violência, divulgado em 1998, os acidentes de transporte foram incluídos como mais um capítulo da mortalidade violenta. Oportuno esclarecer ainda o aparente contrassenso de incluir os acidentes de trânsito entre as violências, como continuamos a fazer ao longo dos anos. Conforme revela o Mapa da Violência 2013, entre 1980 e 2011, foram registrados perto de um milhão de óbitos nos diversos tipos de acidentes de trânsito acontecidos no país. O Sistema de Informação de Mortalidade do Ministério da Saúde - SIM/MS contabilizou, nesse período, exatas 980.838 mortes em acidentes nas vias públicas (WAISELFISZ, 2013, p. 7-20)³⁰.

27 Disponível em:

<http://motordream.uol.com.br/noticias/ver/2012/05/07/brasil-e-o-segundo-no-ranking-de-vitimas-fatais-em-acidentes-de-motos->. Acesso 29 dez 2014.

28 Disponível em:

<http://motordream.uol.com.br/noticias/ver/2012/05/07/brasil-e-o-segundo-no-ranking-de-vitimas-fatais-em-acidentes-de-motos->. Acesso 29 dez 2014.

29 Disponível em:

<http://motordream.uol.com.br/noticias/ver/2012/05/07/brasil-e-o-segundo-no-ranking-de-vitimas-fatais-em-acidentes-de-motos->. Acesso 29 dez 2014.

30 WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2013**: acidentes de trânsito e motocicletas. Disponível em http://www.mapadaviolencia.org.br/mapa2013_motos.php. Acesso 29 dez 2014.

O sistema viário faz nascer condição obrigatória ao exercício da função urbana de circular. Daí, no sistema viário verifica-se a análise de dois aspectos distintos, traduzindo-se no aspecto estático, referente à rede viária (infraestrutura viária que corresponde às redes, modalidades de transportes e suas instalações) e dinâmico, este diretamente relacionado aos transportes.

O Planejamento Urbano da Associação Internacional de Administradores Municipais, define o sistema viário urbano³¹:

O sistema viário forma a estrutura da cidade, constituindo, talvez, seu mais importante elemento. Este sistema determina, em grande parte, a facilidade, a conveniência e a segurança com que o povo se locomove através da cidade; estabelece o tamanho das quadras, constitui um canal para a luz e ar, bem como para a instalação das redes aéreas e subterrâneas. Nenhum outro elemento da composição material da cidade é tão permanente quanto suas ruas.

Em linhas gerais, tratando-se do direito de circulação, entendemos como a livre manifestação de vontade do cidadão usuário, poder deslocar-se através de um lugar para outro no espaço urbano, devendo a Administração Pública criar meios pelos quais essa atividade possa fluir regularmente, assegurando ao usuário, independente do meio de transporte que faça uso, o direito de passagem e de circulação pela via pública, tratando de impedir os óbices à tal exercício básico e elementar do direito de uso de uma via urbana.

Nessa esteira, o direito à mobilidade urbana somente se perfaz com a criação de uma estratégia política, onde o Estado, personificando o papel da Administração Pública, no dizer de Pedro Escribano Collado (1973, p. 358)³², obrigar-se-á a possuir “uma faculdade geral para regulamentar a circulação, que se define como a competência que determina os meios, através dos quais se exercita o direito de circular em cada via urbana, e as normas que regulam a circulação reconhecida”.

31 Apud SILVA, José Afonso (*Direito urbanístico brasileiro*, 2006, p. 183).

32 ESCRIBANO COLLADO, Pedro. Las vias urbanas – Concepto y Régimen de Uso apud José Afonso da Silva (*Direito urbanístico brasileiro*, 2006, p.183).

3. Educação de Cidadania no Trânsito

O trânsito é hoje tema de complexidade, mas que demanda o debate interdisciplinar. São tímidas as iniciativas políticas de “educação para o trânsito”³³, pois as medidas são compulsórias sob a proteção do poder de polícia da Administração Pública. Tomemos como exemplo o Município de Fortaleza que vem implantando as ciclovias e a pista exclusiva para ônibus, seguindo o modelo de São Paulo. No entanto, os munícipes estão recebendo multas sem, contudo, receberem um esclarecimento ou medida educativa para o novo modelo implantando nas avenidas principais de Fortaleza.

Aliada à imprudência dos condutores de veículos e motocicletas, a ausência de medidas educativas para o trânsito constitui uma das agravantes para o elevado índice de sinistros, infrações e óbitos. Assim como o Código de Trânsito Brasileiro - CTB (instituído pela Lei nº 9.503/1997), a Lei nº 11.705/2008, popularmente conhecida como Lei Seca, também não obteve os resultados esperados sem que haja uma motivação para a educação no trânsito. Composta de apenas nove artigos, a Lei Seca apresenta falhas e não conseguiu ser um inibidor para os acidentes de trânsito, mesmo estando em vigor há cinco anos, ao ponto de motivar a aprovação da Lei nº 12.760/2012 que dispõe sobre outras medidas coercitivas que ultrapassam o dispositivo constitucional da não produção de prova contra si, mas sem a previsão de uma cultura educativa destinada à cidadania no trânsito. Mais uma medida compulsória que não viabiliza uma mudança comportamental de forma participativa, paritária e civilizada³⁴.

No tocante ao transporte motociclístico, José Eduardo Gonçalves, diretor executivo da Associação Brasileira dos Fabricantes de Motocicletas – Abraci-clo entende que as causas dos sinistros vão desde a ausência de uma legislação

33 Comporta ressaltar o Programa Educação para o trânsito desenvolvido pelo Projeto Cidadania Ativa da Universidade de Fortaleza que já promoveu palestras educativas para jovens que ainda não possuem a carteira de habilitação. A prática de exercício da Cidadania comporta 31 programas de educação jurídica comunitária e foi agraciada, no ano de 2008, com o V Prêmio Innovare do Ministério da Justiça e será publicada a obra em 2015, sob a organização de Bleine Queiroz Caúla e Ana Paula Araújo de Holanda (advogadas premiadas) e Valter Moura do Carmo, em homenagem ao fundador do Instituto Innovare, ex-ministro da justiça Márcio Tomaz Bastos (in memoriam). Disponível em <http://www.premioinnovare.com.br/premiacoes/edicao-v-2008/>. Acesso 07 jan 2015.

34 Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 5.525/2009 para criar o Plano Nacional de Redução de Mortes e Lesões no Trânsito.

rigorosa com a classe dos motociclistas, ausência de vias adequadas e por fim, a inexistência imperativa de treinamento especial para seus usuários³⁵.

No ano de 2014 foi sancionada a Lei 12.997 que acrescenta §4º ao art. 193 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, e passa a considerar perigosas as atividades de trabalhador em motocicletas. A lei é objeto de críticas, pois estabelece o adicional de 30% sobre o valor do salário dos motoboys e moto-taxistas e há riscos de gerar desemprego nessa área ou gerar aumento dos custos dos serviços³⁶.

Não obstante, estudos exibidos pelas principais fontes que tratam especialmente da matéria, como a Revista dos Transportes Públicos nº 96 (julho/setembro 2002), dão conta dos aspectos negativos da motocicleta, tanto em sede de fluxo como em sede ambiental, na medida em que gera o maior índice de poluição entre os três meios de transportes verificados – ônibus, automóvel e moto, isto sem mencionar a relação da área de via ocupada pelo mesmo (espaço ocupado para a realização de manobras)³⁷.

Edgar Morin³⁸ (1997, p. 16) pondera que “a vida urbana não traz só vantagens e liberdades. Traz igualmente a desintegração das antigas solidariedades e a atomização dos indivíduos. O bem-estar também acarreta mal-estar”.

As nossas sociedades parecem estar lançadas para um futuro indecifrável adverte para necessidade de reagir contra esta imensa vertigem histórica e pontua: “É preciso alterar o ritmo. Há que pôr ordem na desordem. É necessário mudar o presente. Redefinir a vida em comum, elaborar uma verdadeira política de civilização”. Na realidade, o autor defende um renascimento que restabeleça o ser humano como meio, fim, objeto e sujeito da política (MORIN, 1997).

35 Disponível em:

<http://motordream.uol.com.br/noticias/ver/2012/05/07/brasil-e-o-segundo-no-ranking-de-vitimas-fatais-em-acidentes-de-motos->. Acesso 29 dez 2014.

36 A proposta original (PLS 193/2003) argumentava que há uma morte a cada 20 minutos entre profissionais como motoboys, mototaxistas e carteiros que usam motocicleta na entrega de correspondência. O autor da propositura de lei afirmou que o acréscimo na remuneração permitirá que esses trabalhadores invistam mais em equipamentos de segurança. Disponível em <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2014/06/20/motoboy-passam-a-ter-direito-a-adicional-de-periculosidade>. Acesso 07 de jan 2015.

37 Cfr. DUARTE, Fábio; SÁNCHEZ, Karina; LIBARDI, Rafaela (**Introdução à mobilidade urbana**, 2012, p. 45).

38 MORIN, Edgar (Em busca dos fundamentos perdidos In: NAIR, Sami; MORIN, Edgar. **Uma política de civilização**. 1997, p. 16).

No que preceitua a melhor literatura especializada, as mazelas da desorganização política é fruto do isolamento social, da pobreza do Brasil, e da ausência ou subutilização, quando, não, desvio de recursos destinados a políticas públicas, somados a debilidade emocional caracterizadora da pessoa humana, mas sobremaneira pela mesquinhez de interesses fisiologistas de maneira quase generalizada do quadro político nacional (LEAL, 1986).

Nessa esteira, Zulmira Bomfim (2010, p. 22)³⁹ questiona se existe solução e viabilidade para uma grande parcela da população urbana nas cidades pós-industriais e pós-modernas em processo de exclusão social? A cidade pode ser um caminho ético, político e afetivo? Ainda, na visão de Zulmira Bomfim (2010, p. 36) “as macro decisões são aquelas comandadas pelos gestores públicos. Eles decidem a trama urbana que, na maioria das vezes, não satisfazem às necessidades antropológicas socialmente elaboradas”.

Considerações Finais

A essência do quadro atual que se nos apresenta poderia ser mitigado, inicialmente, com a existência de campanhas voltadas para a redução no uso da motocicleta, isso se faz imperativo como imprescindível diante da variedade de óbices levados a efeitos à mobilidade urbana com riscos ao meio ambiente, pois, trata-se de um meio de transporte diminutamente sustentável, como bem antes demonstrado.

Ainda, nessa esteira, há de se criar políticas públicas como programa de reestruturação urbana que comporte um sistema viário adequado para o aumento desproporcionalmente crescente na frota de motocicletas, integrado com outros sistemas modais, para somente, assim, viabilizar um fluxo ordenado e racional de trânsito na cidade de Fortaleza. Tal programa deverá permitir, igualmente, a proposição de que motocicletas circulem dentro de faixas sinalizadas, criadas e adaptadas, portanto para o sistema de motociclismo.

Por fim, esta mesma política pública, sabedora de ser um veículo consideravelmente poluente, onde permanecerá a conquistar o mercado, dada a relação custo benefício, implementar programas governamentais que estabele-

39 BOMFIM, Zulmira Áurea Cruz (*Cidade e Afetividade: estima e construção dos mapas afetivos de Barcelona e de São Paulo*, 2010).

leçam aos fabricantes a obrigatoriedade de medidas tecnológicas para a redução dos gases poluentes.

No nosso entendimento, dentre os problemas da mobilidade urbana em Fortaleza oportuno ressaltar a falta de políticas que desenvolvam com mais eficácia o transporte público de qualidade, integrando a cidade e toda a região metropolitana com um sistema eficiente de metrô e ônibus.

Referências

ALVES, Maria Júlia Almeida da Silva. Direito às cidades sustentáveis: histórico, elementos e jusfundamentalidade à luz de Ronald Dworkin. Artigo apresentado no **XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, realizado em Fortaleza – CE, 2010, p. 6593-6614. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3373.pdf>. Acesso 8 Dez 2014.

BOMFIM, Zulmira Áurea Cruz. **Cidade e afetividade**: estima e construção dos mapas afetivos de Barcelona e São Paulo. Fortaleza: UFC, 2010.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Institui o Estatuto das Cidades.

BRASIL. Lei nº 12.997, de 18 de junho de 2014. Acrescenta § 4º ao art. 193 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para considerar perigosas as atividades de trabalhador em motocicleta.

BRASIL. Lei nº 9.503/1997, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro.

BRASIL. Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que ‘institui o Código de Trânsito Brasileiro’ e estabelece alcoolemia 0 (zero) e de impor penalidades mais severas para o condutor que dirigir sob a influência do álcool.

BRASIL. Lei nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro.

BRASIL, Lei nº 12.587, de 03 de janeiro de 2012. Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana.

CAÚLA, Bleine Queiroz. Análise da aplicabilidade das normas ambientais nas constituições brasileira e portuguesa. In: **O direito constitucional e a independência dos tribunais brasileiros e portugueses: aspectos relevantes**. MIRANDA, Jorge (Org.) CAÚLA, Bleine Queiroz (Coord.). Lisboa: Juruá, 2011, p. 13-76.

DUARTE, Fábio; SÁNCHEZ, Karina; LIBARDI, Rafaela. **Introdução à mobilidade urbana**. Curitiba: Juruá, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre Facticidade e Validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Vols. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismos, enxada e voto**. São Paulo: Alfa Ômega, 1986.

MINISTÉRIO DAS CIDADES. Política nacional de mobilidade urbana sustentável. Brasil - Brasília, DF. [s.n.]. 2004. v. 6, 72 p. (Coleção Cadernos MCidades). Disponível em <http://www.cidades.gov.br/index.php/o-ministerio/biblioteca/242-cadernos-do-ministerio-das-cidades.html>. Acesso 8 Dez 2014.

MORIN, Edgar. A política de civilização. In: NAIR, Sami; MORIN, Edgar. **Uma Política de Civilização**. Lisboa: Piaget, 1997, p. 133-169.

MORIN, Edgar. Em busca dos fundamentos perdidos. In: NAIR, Sami; MORIN, Edgar. **Uma política de civilização**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 11-41.

OTERO, Paulo. **A democracia totalitária: do Estado totalitário à sociedade totalitária**. A influência do totalitarismo na democracia do século XXI. Cascais: Principia, 2001.

Prêmio Capital Verde da Europa. Disponível em http://ec.europa.eu/portugal/comissao/destaques/20130627_premio_capital_verde_europa_2016_pt.htm. Acesso 02 dez 2014.

RODRIGUES, Wagner de Oliveira. Desafios legais e fáticos na efetivação da gestão urbana participativa: o plano diretor de Campos dos Goytacazes. Artigo apresentado no **XVI Encontro Preparatório do CONPEDI/FDC - Campos dos Goytacazes, Rio de Janeiro, 2007**: Disponível em <http://www.conpedi.org>.

br/manaus/arquivos/anais/campos/wagner_de_oliveira_rodrigues.pdf. Acesso 8 Dez 2014.

SILVA, Eduardo Fernandez. **Meio ambiente e mobilidade urbana**. São Paulo: Senac, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SAWAIA, Bader Burihan. Espinosa: o precursor da ética e da educação ambiental com base nas paixões humanas. In: Moura Carvalho, I et.al. **Pensar o ambiente: bases filosóficas para a educação ambiental**. Brasília: MEC/UNESCO, 2006.

MIRANDA, Jorge (Org.) CAÚLA, Bleine Queiroz (Coord.). **O direito constitucional e a independência dos tribunais brasileiros e portugueses: aspectos relevantes**.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2013: acidentes de trânsito e motocicletas**. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em http://www.mapadaviolencia.org.br/mapa2013_motos.php. Acesso 29 dez 2014.

A Energia Eólica - Os dois lados da moeda: Análise do Caso de Aracati-Ceará

Alexandre de Oliveira Alcântara

Bleine Queiroz Caúla

Max Bruno da Frota Urtiaga

“- Olhe bem Vossa Mercê –disse o escudeiro-, que aquilo não são gigantes, são moinhos de vento; e o que parecem braços não são velas, que tocadas do vento fazem trabalhar as mós.

- Bem se vê- respondeu Dom Quixote – que não andas corrente nisto das aventuras; são gigantes, são; e, se tens medo, tira-te daí, e põe-te em oração enquanto eu vou entrar com eles em fera e desigual batalha”
(Dom Quixote de La Mancha, Miguel de Cervantes Saavedra).

Introdução

A matriz energética preocupa a agenda política e econômica das nações desenvolvidas ou em via de desenvolvimento. No entanto, constitui um impeditivo do Protocolo de Quito reduzir o uso de combustíveis fósseis e a poluição atmosférica, e esse desafio demanda um diálogo entre ambiente, economia e política sob a cooperação do capitalismo climático que elege as alternativas renováveis um caminho promissor.

Engana-se quem acredita que a energia renovável não causa impactos ao meio ambiente, mas a matriz energética das hidrelétricas não atende as necessidades humanas e possui elevada carga de insustentabilidade. A expansão dos parques eólicos é uma realidade dos países europeus (Alemanha, Espanha, Portugal, França, Itália, Suíça, Reino Unido), do Japão, países da América e da China, China, considerada a maior produtora pela Associação Mundial de Energia Eólica.

No Brasil, a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional ambiental exigem para licenciamento ambiental em zona costeira, o Estudo de

Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental. O órgão ambiental do Estado do Ceará ao inobservar essa exigência constitucional e legal provoca a irregularidade dos licenciamentos de todos os parques eólicos no Estado do Ceará, mormente porque muitos desses empreendimentos estão sendo construídos em áreas de proteção permanente – APPs (campos de dunas) e sobre sítios arqueológicos.

O desrespeito ao princípio constitucional da dignidade humana e a legitimidade dos protestos das comunidades atingidas pelas obras. O artigo relata a experiência empírica de um dos autores, Alexandre de Oliveira Alcântara, no exercício das atribuições de Promotor de Justiça no Município de Aracati-Ceará, nos anos 2007-2009 e constata a ausência de avaliação dos impactos sociais e humanos na instalação dos parques eólicos em Aracati.

O nordeste brasileiro é um lugar privilegiado para a captação da energia eólica, aquela proveniente da movimentação das massas de ar (vento)¹. A energia eólica é uma fonte renovável de energia, e por isso defendida por grupos ambientalistas, como o Greenpeace. Não há dúvidas de que as fontes alternativas podem reduzir as emissões de CO² e assim devem ser buscadas e incentivadas, inclusive pelo Estado, via financiamentos.

No presente texto não serão analisados os pormenores dos vários questionamentos formulados pelo Ministério Público estadual² com vistas à anulação das licenças ambientais outorgadas pela Superintendência Estadual do Meio Ambiente – Semace para a instalação do parque eólico. Nosso propósito é trazer algumas reflexões sobre o protesto de moradores das comunidades do Cumbe e Canavieira que interditou a estrada municipal que dá acesso às obras, procurando entender os porquês desse ato extremo e unilateral.

1. Energia Eólica: Os Dois Lados da Moeda

As principais conferências de meio ambiente realizadas em Estocolmo (1972) e a Rio-92 trataram *en passant* do desenvolvimento da produção energé-

1 Sobre o potencial eólico brasileiro vide [http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/atlas/pdf/06-Energia_Eolica\(3\).pdf](http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/atlas/pdf/06-Energia_Eolica(3).pdf)

2 Apresentamos a tese “A energia eólica no Estado do Ceará – a farsa da energia limpa ou da (im) prescindibilidade de eia/rima em zona costeira”, sustentada durante XVIII Encontro Nacional do Ministério Público em Florianópolis, no período de 25 a 28 de novembro de 2009.

tica renovável que hoje percorre a agenda do designado Capitalismo Climático. Diante da lacuna da Agenda 21, legado da Conferência Rio-92, foi traçado o Plano de Ação para a Energia, na Cimeira de Joanesburgo, em 2002. No entanto, a pressão para a produção de energia a partir de fontes renováveis, veio do Protocolo de Quioto em 1997, com vistas a colmatar o uso de combustíveis fósseis (GOMES, 2008, p. 168).

A matriz energética de várias nações tem sido um problema ainda sem solução e um dos entraves para o diálogo harmônico entre ambiente, economia e política. Acidente como o ocorrido em Fukushima no Japão, no ano de 2011, motivou o fechamento de usinas nucleares na França e na Alemanha e o repensar a produção de energia com o mínimo de riscos e menos poluentes ante as imposições do Protocolo de Quioto. De acordo com os últimos estudos realizados pela Associação Mundial de Energia Eólica (WWEA, na sigla em inglês), a energia eólica instalada no mundo crescerá de modo significativo nas próximas décadas e será parte importante do portfólio de energia renovável de muitos países, vejamos o quadro 1³:

Quadro 1. Portfólio de energia renovável

País	MW
China	62.733
USA	46.919
Alemanha	29.075
Espanha	21.673
Índia	15.800
Itália	6.747
França	6.640
Reino Unido	5.265
Canadá	4.290
Portugal	3.927
Suíça	2.816
Japão	2.501
Potencial instalado em 2011	

Fonte: Associação Mundial de Energia Eólica.

3 Disponível em <https://evolucaoenergiaeolica.wordpress.com/energia-eolica-no-mundo/>. Acesso 12 jan. 2015.

A energia eólica experimentou um crescimento no Brasil dos anos 2000 até o presente momento, devido a uma política de incentivos e um mercado que tem se mostrado favorável para esta fonte de energia, cuja concentração se dá nas regiões nordeste e sul do país. Com a constante evolução industrial, a energia eólica tornou-se competitiva, produzindo aerogeradores cada vez mais potentes, e contando com o benefício de ser classificada como uma fonte de energia limpa e renovável⁴.

Oportuno o esclarecimento de Carla Amado Gomes (2008, p. 169) de que quando se fala de energias renováveis “se aponta para a produção de energia a partir de *recursos naturais regeneráveis*, ou seja, tendencialmente inesgotáveis, pelo menos à luz dos conhecimentos científicos actuais; [...] ao utilizar o termo “alternativas” – ao petróleo – estamos a considerá-lo numa dupla vertente: económica e política”.

Os dois lados da moeda tem justificação diante dos impactos provenientes da energia eólica. A partir dessa constatação depreendemos que as energias renováveis têm uma faceta ecologicamente nociva para o meio ambiente. Nesse sentido, Carla Amado Gomes (2008, p. 177) adverte “no estágio civilizacional em que vivemos, é impensável levar a cabo um conjunto considerável de atividades com a pretensão de deixar impoluto e intocado o meio natural. Ponto é que a ofensa se reduza ao mínimo indispensável”.

O impacto causado na economia local é o benéfico, pois há geração de empregos diretamente na implantação da obra, como indiretamente na região e o desenvolvimento de diversos setores como o hoteleiro, alimentício e serviços. Segundo dados da Agência de Desenvolvimento do Estado do Ceará – ADECE⁵, um projeto de 50MW gerará de 800 a 1200 empregos de tempo integral durante a fase de construção.

Comparado com as opções convencionais de geração, o desenvolvimento de energia eólica gera mais empregos por dólar investido e por kWh gerado. Um estudo conduzido pelo Escritório de Energia do Estado de

4 Cfr. GOMES, (2008, p. 166) “se incontestável que os combustíveis fósseis tiveram um papel decisivo no grande salto tecnológico ocorrido com a Revolução Industrial do século XIX, a “Revolução ecológica” do final do século XX despertou os Estados e operadores económicos para a necessidade de apostar em fontes renováveis [...]”.

5 Agência de Desenvolvimento do Estado do Ceará – ADECE. Disponível em <http://www.adece.ce.gov.br/>. Acesso em 12 jan. 2015.

Nova Iorque (New York State Energy Office) concluiu que 10 milhões de kWh produzidos pela energia eólica geram 27% mais empregos no estado do que a mesma quantidade de energia produzida por uma usina a carvão mineral e 66% mais empregos do que uma usina movida a gás natural de ciclo combinado. (Agência de Desenvolvimento do Estado do Ceará – ADECE, 2009b, p.133).

Em contrapartida, os empregos advindos da construção dos parques eólicos geralmente estão ligados a atividades de curto prazo contidas no projeto como um todo. O tempo de construção dura em média 6 (seis) anos. Vale ressaltar que devido a concentração desses empreendimentos nos interiores, há carência de mão de obra qualificada, assim, os empregos destinados aos nativos da região são os de salário mais baixo, como o de porteiro, zelador, ajudante. Deve haver incentivo do Governo em parceria com os Empresários, para qualificar a mão de obra local, quando da fase de estudo de implantação do projeto, para que realmente ajude o desenvolvimento profissional da região.

Ao fim da construção esse “boom” de empregos desaparece, restando poucos postos de O&M. Ainda em relação aos impactos causados à economia, cabe destacar a renda auferida pelo proprietário da terra onde foi instalado o parque eólico e o aumento da receita proveniente de impostos incidentes da exploração da energia. Quanto à renda auferida pelo proprietário esta só causará benefício à população local se, em contrapartida, for direcionada a novos investimentos na cidade, ou então não passará de concentração de renda.

A energia eólica é fonte de energia limpa e renovável, uma alternativa de grande potencial para o Estado do Ceará, que se baseava em uma matriz energética quase em sua totalidade termelétrica, e comprava a maior parte de sua energia consumida. O Estado conta com um dos maiores potenciais eólicos do mundo e é hoje o maior produtor desta fonte de energia no país.

Quanto aos impactos socioambientais podemos destacar como o mais benéfico a redução da emissão de poluente, em especial o CO₂, e a maior justificativa para a implantação das usinas. O aerogerador, quando em operação, não emite nenhum poluente. Sobre a emissão de gases tóxicos pela energia eólica explica André Delgado Souza (2010, p. 85):

Os parques eólicos resultam em reduzida emissão de gases do efeito estufa, sendo esses emitidos durante a fase de construção do parque e fabricação das turbinas. De acordo com GWEC (2008, p. 6), o tempo

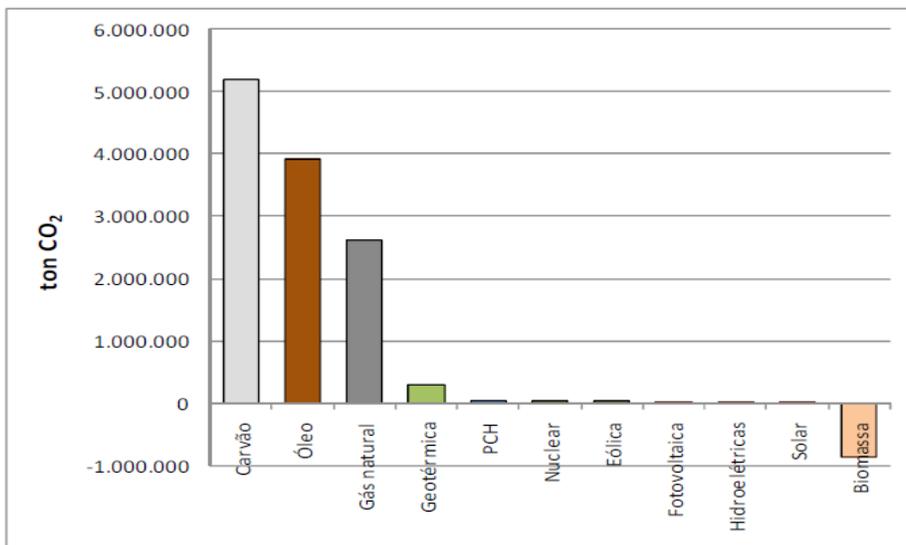
de operação de uma usina eólica para recuperar as emissões decorrentes da construção e fabricação é entre 3 e 6 meses, se comparado à taxa média de emissão do setor. Tendo em vista que a vida útil de uma usina eólica é da ordem de 20 anos, tem-se um saldo significativamente positivo de emissão de gases.

A fonte de energia eólica aparece como uma alternativa limpa e renovável, e com o crescente quadro de aquecimento global atual, deve-se criar meios de revertê-lo. A matriz energética brasileira é em quase sua totalidade suprida pela energia hidráulica, uma fonte não poluente, porém os investimentos em fontes alternativas de energia limpa ainda são ínfimos.

Para fins de comparação, a figura abaixo representa a estimativa de emissão anual de CO₂ para cada fonte de energia, considerando a geração de 615MW médios. Essa foi a quantidade de energia térmica a carvão mineral contratada para ser instalada no Ceará, conforme revela o gráfico 1:

Gráfico 1. Emissão anual de CO₂

Emissão anual de CO₂ para geração de 615 MW médios



Fonte: SOUZA, André, 2010.

Diante do gráfico 1, caso houvesse a substituição da usina térmica a carvão por uma usina eólica, resultaria na redução de 5 milhões de toneladas de CO² emitidos. É nítido o benefício advindo da energia eólica em relação à redução da emissão de gases poluentes, contribuindo para evitar o efeito estufa.

A questão ambiental é a maior influência para a implantação de parques eólicos ao redor do mundo, porém há o outro lado da moeda. Ocorre que quando da instalação das usinas eólicas, em especial no Estado do Ceará, há inobservância do art. 225 da CF e preceitos fundamentais elencados em nossa Constituição e, em decorrência disso, a energia limpa e renovável que é benéfica ao meio ambiente poderá se transformar em uma fonte degradadora. O grande problema causado pela instalação desse tipo de empreendimento em nosso Estado é em relação aos locais escolhidos para a construção: dunas e áreas próximas a manguezais, afetando diretamente o ecossistema e a população do entorno.

A instalação de aerogeradores em região dunar é extremamente atraente aos investidores devido a velocidade média do vento superior a 8m/s a uma altura de 50 metros, a constância desse vento e a baixa rugosidade (ou praticamente inexistente) do terreno, resultando em uma considerável redução do custo de investimento. Em contrapartida tem um alto poder impactante negativo à biota. Estes impactos poderão interferir no controle da erosão costeira, supressão de habitats e lagoas costeiras, na disponibilidade de água doce e dinâmica hidroestática, e por fim a alteração da paisagem.

Podemos citar como impactos ambientais os relacionados ao uso e ocupação do solo, ao som, produzido pelos aerogeradores, à fauna, visual e interferências eletromagnéticas. Não obstante a terraplanagem de dunas, o soterramento de lagoas interdunares, o desmatamento em duna fixa etc. Há em algumas regiões, como no caso da cidade de Aracati, a destruição de sítios arqueológicos.

Quando da limpeza da área do terreno onde será implantado o parque eólico há o desmatamento de duna fixa ou do próprio terreno para a abertura de vias de acesso, instalação das torres, construção do canteiro de obras e da sub-estação, resultando em prejuízo da cobertura vegetal. Isso afeta diretamente a fauna local, pois haverá uma possível fuga para um local mais seguro. Vale destacar também a erosão decorrente do desmatamento:

A ação também irá desencadear processos erosivos decorrentes da perda da camada superficial do solo. Na retirada da vegetação e destocamento, as raízes carregam volumes de solos superficiais, deixando a superfície

mais susceptível aos agentes erosivos (Relatório de Impacto Ambiental – RIMA do Trairi, 2011)⁶.

Às vezes o local onde o projeto de construção do parque eólico será executado provavelmente será irregular, no caso da duna é totalmente irregular, necessitando uma atividade de terraplanagem para que se torne possível a execução do projeto. Porém a terraplanagem causa alteração morfológica, tanto nas dunas móveis e fixas como a topográfica.

O soterramento de lagoas interdunares acontece do mesmo modo da terraplanagem, pela remobilização da areia para dar acesso ao local, ou em decorrência da própria terraplanagem. Sobre a importância dessas lagoas preleciona Jeovah Meireles (2009, *online*):

Os aquíferos costeiros associados aos campos de dunas são sistemas ambientais dos mais importantes, por causa da indispensabilidade de seu uso e por armazenar em recurso natural escasso. Em termos de potencialidades de usos sustentáveis são essenciais para o setor produtivo econômico, as populações e para a manutenção da biodiversidade. Cuidados especiais e estratégias de utilização da água armazenada nas dunas, bem como dos demais componentes ambientais associados à disponibilidade e qualidade deste recurso hídrico, devem ser planejados levando em conta, fundamentalmente, projeções de expansão populacional e necessidade de proteção dos ecossistemas de preservação vinculados.

Por fim podemos citar o corte e aterro de dunas como outro meio de impacto ao solo, podendo ocasionar sérios danos como ensina MEIRELES (2009, *online*):

Essas atividades certamente alteraram o nível hidrostático do lençol freático o que poderá influenciar no fluxo de água subterrânea e na composição e abrangência espacial das lagoas interdunares. É importante ainda salientar que, cortes e aterros possivelmente serão submetidos a obras de engenharia para a estabilidade das encostas e as vias certamente compactadas com utilização de matérias provenientes de

6 Central Eólica Trairi LTDA. Ambiental Consultoria & Projetos Ltda. **Relatório de Impacto Ambiental – RIMA**, 2011. Disponível em: http://www.semace.ce.gov.br/wp-content/uploads/2012/06/RIMA_Trairi_PDF.pdf. Acesso em: 12 jan. 2015.

outras áreas (solos apropriados para a impermeabilização) e assim possibilitar o tráfego de caminhões.

Outro impacto resultante da geração de energia eólica é o sonoro devido a emissão de ruídos. Estes barulhos são provenientes dos aerogeradores quando estão em funcionamento, tanto mecânicos quanto aerodinâmicos. A intensidade desse ruído vai depender muito das características locais, se está situado em uma zona urbana ou rural, residencial ou industrial, pois a interação com tais fatores poderá ampliar ou reduzir a percepção humana quanto ao ruído. Com o desenvolvimento de novas tecnologias nos últimos anos, tanto na aerodinâmica das pás eólicas quanto nas partes mecânicas, principalmente na nacele (parte responsável pela alta rotação do gerador na turbina), tornou aerogeradores com reduzidos níveis de ruído, mostrando a possibilidade de construção de turbinas eólicas com baixa emissão de ruídos.

Segundo Ronaldo dos Santos Custódio (2013, p. 270), “os ruídos emitidos pelos aerogeradores decrescem, normalmente, de 50dB, junto ao aerogerador, a 35 dB, a uma distância de 450 m”. Deste modo, dependendo em qual ambiente será instalado o parque, mediante um prévio estudo, obedecer a uma distância considerável em relação à área habitada de modo a evitar que os ruídos causem incômodos.

Quanto aos efeitos causados ao homem, Custódio (2013, p. 270) preleciona:

Apenas ruídos a partir dos 65 dB podem provocar efeitos fisiológicos, danos ao sistema auditivo, e prejuízos a diferentes funções orgânicas. No entanto, valores superiores a 30 dB podem provocar efeitos psíquicos sobre o homem. Recomendam-se ruídos inferiores a 40 dB, o que corresponde, em geral, a uma distância de 200m dos aerogeradores. Essa é, portanto, uma distância mínima a ser respeitada entre uma turbina eólica e uma habitação.

Assim, a instalação de um parque próximo a uma área habitada é viável desde que respeitados os limites mínimos pré-estabelecidos de distância será inofensiva à saúde. Porém, o grande problema em relação ao barulho é na fase de construção. Diversos caminhões passando, barulho de obra, pancadas, guindastes em funcionamento, etc., fazem com que a vida no entorno da obra se torne insuportável.

O impacto causado à fauna causado pelas turbinas eólicas está ligado, principalmente, à morte de aves e morcegos que se chocam contra as pás dos aerogeradores. Esse tipo de acidente pode ser contornado evitando a instalação de parques em rotas de aves migratórias. Há também impacto à fauna quando realizado o desmatamento da região do parque eólico, onde a vegetação desmatava era habitat ou servia de refúgio para animais da região.

A implementação de um parque numa determinada região causa um grande impacto visual, devido a dimensão do projeto. Uma torre eólica instalada nos projetos no estado do Ceará tem em média 80 metros de altura. O impacto visual é subjetivo, no entanto, causa reações positivas e negativas. Segundo Roberta Jéssica Nascimento Freitas em seu artigo “Energia Eólica: Os Conflitos Socioambientais Gerados pela Implantação dos Parques Eólicos no Litoral do Ceará”, sobre o impacto visual negativo.

Os impactos são imensos. Segundo um morador da comunidade de Volta do Rio, onde existem parques eólicos já implantados: “No caso da praia de Volta do Rio, o impacto visual causado pelas turbinas foi algo fora do comum. No lugar de uma praia belíssima, que atraía vários turistas, hoje encontramos uma praia vazia cheia de aerogeradores, descaracterizando totalmente a paisagem natural”.

O impacto visual é negativo quando altera uma paisagem bonita, algo natural, pois em alguns espaços poderá até embelezar, ou causar positividade pelo fato de ser uma energia limpa. No caso da usina eólica Faísa, na entrada da cidade do Trairi, no estado do Ceará, foi instalado um parque numa área de 2.000 hectares, antes coberta por mato e abandonada, ao nosso ver embelezou a região e até causa curiosidade aos transeuntes na região. O impacto visual poderá ser minimizado pela disposição dos aerogeradores em harmonia com o ambiente.

Por fim, um parque eólico dependendo do seu local de instalação e especificações técnicas, poderá interferir na propagação de ondas eletromagnéticas assim afetando os sistemas de telecomunicação e navegação. A interferência se dá pela transmissão de energia e está associada principalmente ao tipo de material utilizado nas pás (BARROSO NETO, 2012).

2. O Protesto dos moradores das comunidades do Cumbe e Canavieira

No Estado do Ceará hoje há a construção intensa de parques eólicos em quase toda zona costeira e outros já construídos e em funcionamento. Eis o primeiro lado da moeda. Entretanto, o modo como estes parques eólicos vem sendo instalados no litoral cearense é catastrófico e reflete uma grande irresponsabilidade ambiental dos envolvidos nos projetos-Estado (União, Estado e municípios), empreendedores e organismos financiadores. Vejamos o lado perverso da moeda.

O licenciamento desses empreendimentos pelo órgão ambiental competente, a SEMACE- Superintendência Estadual de Meio Ambiente do Estado do Ceará vem contrariando a legislação ambiental nos seguintes pontos cruciais: a) A não exigência de Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), considerando a especificidade ambiental da Zona Costeira e o fato de grande parte dos empreendimentos estarem situados em Área de Proteção Permanente (campo de dunas); A SEMACE de forma temerária vem autorizando a instalação das usinas eólicas com base em Relatório Ambiental Simplificado - RAS, isso com fundamento na Resolução nº279/2001 do CONAMA; b) A não observância da Legislação Federal que trata dos sítios arqueológicos que também, exige EIA-RIMA constando o Projeto de salvamento desse patrimônio.

Em razão desse licenciamento equivocado, sérios danos ambientais estão sendo cometidos na implantação desses parques e valiosíssimos sítios arqueológicos estão ameaçados de destruição. Para termos uma ideia da litigiosidade ambiental em torno da construção dos parques eólicos no Estado do Ceará vale apontar a existência dos seguintes processos judiciais e extrajudiciais em tramitação, conforme quadro 2:

Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional

Quadro 2. Litigiosidade ambiental no Estado do Ceará.

Processo	Instrumento de Tutela	Partes
Processo nº 2009.8101000396-0	AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA E/OU MEDIDA CAUTELAR - Justiça Federal	Promovidos: Superintendência Estadual do Meio Ambiente – SEMACE e outros;
Processo nº 2007.0023.2181-3	AÇÃO POPULAR (Comarca de Aracati), deslocado para a Justiça Federal da 15ª Vara de Limoeiro do Norte - CE	Promovidos: SEMACE- Superintendência Estadual do Meio Ambiente; Município de Aracati e outros.
Processo nº 2008.0029.4266-2	AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE LIMINAR (Comarca de Aracati)	Promovidos: Superintendência Estadual do Meio Ambiente – SEMACE e outros;
Processo nº 2008.81.00.006806-3	AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará (Fortaleza)	Promovidos: Superintendência Estadual do Meio Ambiente- SEMACE e outros.
	Denúncia formulada ao IBAMA E SEMACE pela Companhia de Água e Esgoto do Estado do Ceará- CAGECE (Gerência de Meio Ambiente) contra empresa em razão de desmonte de dunas e desmatamento na vegetação nativa no Entorno da Área de captação da empresa, na localidade de Cumbe, município de Aracati.	

	Embargo Administrativo pelo IBAMA da obra questionada pela CAGECE na localidade do Cumbe/Aracati. Houve decisão liminar da Justiça Federal de Limoeiro do Norte suspendendo o embargo.	
--	--	--

Fonte: elaborado pelos autores, 2015.

No dia 08 de setembro de 2009, cerca de 250 (duzentos e cinquenta) pessoas pertencentes a 60 (sessenta) famílias das comunidades do Cumbe e Canavieira (Aracati-Ceará) fecharam a estrada de acesso às obras do parque eólico. Diziam os manifestantes através de faixas e palavras de ordem que a manifestação se dava por conta de uma série de transtornos trazidos pela obra das eólicas. Em razão do intenso tráfego de veículos pesados (caçambas e maquinário de grande porte) e da execução das obras verificou-se: a) doenças nos moradores, principalmente nas crianças (doenças pulmonares, respiratórias, traumas psicológicos em decorrência do barulho; b) Comprometimento (rachaduras) das estruturas das casas, igreja e escolas das comunidades; c) sérios danos ambientais, entre os quais, a retirada de água e aterramento das lagoas, desmonte de dunas fixas e móveis, destruição de sítios arqueológicos, desmatamento de mata nativa.

A obstrução da estrada se deu mediante a colocação de uma cancela que impedia a passagem dos veículos utilizados na obra. Diziam os manifestantes que o movimento era pacífico e que faziam aquilo em virtude de os poderes públicos terem permitido aquela situação caótica, pois estavam dentro da poeira e da lama.

Estabeleceu-se o impasse entre os responsáveis pela obra e a comunidade. No quinto dia do ato de protesto a tensão tomou conta dos manifestantes. O Prefeito da cidade de Aracati fez um pronunciamento em uma rádio local chamando-os de ‘terroristas, baderneiros e desocupados’, declarando que ‘se não saíssem por bem sairiam por mal’, estabelecendo um prazo para o uso da força contra os populares. Essa atitude do senhor Prefeito causou indignação dos manifestantes e parece ter dado mais ânimo ao movimento reivindicatório.

É criado um blog na internet para divulgar e buscar apoio ao movimento⁷. Nesse blog no dia 16 de setembro é lançada uma Nota de Solidariedade

7 Disponível em: <<http://comunidadesitiocumbe.blogspot.com/>>. Acesso em: 12 jan. 2015

às Comunidades do Cumbe e da Canavieira que logo obtém a assinatura de 75 (setenta e cinco) entidades do movimento socioambiental, inclusive de outros países. Diz a Nota:

[...] a exemplo da carcinicultura, os parques eólicos – atualmente vendidos como a grande tecnologia para produzir energia limpa- seguem uma matriz desenvolvimentista e economicista, cuja principal marca é produzir lucros para poucos, às custas da degradação socioambiental, ou em outras palavras, da produção de riscos ambientais. No Cumbe e na Canavieira se expressam na privatização dos espaços de uso coletivo, na destruição dos sítios arqueológicos, no aterramento das lagoas interdu- nares e na terraplanagem das dunas que resulta no comprometimento do abastecimento de água para as comunidades, pois o parque eólico esta sendo construído sobre o aquífero que há mais de trinta anos abastece a população de Aracati, só para citar alguns. Esta equação, lucros para os empresários igual a riscos ambientais para as comunidades, se configura como um exemplo claro de injustiça ambiental [...].

Nas várias rodadas de negociações entre as populações do Cumbe e da Canavieira com representantes do Governo do Estado, do Município e da Empresa, a comunidade apresentou suas reivindicações: a) Construção da estrada Aracati/Canavieira/Cumbe; b) recuperação das casas e escolas, restauração da Igreja do Cumbe; c) construção de dois postos de saúde, um em cada comunidade; d) construção de duas praças, uma em cada comunidade; e) construção de uma casa da labirinteira e do artesanato do Cumbe; f) construção de museu arqueológico no Cumbe; g) construção de duas creches, uma em cada comunidade; h) tombamento do cemitério e do sítio arqueológico; i) liberação do campo de futebol (ocupado pelas máquinas da obra); j) liberação do acesso do cemitério, lagoas, dunas e praia.

No décimo nono dia a estrada foi liberada pela comunidade. Segundo os líderes do movimento há muitas promessas que suas reivindicações sejam atendidas. De imediato foram recuperadas algumas casas e cercas, o campo de futebol foi liberado e parte da estrada recebeu uma fina ‘tintura’ de asfalto.

3. Quais indagações e reflexões podemos fazer a partir desse acontecimento?

a) Será que aquelas pessoas simples, integrantes de comunidades tradicionais que há várias gerações habitam aquele pedaço geográfico de nosso Estado podem ser consideradas ‘terroristas, baderneiros e desocupados’?

Certamente que não. Estivemos pessoalmente nas comunidades e é óbvio que essas populações não estão sendo consideradas em sua dignidade por todos os responsáveis pela obra dos parques eólicos, principalmente pelo Poder Público que permitiu e permite que esses absurdos aconteçam. Aliás, no caso, o Poder Público está financiando o descalabro socioambiental. Aquelas pessoas exerceram o mais legítimo e precioso poder: o poder da cidadania.

Santos (2008, p. 85) refletindo sobre a ocupação do espaço geográfico pelas empresas hegemônicas na globalização, ensina:

[...] Cada empresa, porém, utiliza o território em função dos seus fins próprios e exclusivamente em função desses fins. As empresas apenas têm olhos para seus próprios objetivos e são cegas para tudo o mais. Desse modo, quanto mais racionais forem as regras de sua ação individual tanto menos tais regras serão respeitadas do entorno econômico, social, político, cultural, moral ou geográfico, funcionando, as mais das vezes, como elemento de perturbação e mesmo de desordem. Nesse movimento, tudo que existia anteriormente à instalação dessas empresas hegemônicas é convidado a adaptar-se às suas formas de ser e agir, mesmo que provoque, no entorno preexistente grandes distorções, inclusive a quebra da solidariedade social (grifamos).

Santos (2008) parece que ao escrever essas linhas estava olhando para as comunidades do Cumbe e da Canavieira. Da noite para o dia essas populações acordam e têm seu espaço invadido pelas eólicas. É a promessa de energia limpa, progresso e empregos. E o que logo vêem: destruição do meio ambiente, seus filhos doentes em decorrência da lama e da poeira, ocupação de seu campo de futebol, poluição sonora, suas casas e templo religioso danificados. Ficamos com o ensinamento do Mestre baiano: os grandes baderneiros e desordeiros são no presente caso as empresas eólicas e o seu cúmplice - o Poder Público, traidor da

Constituição Federal que manda resguardar a cidadania, o meio ambiente as nossas riquezas arqueológicas.

b) Será que todo esse transtorno e sofrimento por que passa as populações tradicionais de Aracati poderiam ter sido evitados?

Bastaria o respeito à Constituição Federal e a legislação ambiental vigente para resguardar os direitos fundamentais da pessoa humana. Uma questão óbvia: o licenciamento dos parques considerou o transporte de milhares de toneladas por uma estrada carroçável, super estreita e com centenas de pessoas habitando suas margens?

A doutrina ambiental ensina que um dos requisitos dos Estudos de Impacto Ambiental é a análise dos impactos sociais e humanos dos projetos. Antunes (2010, p. 283) assevera que:

[...] O entendimento da necessidade da realização de tal análise decorre de uma compreensão holística das ciências ambientais e, evidentemente, do próprio Direito Ambiental. O conjunto de disposições legais contidas na Lei nº 6.938/81 é suficiente para demonstrar que, efetivamente, os impactos sociais e humanos dos projetos a serem implantados devem ser examinados pelo EIA, sob pena de nulidade do próprio estudo.

Parece claro que os impactos negativos já demonstrados ainda na fase de implantação das eólicas não foram devidamente analisados pelo licenciamento ambiental que se deu de forma precária através de Relatório Ambiental Simplificado-RAS. Não cabe o argumento que esses transtornos são passageiros e terminadas as obras tudo volta ao normal. Os danos ambientais já perpetrados pelas eólicas são de grande dimensão e se perpetuarão quando do funcionamento dos parques⁸.

Por outro lado, esse arremedo de licenciamento não contemplou adequadamente as alternativas de localização do projeto como prescreve o art.5º da Resolução Conselho Nacional do Meio Ambiente-CONAMA Nº 1, de 23 de janeiro de 1986, em consonância com Código Florestal Brasileiro (Lei nº 4.771/65), revogado pela Lei nº12.651/2012 que dispõe sobre a proteção da vegetação nativa.

8 Vide o estudo de Antônio Jeovah de Andrade Meireles (2008) "Impactos ambientais promovidos pela implantação e operação de usinas eólicas em áreas de preservação permanente (APPs) – os campos de dunas fixas e móveis da planície costeira do Cumbe, município de Aracati".

Na verdade a escolha pelas dunas para instalação dos aerogeradores levou em consideração única e exclusivamente o aspecto econômico. Uma economia que sairá caro para o meio ambiente e para a sociedade. O Código Florestal de 1965⁹ é muito claro quando estabelece:

Art. 4º A supressão de vegetação em área de preservação permanente somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto.

Será que não existia alternativa locacional a fim de evitar a destruição das dunas e sítios arqueológicos? Certamente que sim, mas a cegueira, o imediatismo economicista dos empreendedores e a cumplicidade do poder público não permitem que enxerguem o óbvio.

c) O que as comunidades tradicionais podem e devem esperar da Justiça?

Diante de tantos absurdos cometidos contra a dignidade das pessoas deve ser exigido da Justiça uma resposta rápida e eficiente. Que a Justiça faça cumprir a Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil tem como fundamento: a cidadania, a dignidade da pessoa humana; Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo para presentes e futuras gerações. Caso cansem de esperar pela Justiça, mais uma vez lembrem-se da Constituição: todo o poder emana do povo [...]”.

Bonavides (2008, p. 141) ao doutrinar sobre a inconstitucionalidade material lembra a advertência do poeta Antônio Castilho:

Os juízes da magistratura constitucional que se deixam embalsamar na hermenêutica jusprivatista de Savigny, e, por isso mesmo, infensos à teoria material de Constituição e aos métodos interpretativos da Nova Hermenêutica, deveriam primeiro refletir nessas verdades que o poeta das musas românticas, Antônio Castilho, assim retratou: ‘O sol não retrocede no dia, os anos não retrogradam nas eras, a árvore não reverte à semente, nem o rio à fonte, nem o homem à infância, nem a civilização à

9 Embora revogado pelo Novo Código Florestal aprovada pela Lei Lei nº12.651/2012 a intenção é mostrar a prática ocorrida no município de Aracati com o referido código em vigor.

barbárie. Quem não for com a corrente das coisas, maravilhosa corrente que sobe sempre para as alturas desconhecidas, se há de afogar.

Parece que há certo otimismo do poeta ao afirmar que não retornaremos à barbárie. Caso o homem não mude de rumo, certamente chegaremos à barbárie e seremos todos “afogados”. É bom lembrar que não há mais como a humanidade acumular tantos passivos ambientais. O grave na situação das eólicas é que essa fonte de energia é apontada como uma fonte limpa, e, entretanto está causando muitos danos socioambientais que poderiam ter sido evitados.

Considerações Conclusivas

A produção energética e a dependência por ela gerada tem sido uma tormenta para os Estados membros, notadamente aqueles cujas opções sejam escassas, como a falta de sol e de vento que propiciam outras modalidades de energia. Não obstante, o Protocolo de Quito, estratégia para reduzir o uso de combustíveis fósseis, a poluição e a temperatura do planeta, ainda é um impasse e ocupa a pauta de todas as Conferências das Partes já realizadas, tendo a COP20 ocorrido em Lima-Peru em dezembro de 2014 com a assinatura do “rascunho zero” de acordo climático global. No entanto, está enfraquecido e sua validade foi prorrogada pela ONU para 2020.

A investigação colimou apresentar aos leitores a real situação dos parques eólicos instalados no Ceará, cuja construção não obedece aos mandamentos constitucionais e movimenta a improbidade administrativa na concessão dos licenciamentos e das licenças ambientais, realidade que culminou com a prisão, no ano de 2008, dos secretários de meio ambiente do Estado do Ceará e do Município de Fortaleza, servidores do IBAMA pela prática ilegal de licenças ambientais de atividades poluidoras, promovendo a corrupção em detrimento do meio ambiente¹⁰.

A construção intensa de parques eólicos em quase toda zona costeira e outros já construídos e em funcionamento representa o primeiro lado da moeda.

10 Diário do Nordeste. Disponível em: <<http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/policia/justica-manda-pf-prender-gestores-do-meio-ambiente-1.164524>>. Acesso em: 08 jan 2015. Conforme a Polícia Federal, as concessões irregulares de licenças ambientais favoreciam empreendimentos de grupos nacionais e estrangeiros na Praia do Futuro (em Fortaleza), Pecém (em São Gonçalo do Amarante), Cumbuco (Caucaia), Aracati, Guaramiranga e, ainda, no Município de Crateús.

Por sua vez, a escolha da localização e da tecnologia para a construção destes parques eólicos é catastrófico e reflete a predominância dos interesses econômicos e políticos em detrimento das leis ambientais, constituem, portanto, o lado perverso da moeda.

O ato de protesto dos moradores das comunidades do Cumbe e Canavieira em Aracati (CE) revelou a desconsideração dos empreendedores responsáveis pela instalação dos parques eólicos e do poder público em avaliar com maior cuidado os impactos sociais e humanos da obra. Confirma-se a regra de que as comunidades tradicionais têm seus direitos desrespeitados pelo poder econômico e por aquele que deveria tutelá-los, o Estado.

O Poder Judiciário, salvo raras e honrosas exceções, não compreendeu que exerce parte do poder do Estado e tem como missão constitucional das mais caras, a defesa dos direitos e garantias fundamentais, impondo o cumprimento do mandamento constitucional aos entes privados, a sociedade civil, mas, sobretudo, ao poder público. Diante desse estado de coisas e como última trincheira resta à população entender a necessidade de se auto-organizar para a construção de uma verdadeira democracia participativa e um ativismo ambiental.

Referências

ANEEL. **Atlas da Energia Elétrica**. 2008. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/visualizar_texto.cfm?idtxt=1689>. Acesso em: 11 jun. 2014.

ANEEL. **Banco de informação de geração**. 2014. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/capacidadebrasil/OperacaoGeracaoTipo.asp?tipo=7&ger=Outros&principal=Eolica>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ENERGIA EÓLICA. Disponível em: <<http://www.portalabeeolica.org.br/>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

ASSOCIAÇÃO MUNDIAL DE ENERGIA EÓLICA. Disponível em: <<https://evolucaoenergiaeolica.wordpress.com/energia-eolica-no-mundo/>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

BARROSO NETO, Hildeberto. **Avaliação do processo de implementação do Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia - PROINFA, no Estado do Ceará:** a utilização da fonte eólica. 2010. 186 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-graduação em Avaliação de Políticas Públicas, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa** (Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade). São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. **Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012.** Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências.

BRASIL. **Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965.** Institui o novo Código Florestal.

CEARÁ. Agência De Desenvolvimento do Ceará. ADECE. Disponível em: <<http://www.adece.ce.gov.br>>. Acesso 12 jan. 2015.

CEARÁ. Conselho Estadual de Desenvolvimento Econômico - CEDE. Disponível em: <<http://www.cede.ce.gov.br>>. Acesso em: 11 maio 2014.

CEARÁ. Governo do Estado. ADECE. **Energia Eólica:** Atração de Investimentos no Estado do Ceará. Manual da Cadeia Produtiva da Energia Eólica. Fortaleza: ADECE, 2009.

Central Eólica Trairi LTDA. Ambiental Consultoria & Projetos Ltda. **Relatório de Impacto Ambiental – RIMA**, 2011. Disponível em: <http://www.semace.ce.gov.br/wp-content/uploads/2012/06/RIMA_Trairi_PDF.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2015.

CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente. Ministério do Meio Ambiente. Resolução Nº 1, de 23 de janeiro de 1986. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=23>>.

Acesso em: 12 jan. 2015.

CUSTÓDIO, Ronaldo dos Santos. **Energia eólica para produção de energia elétrica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Synergia, 2013.

DIÁRIO DO NORDESTE. Disponível em <http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/policia/justica-manda-pf-prender-gestores-do-meio-ambiente-1.164524>. Acesso 08 jan 2015.

ELETROBRAS. PROINFA. Disponível em: <<http://www.eletrobras.com.br>>. Acesso em: 24 maio 2014.

FREITAS, Roberta Jéssica Nascimento. Energia Eólica: Os conflitos socioambientais gerados pela implantação dos parques eólicos no litoral do Ceará. **Publica direito**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br>>. Acesso em: 10 jun 2014.

GOMES, Carla Amado. O regime jurídico da produção de electricidade a partir de fontes de energia renovável: aspectos gerais. In: _____. **Textos dispersos de direito do ambiente**. Lisboa: Associação dos Alunos da Faculdade de Direito de Lisboa, 2008, v.II.

MEIRELES, Antônio Jeovah de Andrade. **Usinas devoradoras de dunas**. 2009. Disponível em: <<http://opovo.uol.com.br/opovo/opiniao/914559.html> >. Acesso em: 10 jun. 2014.

MME & EPE. **Plano decenal de expansão de energia 2008/2017**. Rio de Janeiro: EPE, 2009.

MME & EPE. **Plano nacional de energia 2030**. Rio de Janeiro: EPE, 2007. Disponível em http://www.semace.ce.gov.br/wp-content/uploads/2012/06/RIMA_Trairi_PDF.pdf>. Acesso em: 19 de dezembro 2014.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. Rio de Janeiro: Record, 2008.

Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional

SOUZA, André Delgado de. **Avaliação da energia eólica para o desenvolvimento sustentável diante das mudanças climáticas no nordeste do Brasil**. 2010. 150 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-graduação em Engenharia Civil, Departamento de Centro de Tecnologia e Geociências, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2506133.PDF>>. Acesso em: 01 maio 2014.

Ciberdemocracia e Poder Judiciário: Uma Análise da Justiça Ambiental do Brasil Mediante o uso de Mapas Colaborativos

*Geovana Maria Cartaxo de Arruda Freire
Tainah Simões Sales*

Introdução

Há um esforço coletivo na implantação de uma política pública de virtualização do Judiciário, processo marcado por uma ampla visibilidade do Sistema de Justiça e maior interação com a sociedade. Os dados e estatísticas passaram a pautar o planejamento e metas do Judiciário e estruturas inovadoras alicerçaram espaços de conexão com a sociedade, como as redes sociais, as ouvidorias online, projetos acadêmicos, processo eletrônico e seus novos princípios e fazeres, todos tendo como centralidade o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a Reforma do Judiciário iniciada pela Emenda Constitucional 45 de 30 de dezembro de 2004.

O esforço se traduz em diversos avanços e maior transparência, com conseqüente reconhecimento pela sociedade. No entanto, constata-se que algumas mudanças merecem aprofundamento e reflexões mais complexas, como exemplos se instiga a inserção da sociedade civil nas ouvidorias e o aperfeiçoamento das estatísticas coletadas. A sociedade civil já se encontra atuando nas ouvidorias da Defensoria Pública. Em relação as estatísticas são muitas as falhas e pontos ainda não esclarecidos ou tratados no processo, principalmente no aspecto qualitativo.

A maioria dos dados coletados nas estatísticas propostas pelo CNJ se restringe a uma avaliação quantitativa correlata a eficiência do sistema, como taxas de congestionamento, número de processos, número de julgados, número de juízes e servidores, processos novos, número de recursos, etc. Pouco se esclarece sobre os resultados do Judiciário, mantendo ainda o público em geral distante

da realidade do acesso à Justiça. Consta-se, ademais, a ausência de uma plataforma multimídia capaz de ensejar um espaço de colaboração.

A elaboração de um mapa da Justiça no Brasil como espaço de reflexão e construção de novas políticas públicas mais eficazes, localizadas e transparentes passa pelo aprofundamento da virtualização com ênfase no seu poder de diálogo e compreensão da sociedade, como força legitimadora e auxiliar na interpretação dos dados, organização, sistematização e análise. Neste artigo será construído um mapa com um fragmento do Sistema de Justiça do país como forma de exemplificar as possibilidades de análise e conexão que essa plataforma proporciona às políticas públicas. Para tanto foi recortado o Tribunal Superior com maior interface às questões ambientais do país, autodenominado de Tribunal da Cidadania, por tratar do conjunto de leis federais.

A escolha do STJ como tribunal a ser objeto do experimento se deu por sua importância cidadã e sua maior integração com os temas mais cotidianos, diferente do STF que trata de questões mais limitadas.

A escolha do tema dos conflitos teve como determinante sua transversalidade e alcance social e político. O tema meio ambiente, como tema transversal e difuso, afeta atualmente de forma mais contundente a qualidade de vida e a cidadania, e se situa a cada dia como o principal desafio do século.

1. Metodologia e Processo de Pesquisa

A presente pesquisa realizou um levantamento minucioso das decisões ambientais proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) nos anos de 2002 a 2012. Utilizou os mecanismos de pesquisa jurisprudencial proporcionados pelo próprio sítio eletrônico do STJ, que define conectores para afinar e precisar a pesquisa. Portanto, a presente pesquisa já se tornou factível devido ao avançado processo de virtualização do Sistema de Justiça. Foram identificadas 642 decisões com tema ambiental, uma análise mais acurada descartou 72 decisões, por diversas inconsistências, como por exemplo, não tratavam realmente de meio ambiente, apenas mencionavam a questão como fundamento ou analogia para tratar de outra lide e outra temática (consumidor, desapropriação etc), repetições na tabela, entre outras inconsistências. Por fim foram analisadas e mapeadas 570 decisões do STJ sobre a temática ambiental nos anos de 2002 a 2012.

Um questionário com 16 questões foi aplicado em todas as decisões, com fito de elaborar uma análise mais qualitativa do resultado da Justiça ambiental na corte superior. A revelação das camadas da realidade da justiça ambiental no Brasil foi o objetivo da pesquisa. Descortinar os atores, as temáticas, os resultados e visualizá-las em camadas sobre o território foi o desafio, que descortinou diversas nuances e realidades. Revelar os conflitos, mas também revelar a ausência de conflitos em locais em que as notícias de jornais, os dados governamentais e a sociedade civil apontam como sensíveis no aspecto ambiental, como por exemplo a região amazônica, consistem em narrativas que ensejam a adoção de políticas públicas mais específicas.

O questionário proposto buscou portanto aferir: qual a Turma do STJ proferiu a decisão; Autoria da Ação (Ministério Público, Defensoria Pública, ONGs, União, Estados, Municípios, Empresas, indivíduo etc); Pólo passivo da Ação; Temática do conflito (fauna, flora, poluição, águas, EIA/RIMA, etc.); Local do conflito; Tipologia da Ação (Penal, Ação Civil Pública, Ação Popular, Mandado de Segurança etc); Solução do conflito (prol meio ambiente ou contra o meio ambiente); Tempo de duração do recurso no STJ; Ano da decisão, entre outros.

Os dados coletados possibilitaram a construção de um mapa colaborativo (*wikimapps*) para auxiliar na análise e compreensão dos conflitos ambientais no Brasil. O mapa constitui a proposta de plataforma de conexão, instrumento privilegiado para a construção da colaboração e ferramenta de gestão para Judiciário em rede. As decisões coletadas nos anos de 2002 a 2012 foram geoespacializadas com auxílio da plataforma Wikimapps e mediante a iniciativa da empresa Wikinova, formada por pesquisadores em Ciência da Computação da Universidade de Fortaleza, liderada pelo professor Doutor Vasco Furtado. O resultado de tal construção pode ser verificado abaixo, a partir desta figura que apresenta o mapa colaborativo dos conflitos ambientais:

Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional



Os processos mapeados são filtrados por cor e formato do *pin* (marcador), de forma a representar a temática do conflito, a tipologia da ação e anexado ao marcador está uma ficha com resumos dos fatos e dados do processo. O resumo segue a estrutura do questionário aplicado e dispõe: os dados básicos de identificação do processo (números do processo e de registro, link para a decisão e a turma que o julgou), as partes que atuaram na lide, o resultado da ação, o resumo dos fatos, o ano da sentença e a duração do processo.

Os dados reunidos no mapa encerram uma flexibilidade na organização e interpretação das informações e produção de conhecimentos que reúnem de forma mais precisa, mais complexa e diversa as informações capazes de auxiliar na construção de um modelo de gestão mais aberto à colaboração. Dessa forma, uma gestão baseada em dados geolocalizados, além de alcançar maior legitimidade por sua possibilidade de compreensão, encerra ainda uma ferramenta completa e mais sofisticada para servir de base à tomada de decisões. Diminui o erro e a imprecisão no investimento e nas ações destinadas à melhoria do Judiciário.

Antes da exposição dos resultados da pesquisa de campo realizada, torna-se necessário realizar uma análise da estrutura do Poder Judiciário brasileiro, bem como das mudanças advindas a partir das teorias da governança eletrônica e da ciberdemocracia, por serem temas correlatos ao trabalho. É o que se fará adiante.

2. A Governança Eletrônica e a Ciberdemocracia no Judiciário

Sabe-se que a teoria desenvolvida sobre Governo eletrônico tem sido focada nas propostas do Executivo. O próprio termo surgiu como proposta dos governos americano e canadense diante da necessidade de incrementar a eficiência administrativa e o controle no Executivo. No entanto, tal concepção vem ganhando cores mais republicanas e democráticas a partir do acúmulo de uma cultura de colaboração e participação via internet, num processo de baixo para cima: a ciberdemocracia.

São diversos os exemplos de ampliação da atividade democrática mediada pelas novas tecnologias: programas de governo propostos em colaboração, revoluções populares com queda de ditaduras (Primavera Árabe), manifestações de rua em todo o mundo orquestradas e sintonizadas pela internet, mas sobretudo a ampliação do olhar e incremento da opinião pública nas decisões governamentais. A aprovação da Lei da Ficha Limpa no Brasil constituiu um desses exemplos da imbricação da participação pública e a conformação de políticas públicas mais democráticas.

O presente trabalho utilizou a teoria da governança eletrônica como lente de análise e verificação da atuação do CNJ na feitura de políticas públicas mais democráticas. Nesse sentido, inova, pois tradicionalmente há um vazio de teorias políticas da jurisdição, como afirma o estudioso do assunto Zaffaroni (1995, p. 26):

[...] o que consideramos mais grave é que nem sequer podemos falar de uma tradição de uma “teoria política da jurisdição”, se entendermos por isso: a) o esclarecimento da função manifesta que se lhe pretende atribuir; b) a análise da função real exercida; c) a necessária crítica à estrutura institucional para otimizá-la com relação às suas funções manifestas (neste último caso incluímos especialmente a forma de direção ou governo, a seleção de juízes e a distribuição orgânica).

O presente trabalho afirma o encontro da governança eletrônica do Judiciário com os processos democratizantes e mais transparentes da ciberdemocracia, mediante a articulação de uma nova teoria de gestão e política pública para o Judiciário em que se mostra essencial o uso das novas tecnologias. O modelo

de mapas temáticos de decisões apresentado a seguir, reúne, portanto as diversas características necessárias ao modelo de governança democrática e avanço da ciberdemocracia, uma vez que permite a organização e análise jurisprudencial pela sociedade e o aprimoramento da governança pelo Judiciário.

Sobre a democratização do Poder Judiciário, Garapon (2001, p. 42), no seu livro *O Juiz e a Democracia*, afirma:

A justiça torna-se um espaço de exigibilidade da democracia. Ela oferece potencialmente a todos os cidadãos a capacidade de interpelar seus governantes, de tomá-los ao pé da letra e de intimá-los a respeitarem as promessas contidas na lei. A justiça lhes parece oferecer a possibilidade de uma ação mais individual, mais próxima e mais permanente que a representação política clássica, intermitente e distante.

Também apoia essa concepção democrática do Judiciário o professor José Albuquerque Rocha (1995, p. 40), que classifica em dois os modelos de organização do Judiciário: o modelo burocrático, calcado na hierarquia e no posicionamento na organização para o exercício do poder, portanto de cima para baixo; o modelo democrático, que permite o exercício do poder derivado da participação. Todos são aptos a colaborar na decisão, de forma que o poder é exercido de baixo para cima.

O modelo burocrático definido por Rocha segue a definição weberiana que enlaça três características: a distribuição vertical do pessoal na organização; a profissionalização; e a escolha por um modelo decisório técnico. Tal modelo se mostrava ainda mais antidemocrático devido ao acúmulo das funções administrativas organizacionais com as funções jurisdicionais, ambas hierarquizadas, principalmente antes da criação do CNJ:

Assim o controle dos tribunais sobre os órgãos inferiores manifesta-se sob um duplo aspecto: administrativamente, controlando, sob todos os ângulos, o estatuto do juiz, desde o recrutamento até o regime disciplinar, passando pelas promoções; e jurisdicionalmente, revendo suas decisões para reformá-las ou não (ROCHA, 1995, p. 45).

O autor critica o modelo burocrático e autocrático implantado no Brasil, caracterizado pela ausência de participação de todos os membros da magistra-

tura na escolha dos juízes que administram os Tribunais, visto que a eleição se dá de forma interna, e que somente os próprios membros dos Tribunais votam.

Zaffaroni (1995) classifica em três estágios ou modelos de estrutura judiciária: o empírico primitivo, técnico-burocrático e democrático contemporâneo. O primeiro com seleção carente de nível técnico, arbitrário e degradador da atividade judicial; o segundo com alto nível técnico, mas com forte tendência burocrática, que só garante a independência externa; e o modelo democrático, em que se mantém a qualidade técnica da seleção, mas se admite um juiz politizado, com redução da formalização, independência interna e externa e com resultados democráticos. Zaffaroni faz referência explícita ao modelo brasileiro como um modelo técnico-burocrático, destaque na América Latina como único modelo que foge ao estágio empírico primitivo.

Ao definir a democratização do Judiciário pela participação no processo de organização interna, na gestão e administração pelo modelo democrático, o autor corrobora as propostas de democratização pelo uso das novas tecnologias que permitem a descentralização e se estruturam sem hierarquias, embora na época (1995) da elaboração de sua teoria sobre o Judiciário não ocorresse essa possibilidade.

No plano político, o sistema burocrático afeta a autonomia dos juízes na medida em que há a possibilidade de constrangimento às decisões inovadoras e que contradigam as decisões forjadas nas instâncias superiores. Dessa forma, a democratização e transparência a cerca das diferentes concepções e decisões do Judiciário constitui numa forma concreta de diluição do poder dos Tribunais, bem como de maior engajamento da sociedade na construção do direito e sua interpretação.

Neste trabalho, defende-se que um mapa aberto e temático de decisões do Judiciário promove uma maior compreensão da dinâmica de afirmação ou negação dos direitos, constituindo ferramenta de suporte a crítica e questionamento da sociedade. Incrementa a participação direta da cidadania, bem como auxilia na desarierquização administrativa por via da informação e supressão de segredos. Este mapa é elaborado mediante a utilização da internet, criada inicialmente para estabelecer uma comunicação entre computadores (STEINBERGER, 2004, p.56), mas que hoje revoluciona as relações por estabelecer uma comunicação imediata e a troca de dados entre as pessoas, além de propiciar uma ampliação na visão e percepção dos usuários.

A seguir, serão detalhados os resultados da pesquisa realizada.

3. Análise da Justiça Ambiental no Brasil: uma mapa de desigualdades

O tema ambiental entrelaça questões sociais, de saúde, sustentabilidade, florestas, águas, urbanas, enfim, atualmente o tema abriga uma das mais complexas redes de interpelações. Constitui um novo direito, que só alcançou maior efetividade e visibilidade após a Constituição de 1988, sendo portanto fruto da democratização do país. Evoluiu no mesmo caminho da sofisticação e centralidade do Judiciário na democracia. Reúne, portanto, simbolicamente, as características mais contemporâneas do direito, difuso, metaindividual, transfronteiriço, ético, com visão e compromissos como futuro, ou seja, transgeracional. Um direito fundamental que carrega uma carga valorativa, coletiva e interdisciplinar.

O exercício e garantia ao direito a um meio ambiente equilibrado correlaciona-se ao direito ao futuro e sobrevivência da população. O bem ambiental se torna a cada dia o substrato para o desenvolvimento e para a economia no futuro, áreas degradadas, contaminadas e esgotamento de recursos naturais são responsáveis pela falência e declínio das populações.

A cooperação e interação são chaves para a superação da crise da sociedade técnica característica da modernidade, que compartimentou e hierarquizou conhecimentos sem um compromisso com a qualidade de vida e baseia-se numa visão individualista do mundo.

Canotilho (2004, p. 8) sustenta uma visão que se opõe ao individualismo, sugerindo uma “leitura ambiental associativista” que fundamenta a democracia ecológica, sustentada e autosustentada, o que implica na reabilitação da democracia dos antigos como democracia de participação e de vivência na virtude ambiental. A cidadania ambiental demanda uma integração na concepção de ambiente, insere o ambiente natural e cultural (humano) como um só, e ainda integra as responsabilidades do Estado e da sociedade na sua proteção.

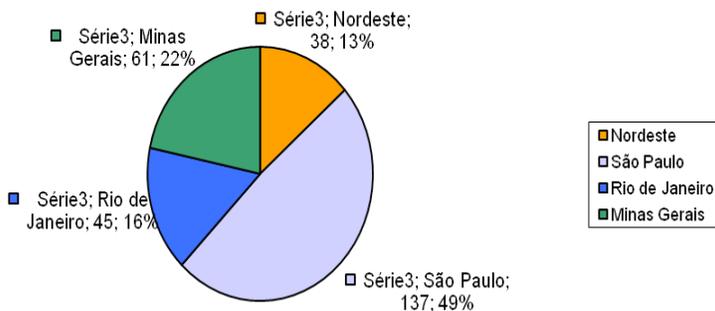
A sustentabilidade envolve diversos aspectos: ambiental, ecológico, demográfico, social, cultural, institucional e político. Exatamente por sua complexidade torna-se um excelente tema de mapeamento, por proporcionar diversas camadas de informação. A construção da cidadania resguarda uma faceta fundamental para o alcance da sustentabilidade:

A sustentabilidade política do desenvolvimento vincula-se estreitamente ao processo de construção da cidadania e busca a incorporação plena dos indivíduos ao processo de desenvolvimento. Esta se resume, em seus aspectos micro, à democratização da sociedade, e macro, à democratização do Estado (LEROY, 1997,p. 48).

O fortalecimento da sociedade, aumento do fluxo de informações e consequente ampliação da capacidade decisória é fundamental para o alcance da democratização da sociedade, mas para o primeiro objetivo, a democratização do Estado, é preciso que essas vozes se façam ouvir.

São muitas as conclusões possíveis pela utilização dos mapas na análise da justiça. A análise dos dados plasmados no mapa mostra de forma inequívoca problemas e ausência de políticas públicas que deságüam e refletem um dos mais sérios entraves do país: as desigualdades regionais. A partir do mapeamento, verificou-se que tal desigualdade regional está relacionada também à falta de acesso à justiça de um dos bens mais essenciais à qualidade de vida: a sustentabilidade.

A desigualdade regional no acesso à Justiça se reflete nos dados, senão vejamos: das ações impetradas no STJ nos anos de 2002 a 2012 apenas 38 foram oriundas do Nordeste brasileiro, cerca de 7% das lides. Número pífio, tendo em vista que somente o Estado de São Paulo foi responsável sozinho por 137 ações, cerca de 24% das lides ambientais no STJ. O Estado do Rio de Janeiro por 45 ações, correspondente a 8% das lides e o Estado de Minas Gerais por 61 ações, ou seja 11% das lides. Todos os Estados citados superaram individualmente toda a região Nordeste em termos de exercício do direito ambiental nas instâncias superiores do país, ressaltando que o Nordeste reúne 9 estados da federação. Os três Estados com maior número de lides correspondem exatamente aos Estados que concentram o maior PIB brasileiro, juntos respondem por 53% do PIB e por 43% das lides ambientais no país. Veja-se o gráfico 01 a seguir:



Os estados com menor PIB do Brasil encontram-se todos na região Norte e Nordeste, sendo na ordem Roraima, Amapá, Acre, Piauí, Sergipe e Alagoas. Sendo que exatamente estes Estados, com exceção do Acre que tem 4 demandas no STJ, os demais acessaram apenas 1 vez a corte superior em questão ambiental. Justifica-se o Acre fora do escopo dos Estados com baixo PIB devido ser o berço do nascimento do sócio ambientalismo, terra dos expoentes do movimento ambientalista nacional e internacional, nas pessoas de Chico Mendes e Marina Silva.

A região Norte responde por apenas 25 lides na corte superior, correspondendo a apenas 5% dos conflitos judicializados no STJ. Tal número não corresponde aos conflitos reais que pressionam a região na área ambiental abrigo da floresta amazônica, retratando uma real distância entre o Judiciário e as questões relevantes para o desenvolvimento do país e afirmação de uma cidadania ativa.

O dado acima se torna mais preocupante quando se constata que a região Amazônica abriga um dos mais expressivos *hotspots* de biodiversidade do planeta, a floresta amazônica e ocupa mais de 50% do território nacional. Além de ter sido palco, nos últimos anos, de dezenas de conflitos ambientais que culminaram em assassinatos e atividades de desmatamento ainda não controlados. Segundo dados do IBGE:

A Amazônia possui a maior floresta tropical do mundo, equivalente a 1/3 das reservas de florestas tropicais úmidas que abrigam a maior quantidade de espécies da flora e da fauna. Contém 20% da disponibilidade mundial de água doce e grandes reservas minerais. A floresta Amazônica é auto-sustentável, ou seja, é um sistema que se mantém com seus próprios nutrientes num ciclo permanente. Existe um delicado equilíbrio nas relações das populações biológicas que são sensíveis à interferência humana. A Amazônia abriga uma infinidade de espécies vegetais e animais: 1,5 milhão de espécies vegetais catalogadas, 3 mil espécies de peixes, 950 tipos de pássaros, e ainda insetos, répteis e mamíferos (IBGE, 2009, *online*).

O contraste entre a tensão vivida na região devido ao conflito dos interesses dos ambientalistas contra interesses econômicos de exploração irracional e imediata da floresta e a ausência de conflitos judicializados sobre o tema na região torna patente e preocupante a ausência de acesso à Justiça.

Durante a Rio+20, Conferência da ONU para o Meio Ambiente realizada em 2012 no Rio de Janeiro, maior evento internacional sobre a temática da sustentabilidade, foi divulgada pesquisa a ONG Global Witness cujos dados alarmam: na última década, 735 ambientalistas foram assassinados em todo o mundo, sendo mais da metade destes, aqui no Brasil, totalizando 365 ambientalistas brasileiros assassinados entre os anos de 2002 e 2011 (BBC BRASIL, 2012, *online*).

Portanto, a ausência de lides na corte superior sobre a temática ambiental na região Norte e amazônica não corresponde a real situação de conflitos que demonstram uma fragilidade no acesso à Justiça e na institucionalização dos conflitos no Brasil, levando a grave situação de assassinatos e impunidade.

No tocante ao resultado da lide em relação ao meio ambiente, se a decisão foi em prol do meio ambiente ou contra, a análise do mapa demonstra que permanece semelhante à média nacional em relação ao Nordeste quanto os resultados. Ou seja, enquanto 72% das lides foram providas em favor do meio ambiente no âmbito nacional, o resultado se assemelha em relação ao Nordeste, onde cerca de 30 decisões foram favoráveis ao meio ambiente, correspondendo à quase 70% do total. Não demonstra um tratamento diferenciado às lides do Nordeste na corte superior em relação ao meio ambiente.

Sobre a autoria nas lides ambientais no STJ se percebe um protagonismo do Ministério Público com 27% das autorias e em 21% das lides atua como réu. O papel das ONGs, que representam a democratização do acesso à Justiça ambiental, por atuarem diretamente como voz da sociedade civil perante o Judiciário, ainda é pequeno no Brasil. Representam apenas 7% dos conflitos atuando em 3% como autor e 4% como réu. No entanto supera de forma inequívoca a atuação da Defensoria Pública responsável por apenas 1% das lides. Há de se ressaltar que, das 35 lides em que ONGs são parte, 20 se situam no Sul do país, 11 são oriundos do Sudeste e apenas 1 do Norte e 1 do Nordeste, sendo as outras duas do Centro-Oeste.

O mapa tratou ainda das principais temáticas dos conflitos, o questionário elencou os seguintes temas: Fauna, Flora, Unidades de Conservação, Recursos Hídricos, Energia, Questões sócio ambientais e crimes ambientais, permitindo que mais de uma temática fosse marcada, principalmente no caso dos crimes que foram associados aos temas centrais. Após a aplicação do questionário foi possível identificar outros dois temas significativos que foram

reagrupados, o primeiro foi Cidade (28) e o segundo Improbidade Administrativa/Processo Disciplinar.

A temática mais recorrente entre os conflitos envolve a flora, problemas com desmatamentos ilegais, transporte ilegal de madeira, lenha ou carvão, áreas de preservação permanente ou reserva legal, somam 192 conflitos, cerca de 34% das lides. Aos diversos tipos de poluição, armazenamento e transporte irregular de substâncias tóxicas, agrotóxicos etc, somam 23% das lides com 131 ocorrências. A fragilidade institucional representada por obras ou atividades sem licenciamento, autorização ou Estudos Prévios de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) somam 20% dos conflitos, com cerca de 108 problemas judicializados. As unidades de conservação, espaços especialmente protegidos de acordo com a Lei 9985 de 2000, como parques, áreas de proteção ambiental, reservas extrativistas entre outras são objeto de conflitos devido a desapropriação (valores, desapropriação indireta etc), ou devido a agressões, como ocupações e desmatamento, estando presente em cerca de 10% dos conflitos, com 53 demandas.

O tema urbano, representado por lides em torno de loteamentos e construções irregulares, Planos Diretores, mudança de leis urbanas e lixo urbano (ausência de aterros sanitários) e poluição sonora representam 5% das lides com 28 demandas. Segue a temática Recursos Hídricos com 4% das ações e 22 conflitos. A questão da Energia, demandas que tocam hidrelétricas principalmente, obteve 2% das demandas com 14 ocorrências. Demandas envolvendo improbidade administrativa e processos administrativos disciplinares foram agrupados e contaram com apenas 9 lides, cerca de 2% das demandas. Um tema transversal, marcado sempre com outra temática associada, foi o crime ambiental. Buscou-se aferir a efetividade da lei de Crimes Ambientais promulgada em 1998. Demonstrou-se que esse instrumento obteve elevado número de recursos, com 34% das demandas sendo tratadas no âmbito penal.

Sobre a tipologia de ação foi possível aferir que recursos resultantes de processos iniciados por Ações Cíveis Públicas respondem por 42% dos casos, seguidos pelas Ações Penais com 34% das demandas. Mandados de Segurança representam 9% dos processos e Ações Populares apenas 1% com 6 casos. Demandas variadas, como execuções fiscais, desapropriação e demais contentas respondem por 15% das lides.

Como demonstrado acima, as possibilidades de análise e cruzamento de dados são diversas, oportunizando uma leitura da realidade em diversos focos e a melhor compreensão da construção de conflitos no Brasil, de forma a buscar

a prevenção, não sufocando os espaços de combate legítimo pela afirmação da cidadania, mas encontrando canais legítimos de expressão e resolução de conflitos que efetivem a afirmação dos direitos e não a sua postergação ou abarrotamento da máquina judiciária. Nesse sentido, a metodologia de elaboração de políticas públicas com base em dados, informações e avaliação de resultados somaria uma poderosa ferramenta de análise e termômetro de eficácia.

Considerações Finais

Uma plataforma colaborativa torna mais palpável e operacional o avanço em relação as metas e objetivos de ampliação do acesso à justiça proposto, principalmente quando vislumbramos um país continental com diferenças regionais abissais. O uso de mapas tem a potencialidade de desmiuçar, por temáticas e regiões, o fazer judiciário, colocando-se como instrumento de gestão, conexão e colaboração no âmbito do Poder Judiciário, por serem facilitadores de proposição de políticas públicas mais consequentes e efetivas.

Outra vantagem do uso de mapas consiste na transparência e legitimação das proposições, por configurar um espaço em que a população poderá participar, compreender e, desta forma, diminuir a distância que afasta o Sistema de Justiça do cidadão, resultando em maior confiabilidade nas ações governamentais e consequente apoio. Nesse sentido, afirma André Lemos (2009, p. 217):

As cartografias revelam narrativas sobre lugares e não representam um espaço de forma panorâmica ou mimética. Mapas tradicionais (representacionais e miméticos) mostram infraestruturas de forma panorâmica. Mapas digitais, navegacionais, permitem a produção de camadas discursivas mostrando actantes em ação.

O aspecto mais sensível à colaboração consiste na espacialização dos temas, cuja exposição no mapa enseja maior abertura para o início de uma fazer judiciário mais cooperativo. Um juiz poderá identificar, ao usar os mapas, se existe uma decisão sobre recursos hídricos e poluição na mesma bacia hidrográfica, por exemplo, facilitando assim sua compreensão e evitando decisões muito divergentes. Principalmente a visualização por temática auxilia a identificar problemas e gatilhos nas demandas, incentivando a cooperação entre os poderes públicos na solução e prevenção dos conflitos.

O mapa reconstrói a memória, o engajamento, a identidade, revela as associações, atores e lugares, auxilia, assim, no aprofundamento da compreensão e na descoberta das causalidades dos conflitos, elemento essencial para uma abordagem complexa e mais sofisticada dos problemas judicializados.

A transformação de dado em conhecimento, sujeito à análise crítica e propositiva, consiste num salto de qualidade na democracia, possibilitado sobretudo pela virtualização e governança aberta que marca o fazer judiciário na gestão do CNJ.

Desse modo, elaboração de plataformas colaborativas possibilita diversas formas de inscrição, interpretação e construção teórica. A sociedade cria um espaço de diálogo e colaboração com o Poder Público na observação e acompanhamento das políticas, na proposição e crítica do fazer político e sobretudo na transparência que se transmuda em melhor gestão, maior elaboração e consistência no fazer político.

Enfim, está em curso uma mudança cultural importante e significativa, aportando estruturas inovadoras na elaboração de narrativas da justiça mais acessíveis e, por conseguinte, aproximando o Judiciário da sociedade, num processo que a democracia ressurgue no fazer, no sentido de Maturana e Varela (1995), para quem o fazer é um conhecer e o conhecer um fazer, sendo a democracia urdida nas novas práticas e interpretações, novas formas de organização e estruturas, diferentes valores e modos de aplicar, ler o direito, bem como reproduzir a organização judicial.

Referências

BBC BRASIL. **Metade dos ambientalistas mortos na última década são brasileiros**. 2012. Disponível em:

<http://noticias.terra.com.br/ciencia/metade-dos-ambientalistas-mortos-na-ultima-decada-saobrasileiros,93690665632da310VgnCLD_200000bbceeb0aR-CRD.html>. Acesso em: 23 abr. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. In: FERREIRA, Helini Sivini; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Estado de Direito Ambiental: Tendências**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia**: O guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). **Síntese da Descrição de BIOMAS**. 2009. Disponível em: <<ftp://geoftp.ibge.gov.br/mapas.../Síntese%20Descrição%20BIOMAS.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

ROCHA, José Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

LEMOS, André. **Manifesto das Mídias Locativas**. Disponível em: <<http://www.andrelemos.info/>>. Acesso em 12 de maio de 2009.

LEROY, Pierre. Brasil Séclo XXI: Os caminhos para a sustentabilidade cinco anos depois da Rio-92. In: LEROY, Pierre et al (Org.). **Fórum Brasileiro de ONGs e Movimentos Sociais para o Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Fase, 1997.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas do entendimento humano. Campinas, SP: Psy II, 1995.

STEINBERGER, Gustavo. **Política em pedaços ou Política em bits**. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário**: Crise, Acertos e Desacertos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

Mediação Ambiental e Prova Processual: Análise a Partir da Doutrina de Michele Taruffo

Thales José Pitombeira Eduardo

Introdução

Os temas “mediação” e “meio ambiente” são importantes à ciência do Direito, considerando o grau de benefícios e as problemáticas envolvidas. Considerando que um se apresenta como instrumento para efetivação da justiça e o outro como um bem jurídico carente de tutela, é que se escolheu uni-los com a finalidade de encontrar respostas ou estimular o debate para alertar a sociedade sobre a importância do tema.

Para engrandecer o debate, acrescentam-se as reflexões do doutrinador processualista italiano Michele Taruffo que traz importantes contribuições para a descoberta de novos caminhos a serem tomados no âmbito da proteção dos direitos na seara processual.

É um prazer contribuir com essa temática no V Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional, promovido pelo Centro de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza e pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, representados pela Professora Bleine Queiroz Caúla e pelo Professor Jorge Miranda.

Sem dúvida, citado evento reúne grandes temas e, dada a sua relevância, já é tradição na Universidade de Fortaleza e se projeta para o âmbito internacional acadêmico com a chancela da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

1. A mediação e o meio ambiente

A mediação é uma técnica alternativa de resolução extrajudicial de conflitos que vem ganhando força, inclusive com o incentivo do Poder Judiciário,

considerando o agravamento da demora da prestação jurisdicional e a tutela efetiva dos direitos envolvidos no processo.

Em razão dos resultados positivos, tem-se alargado, cada vez mais, a aplicação da referida técnica como forma de desconstruir a ideia de que o Poder Judiciário é o poder supremo para dirimir os conflitos sociais.

Pela crise de legitimidade pela qual o Poder Executivo e Legislativo vêm enfrentando, a sociedade viu no Poder Judiciário um “superego” e se afastou do empoderamento capaz de resolver seus conflitos, sempre transferindo a terceiro essa responsabilidade (MAUS, 1999, p.183-202).

Na verdade, na prática, as lides não são resolvidas pelo Poder Judiciário, mas decididas. Há uma diferença expressiva na acepção dos dois termos, pois resolver um conflito requer um estudo mais que meramente jurídico, já que diz respeito à origem. A mediação se propõe, portanto, a resolver o conflito, descobrindo as causas, o que está fora da aplicação meramente legal. Maria de Lourdes Coutinho Tavares (2013, p.168) contextualiza afirmando que,

O conflito de posições acaba por gerar um impasse típico de ser solucionado pela via adjudicatória, atribuindo-se rótulos de vencedores e perdedores às partes envolvidas no problema. Quando o foco da questão passa a girar em torno da manutenção do equilíbrio sistêmico (proteção do bem jurídico ambiental), deixam-se as posições de lado para se permitir a discussão de ideias capazes de preencher todos os interesses afetos à controvérsia, abrindo espaço para a adoção de meios de negociação e mediação.

Por certo, esse momento perpassa por conhecimentos extrajurídicos que requer do mediador desenvoltura e dinamismo para que o objetivo seja atingido. Muitas vezes, a resolução do conflito é alcançada, também, a partir da escolha do desfecho pelas próprias partes envolvidas. Nisso, tem-se a situação em que ambas as partes saem vitoriosas e satisfeitas, acima de tudo.

Se o propósito inicial do processo é a pacificação social, então não é lógico que uma das partes, após o desfecho da lide, externar sentimento de perda, de vingança, de inferioridade.

Ocorrendo tal situação, é notório que o objetivo não foi atingido. Comumente, isso representa a maioria dos casos chancelados pelo Poder Judiciário, daí porque se diz que este decide os conflitos.

No contexto das lides ambientais, a via não judicial pode favorecer alternativas eficazes, tais como a prevenção ao dano e desenvolvimento social, conforme Maria de Lourdes Coutinho Tavares (2013, p.170):

Desta primeira variável, afeta a questão ambiental, toda essa expressão como um conjunto de problemas ambientais que se agregam e se potencializam, surge a necessidade de que tais conflitos sejam solucionados primordialmente por uma via não-adjudicatória – como a mediação – rompendo-se com a concepção geral de que tais métodos somente seriam indicados aprioristicamente àquelas disputas de caráter eminentemente emotivo-interpessoal, visto que somente com um processo de discussão de soluções envolvendo as partes afetadas será possível vislumbrar alternativas eficazes a evitar o dano ao bem jurídico ambiental e ao mesmo tempo permitir um grau máximo de desenvolvimento da sociedade.

Considerando, portanto, os benefícios que a mediação traz para a pacificação dos conflitos sociais, a sua aplicação na seara ambiental é de extrema valia. Isso porque, o conflito ambiental tem natureza policêntrica, ou seja, há várias causas nucleares para explicar a natureza da lide.

A mediação ambiental deu seus primeiros passos nos Estados Unidos, no início da década de 70. Após, foi adotada no Canadá e encontra-se em análise na Europa (TAVARES, 2013, p.170). O grande desafio do século XXI (VEIGA, 2010, p.10) é fazer com que a população global encontre os meios para se implantar o desenvolvimento sustentável. Sabendo que um dos entraves é justamente a compatibilidade do progresso econômico e a proteção do meio ambiente, utilizar a mediação para resolver os conflitos de natureza ambiental seria uma forma de processo educativo para a sensibilização de práticas de condutas ambientalmente corretas, inclusive pelos próprios agentes degradadores.

Isso porque o processo de mediação transfere a responsabilidade de resolver o conflito para as próprias partes envolvidas, criando nelas um sentimento de empoderamento. Tal situação é capaz de provocar uma sensibilização das questões ambientais e transformar condutas degradantes em ambientalmente corretas, pois os principais agentes causadores de impactos enxergam a preservação ambiental como um entrave ao crescimento econômico, sem vislumbrarem a possibilidade de se desenvolver com respeito aos limites naturais.

Ter-se-ia, num primeiro momento, um óbice para a aplicação da mediação, considerando que os bens ambientais são indisponíveis; contudo, as cir-

cunståncias que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado vem adquirindo, qual seja, a visualização do particular como um partícipe na consecução de políticas públicas, na qualidade de colaborador do Estado e não como um agente meramente poluidor que merece punições, possibilita certa flexibilização, pois o intuito é garantir a promoção de uma consciência ambiental e não arriscar a preservação dos bens ambientais.

Pode-se imaginar que os bens ambientais não são disponíveis, o que obstaculizaria a aplicação da técnica da mediação como meio de solução extrajudicial de conflitos.

Em um primeiro momento poder-se-ia concluir pela inaplicabilidade do instituto para conflitos ambientais, contudo, após uma reflexão mais profunda, é possível perceber que a mediação não tem como objeto o meio ambiente em si ou os bens que ele compõe, mas a adoção de instrumentos capazes de recuperá-lo, não por qualquer responsável, mas pelo próprio agente que causou o dano.

Se o agente poluidor compromete-se a reparar, na medida do possível, a área degradada, possibilitando-o corrigir a conduta, há o desenvolvimento de uma capacidade reflexiva de racionalizar a questão ambiental sob o aspecto proativo do particular.

Esse processo pode permitir que o degradador reflita sobre o ato e se sensibilize pela causa, considerando a gravidade e urgência, de forma a reparar o dano e não praticá-lo novamente, elegendo formas alternativas de crescimento sem causar tantos impactos. Maria de Lourdes Coutinho Tavares (2013, p. 171) corrobora esse entendimento:

Embora o Direito Ambiental verse sobre direitos indisponíveis, um de seus princípios é o da participação, que preconiza o envolvimento dos cidadãos, individual ou coletivamente, para a formulação e execução da política ambiental, que garante a transparência das decisões e a participação efetiva de todos, em face disso a mediação satisfaz na condução das questões, pois reduz os custos ao diminuir o número de reuniões das audiências públicas e apresenta um alto nível de cumprimento. Por isso, acreditamos que deveria ser mais utilizado pelos órgãos públicos ambientais, pelo Ministério Público e partes interessadas na tratativa ambiental.

Buscar formas legislativas de bloquear ou punir esses interesses econômicos parece não mais ser a melhor forma para a promoção da tutela ambiental. Isso porque se antes o Estado, através do princípio da supremacia do interesse

público sobre o privado, apenas sancionava aquele que causava dano ambiental, ferindo o interesse público, hoje, a atuação do Estado deve pautar-se principalmente no aspecto da sensibilização dos agentes degradadores pela causa ambiental.

Por isso, afastar a ideia de lide inerente ao processo judicial e estabelecer mecanismos de ajustamento de conduta e prevenção de danos parece ser uma alternativa positiva em relação à judicialização do conflito ambiental, considerando os fortes interesses econômicos facilmente alcançados pelas falhas da processualística cível.

Os argumentos utilizados certamente priorizariam os interesses econômicos. O processo não atingiria a finalidade socioambiental a que se propõe, o dano continuaria e a tutela do meio natural restaria ineficaz.

O método adversarial do processo foge da busca da verdade. O clima de rivalidade estabelecido tende a gerar comportamentos que fomentam ainda mais o contexto da lide, afastando a ideia inicial de abrandamento dos interesses conflitantes. Essa condição faz nascer a distorção dos fatos, a manipulação da verdade, conforme doutrina de Michele Taruffo (2012, p. 135):

[...] historicamente demonstrou-se que o processo *adversary* jamais foi capaz de funcionar como método para a busca da verdade. Esse ofereceu sempre às partes numerosas oportunidades para ocultarem, distorcerem e manipularem a verdade dos fatos. Elas podem decidir apresentar somente as provas que são favoráveis a seus interesses, bem como excluir as provas que são a esses contrárias; cada parte, de resto, tende a fazer com que apareça somente uma parte dos fatos, não tendo qualquer interesse em uma obtenção neutra das informações que servem à apuração dos fatos. A oportunidade que ambas as partes têm de comportar-se desse modo não garante de fato que, ao final do confronto, chegue-se verdadeiramente a uma reconstrução confiável dos fatos da causa.

Para processos com bem jurídico privado, o prejuízo é diminuto, mas, no caso das ações que envolvem bens ambientais, as consequências dessa atuação das partes envolvidas na lide sem o compromisso com a verdade geram perdas incomensuráveis para a sociedade como um todo. Nas palavras de Michele Taruffo (2012, p. 133):

Disso deriva a absoluta irrelevância da veracidade ou falsidade da apuração dos fatos e que a decisão se funda. Se há uma coisa que não interessa de modo algum ao processo *adversary* é justamente a verdade. Aliás: os intérpretes mais rigorosos da concepção *adversarial* do processo frisam que a verdade dos fatos não é um objetivo do processo, *não devendo* ser buscada. Essa de fato, pode requerer tempo, custos e atividades processuais; além disso, pode aprofundar (ao invés de amenizar) o conflito entre as partes, tornando, pois, mais difícil a solução da controvérsia. Por conseguinte, a busca da verdade é contraproducente do ponto de vista da eficiência do procedimento como instrumento utilizado para uma rápida resolução da controvérsia.

Por despreparação e desconhecimento da complexidade das ações que envolvem a proteção ambiental, muitas vezes, os juízes mostram-se equidistantes do objeto da controvérsia e se apegam ao comodismo de esperar que as partes tragam as provas ao processo, não orientando o trâmite probatório com o fim de apurar a verdade dos fatos. Nas palavras de Michele Taruffo (2012, p.132), no processo “[...] não vence quem tem razão; tem razão quem vence”.

Os conflitos ambientais podem ser considerados favoráveis ao desenvolvimento sustentável, pois sua existência demonstra que diferentes setores da sociedade, com visões diversificadas, estão dialogando e buscando a satisfação de suas necessidades, a garantia da qualidade de vida, intimamente ligados à qualidade do meio ambiente.

A resolução de conflitos ambientais para a efetivação do desenvolvimento sustentável deve ser realizada com a participação da sociedade civil e por meio da busca de consenso.

O Princípio nº 17 da Declaração de Joanesburgo, documento resultante da Conferência sobre Desenvolvimento Sustentável realizada pela ONU (Organização das Nações Unidas), em Joanesburgo, na África do Sul, em 2002, reconhece a importância da ampliação da solidariedade humana e considera urgente a promoção do diálogo e a cooperação entre as civilizações e pessoas do mundo, a despeito de raça, deficiências, religião, idioma, cultura ou tradição.

Essa proposta vem sendo estudada em diversos países e tem se mostrado bastante difícil em razão das dificuldades em relação às questões envolvidas, tais como econômicas, políticas e sociais.

A aplicação da sustentabilidade ao desenvolvimento é ainda uma incerteza científica e busca soluções que requerem a participação de diferentes setores

da sociedade. A preocupação deve buscar não apenas a construção de consenso, mas o cumprimento consciente das obrigações e responsabilidades acordadas. A negociação ambiental deve contar com necessidade da real discussão dos interesses econômicos e ambientais, buscando soluções mutuamente aceitáveis.

No Brasil, a sociedade civil, ainda carente de mobilização e organização para encaminhamento e solução de seus problemas, conta com a atuação dos Ministérios Públicos dos Estados e Federal, representados pelas Promotorias e Procuradorias de Justiça do Meio Ambiente, que se empenham na resolução de conflitos ambientais com base no diálogo e construção de consenso. Essas instituições utilizam o Inquérito Civil (IC) e o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) que legitimam o acordo.

É preciso detectar os problemas ambientais de cada região, através do diálogo com os diversos órgãos ambientais e de fiscalização, dentro de suas respectivas competências, e assim criar um projeto macro, buscando resolver as prioridades ambientais locais visando ao desenvolvimento sustentável.

2. A Contribuição Processual de Michele Taruffo

A prova em matéria ambiental normalmente se constitui por laudos, perícias, pareceres, inspeções técnicas que, muitas vezes, dificultam uma maior compressão do juiz acerca das proporções do dano. Por outro lado, considerando seu aspecto técnico e de difícil compreensão na esfera jurídica, as provas em matéria ambiental são facilmente manipuladas.

Há de se considerar, ainda, que os relatórios e estudos de impactos ambientais não são elaborados com parcialidade, pois os agentes degradadores financiam a pesquisa dos técnicos, o que certamente irá atestar a viabilidade ambiental do empreendimento. Deveria haver uma comissão nos órgãos de proteção ao meio ambiente que analisassem cada atividade potencialmente degradadora, atribuindo ao estudo e relatório a chancela e a fé pública.

Não há por parte dos atores que compõe o processo um compromisso com a verdade, mas com a satisfação de interesses, na maioria das vezes, meramente econômicos.

Dessa forma, considerando a complexidade da lide e as características da processualística cível, o conflito ambiental seria melhor trabalhado, muitas vezes, sob os princípios da mediação.

Michele Taruffo apresenta importantes reflexões acerca das circunstâncias que envolvem a prova no direito processual, causando reflexos na tutela do bem protegido. De início, a atuação dos advogados tende a incluir manifestações manipuladas de fatos, “orientadas pelo escopo de vencer a causa” (TARUFFO, 2012, p.63). O efeito persuasivo, muitas vezes, encobre intuits enganosos e desorientadores na verdadeira versão dos fatos.

Citado autor fala em *ética da narrativa* (TARUFFO, 2012, p.64), atestando a dificuldade de se estabelecer instrumentos de controle como forma de obrigação do advogado dizer a verdade ou buscar meios de levar a real verdade dos fatos ao conhecimento do julgador.

Ao passo que o artigo 2º, §2º, do Estatuto de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil, prescreve que o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, vincula tal atuação ao *mínus público*. Tal sujeição perfaz a função social na qual o exercício da advocacia está direcionado.

No caso do processo civil, que envolve a proteção dos bens ambientais, como, muitas vezes, o dano objeto da lide é provocado por agente com notável poder econômico, com empreendimentos de altos investimentos, ocasionando uma sobreposição dos interesses financeiros envolvidos em relação à tutela do bem natural.

A morosidade do processo judicial em casos de suspensão das atividades causadoras de impacto ambiental, muitas vezes, resulta no agravamento do dano. Se determinada atividade é importante para o desenvolvimento econômico, mas causa sérios impactos ambientais, o que fazer?

A sociedade parece não ter assimilado ainda a gravidade da crise ecológica, considerando que o dano ambiental é decorrência natural do processo industrial pela necessidade de extração de matéria-prima. Há, portanto, uma linha tênue que separa o dano causado por determinada atividade econômica e a capacidade do ecossistema afetado se regenerar. Se há determinada tecnologia que causa menor impacto ou auxilia na regeneração mais rápida da área degradada, aquela deverá ser encorajada.

A mediação ambiental pode auxiliar a sociedade a entender melhor os conflitos ambientais e seus reflexos no bem-estar social, considerando que as partes envolvidas na aplicação da técnica serão os agentes poluidores. Com a apropriação desse mister é possível “reconstituir uma sociologia relacional”. (TAVARES, 2013, p.174).

A busca pela verdade sempre foi objeto de discussão entre as ciências. Pelo fato dessa busca se relacionar com questionamentos, muitas vezes para falsear dogmas, a Filosofia contribuiu e ainda o faz. No contexto da falseabilidade da verdade absoluta, a doutrina de Jose Farrater Mora (1964, p.13) esboça reflexões acerca da verdade e da Filosofia:

[...] no es siempre fácil distinguir entre estos dos sentidos de ‘verdad’ porque una proposición Verdadera se refiere a una realidad y de una realidad se dice que es Verdadera. Pero puede destacarse un aspecto de la verdad sobre el outro. Tal ocurrió en la idea de verdad que predominó en los comienzos de la filosofía.

Esse processo de amadurecimento requer a descoberta da práxis ambiental. Ou seja, na mudança do paradigma do modelo de desenvolvimento clássico para a sustentabilidade, é preciso encontrar instrumentos que viabilizem a proteção ambiental no cotidiano, fragmentando-se o conceito de desenvolvimento sustentável para cada atividade.

O homem, na busca pela verdade, sempre esteve inclinado a considerá-la em situações em que a comprovação visual era a mais convincente. Isso fez com que a relação entre o conhecimento e a ciência estivesse restrita a fenômenos.

A trajetória da evolução do sistema processual, sempre com o intuito de agilizar a tutela do direito pleiteado, mostra a criação de instrumentos para acelerar os trâmites. Ocorre que, na realidade, com a necessidade de se cumprir metas estipuladas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), os magistrados, muitas vezes, ignoram a verdade material e se contentam com a verdade formal, comumente falha e mentirosa.

A verdade é inalcançável, é preciso que aqueles que constroem o processo estejam lúcidos quanto a isso. Os construtores dos fatos não têm compromisso com a verdade.

O legislador processual não pôs como finalidade essencial do juiz a busca pela verdade. A verossimilhança dos fatos é suficiente para validade e eficácia da sentença, um conformismo enganado. Estranho é ainda admitir que o grau rasteiro de verossimilhança é suficiente para o juiz prolatar uma decisão embora certo de que não encontrou a verdade dos fatos (material), admitindo-se a “quase-verdade” ou “verdade aparente”.

A fase de instrução probatória na concepção adversarial do processo torna-se absolutamente irrelevante. Difícil é acreditar que as versões apresentadas pelas partes no processo correspondem à verdade ou se prestem a tal, pois na concepção do processo adversarial o melhor argumento elaborado a partir de reflexões das provas vence, não sendo necessariamente o mais correto. A ideia a construção conjunta do processo é utópica, pois somente são apresentadas as provas que são favoráveis aos interesses das partes.

No processo, a verdade relativa (analisada sob um aspecto inicial, admite-se prova em contrário) passa, após a valoração do juiz, a ser absoluta, não na medida em que não cabe mais recurso, mas no sentido de que a decisão faz lei para as partes envolvidas no processo. Daí o caráter salutar do estudo das provas.

A imparcialidade quer dizer equidistância das partes e não dos fatos, da verdade processual, tampouco indiferença em relação ao objeto da causa, muitas vezes com obstáculos na tênue linha limítrofe do princípio do dispositivo/adstrição. A verdade absoluta é inalcançável e os aplicadores do direito devem ter consciência disso, consciência do juiz que não pode alcançar a verdade absoluta dos fatos.

O juiz poderia ter discricionariedade para redistribuir o ônus probatório sempre que verificasse a impossibilidade ou dificuldade de uma das partes de provar tal fato, principalmente quando se trata de conflitos de natureza ambiental, onde o interesse público é notoriamente envolvido. A busca da verdade processual (heurística) se mostra mais imperiosa ao juiz no processo tributário na medida em que há restrição ao uso de bens ambientais.

Considerações finais

Buscar formas legislativas de bloquear ou punir esses interesses econômicos parece não mais ser a melhor forma para a promoção da tutela ambiental. Isso porque se antes o Estado, através do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, apenas sancionava aquele que causava dano ambiental, ferindo o interesse público, hoje, a atuação do Estado deve estar pautada principalmente no aspecto da sensibilização dos agentes degradadores pela causa ambiental.

Por isso, afastar a judicialização dos conflitos ambientais e estabelecer mecanismos de ajustamento de conduta e prevenção de danos parece ser uma

alternativa positiva, considerando os fortes interesses econômicos facilmente alcançados pelas falhas da processualística cível.

Se os argumentos utilizados certamente priorizariam os interesses econômicos, o processo não atingiria a finalidade socioambiental a que se propõe, o dano continuaria e a tutela do meio natural restaria ineficaz.

Referências

BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm>. Acesso em: 11 jan. 2015.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos*, São Paulo, n.20, v. 58, jul./dez., p.183-202, 1999.

MORA, Jose Farrater. *Diccionario de filosofia*. 5. ed. Buenos Aires: Sulamericana, 1964.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

TAVARES, Maria de Lourdes Coutinho. Mediação ambiental: novos paradigmas. *Revista da EMARD*, Rio de Janeiro, v.17, n.1, p.165-199, mar., 2013.

VEIGA, José Eli da. *Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI*. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

Bloco de Constitucionalidade e Parametricidade Constitucional: Instrumentos Importantes à Preservação da Integridade Constitucional

Frederico Antônio Lima de Oliveira

Introdução

O presente estudo parte do conceito de bloco de constitucionalidade e suas origens francesas, quando se pretendeu resguardar um bloco de princípios e normas de cunho material da Constituição francesa de 1958. Especificamente, trata-se de matéria ligada a princípios de justiça e a direitos fundamentais prevalentes às demais normas constitucionais.

Os valores sociais e democráticos são valorizados, e passam a nortear os processos de interpretação, materializados na dignidade da pessoa humana, a solidariedade, a paz, a justiça e a igualdade, ganhando um foro material e buscando um acesso simétrico da população às estruturas do Estado. A existência de valores supremos, verdadeiros cânones constitucionais, remetemo-nos à instituição de um controle quanto à aplicabilidade de tais valores e quanto à conformidade dos demais atos do Estado a tais valores supremos, através de um órgão específico para cumprir essa finalidade.

Nesse contexto, o estudo conforma o reconhecimento do instituto chamado de parametricidade, e, através do qual, admite-se atribuir à norma constitucional o teor de um paradigma de controle. Essa nos parece uma das “portas abertas” para a implementação de um controle de valor na fiscalização abstrata e difusa de nossa constitucionalidade, e mais, como pretendemos neste articulado, nos dá passagem a avaliar o uso de tais institutos jurídico na obtenção da sempre desejada unidade constitucional.

1. Notas Preliminares sobre a Defesa da Integridade Constitucional

Em se tratando do tema do controle de constitucionalidade, em sentido geral, não podemos olvidar em tratar, primeiramente, da idéia de defesa da Constituição como meio de atualização de um sistema de valores existentes no seio da sociedade. Não se trata, portanto, de defender uma mera disposição semântica de controle de valores como simples produto nominal, mas sim, com lei suprema, política e científica.

A normatividade constitucional impõe a validade ordenada de todas as demais normas infra-constitucionais, conferindo ao ordenamento a sua *realidade social*. Por esse prisma, dispôs Hermann Heller sobre a Constituição como realidade social, pautando-a como o instrumento de ação concreta que dá forma à cooperação dos indivíduos e grupos que participam do todo, mediante a coordenação de elos. Assim, para Heller, a Constituição de um Estado coincide com sua organização, ao passo em que a última significa a Constituição produzida somente através da atividade humana consciente (HELLER, 2002, p. 316). Diz Heller existir uma *Constituição real*, em semelhança a concepção de Lassale acerca da conferência real de poder não alojada na Constituição escrita, mas sim, nas relações reais de poder do País (LASSALE, 2003). Lê-se ainda em Heller (2002, p. 317) que: “(...) essas relações reais de poder se acham em constante movimento e mudam a cada momento, não obstante, não dão lugar a um caos, mas formulam a organização e constituição da unidade e ordenação do Estado¹ (...)” (tradução própria).

As constituições escritas são em fenômeno moderno na ótica de Canotilho (1998, p. 58), entretanto, as origens do constitucionalismo remontam a eras bem mais remotas. Segundo Loewenstein² a história do constitucionalismo não é senão a busca pelo homem político e suas limitações ao poder absoluto

1 No original: “Pero esas relaciones reales de poder se hallan en constante movimiento y cambian a cada momento, no obstante lo cual no dan lugar a un caos sino que engendran, como organización y constitución, la unidad y ordenación del Estado”.

2 Diz o prof. Raul Machado Horta (1992, p. 212), citando Lowenstein: “é de verificação corriqueira a afirmação de que o sentimento constitucional, exprimindo a adesão popular à Constituição, não é generalizado, nem constante. A Constituição nominal e a Constituição semântica, categorias que Lowenstein introduziu em sua classificação das Constituições, evidenciam os colapsos paralisadores do acatamento ao texto fundamental. Sem ingressar na análise dos tipos e de sua projeção nas

exercido pelos detentores do poder, assim como o esforço de estabelecer uma justificação espiritual, moral ou ética da autoridade, em lugar da submissão cega aos caprichos da autoridade existente. Distinguiu assim a Constituição material da Constituição formal, correspondente a última ao documento escrito. Aquela que se apresenta para a limitação do poder dos governantes (LOWENSTEIN, 1986, p. 150). Em Jorge de Miranda lê-se que a existência da Constituição anterior ao constitucionalismo (concebido este como “a luta por uma Constituição limitativa do poder e de garantia dos direitos individuais”). Diz o professor catedrático português que essa é a Constituição em sentido institucional, pois, torna visível o Estado como instituição, como algo de permanente para lá das circunstâncias e dos detentores do poder, na medida em que revela os elementos políticos sobre as intenções subjetivas dos governantes (MIRANDA, 1988, p. 12-13). Numa ótica institucional do constitucionalismo, tem-se em André Hauriou (1980, p. 104) que ao conceber a sua Constituição o Estado está auferindo a sua maturidade política.

Em Hans Kelsen (1985, p. 240), lê-se sobre a Constituição como “o escalão do Direito positivo mais elevado. É a norma ou o conjunto de normas jurídicas através dos quais se regula a produção de normas jurídicas gerais”. Carl Schmitt diz ser a Constituição uma decisão política fundamental tomada pelo titular do poder constituinte, surgindo, em sentido positivo, mediante um ato de poder constituinte. A Constituição é, portanto, uma decisão consciente que a unidade política, através do titular do poder constituinte, adota por si própria e se dá a si própria (MIRANDA, 1988, p. 49).

Para Rudolf Smend, a Constituição é a realidade integrada da comunidade política na medida em que prevê os órgãos, as funções formais e as missões reais do Estado. Já em Georges Burdeau (1966) a Constituição é o estado do poder, estabelecendo a autoridade de um poder de Direito, que, na sua substância, nas suas possibilidades e limites, ficando subordinado à idéia de Direito oficialmente consagrada na Constituição (MIRANDA, 1988, p. 50-51).

Na atualidade, aponta José Afonso da Silva (1989, p. 42) que:

“as constituições têm por objetivo estabelecer a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos, o modo de aquisição do poder, e a forma de seu

diferentes áreas do universo constitucional, é necessário, todavia, identificar a fonte cultural da desestima constitucional, com reflexos no declínio e erosão da Constituição”.

exercício, limites de sua atuação, assegurar os direitos e garantias dos indivíduos, fixar o regime político e disciplinar os fins sócio-econômicos do Estado, bem como os fundamentos dos limites econômicos, sociais e culturais”.

Concebe-se que a idéia posta por Hermann Heller encontra amparo na lição do constitucionalista também alemão Konrad Hesse, de que o real e o constitucional devem estar próximos, e, para tanto, a Constituição necessita estabelecer a possibilidade de existência das chamadas *mutações constitucionais* como possibilidades existentes nas Constituições, quanto a sua interação histórica com a sociedade, propiciando mudanças no texto constitucional sem que se altere a sua essência, mas que se concretizem o conteúdo das normas constitucionais (HESSE, 1983, p. 24). A lição de Anna Cândida da Cunha Ferraz (1993, p. 5-6) se amolda com justeza, quando diz:

“Por processos formais de mudança na Constituição’ entende-se todo e qualquer procedimento que, previsto pela própria Constituição, vise a alterar, modificar, acrescentar, reduzir, suprir ou rever o texto constitucional, de modo expresse. A Reforma, a Revisão e a Emenda Constitucional são os rótulos mais usualmente utilizados para designar os Processos Formais de Mudança da Constituição”³.

Entretanto, as Constituições rígidas também poderão ser alvo de mudanças não formais, que adotou Anna Cândida da Cunha Ferraz a lição de Biscaretti Di Ruffia, que classificou as mutações constitucionais informais em dois grupos, a saber, a interpretação constitucional e seus subgrupos (legislativa, administrativa, jurisdicional etc.) e os usos e costumes constitucionais (FERRAZ, 1993, p. 19).

3 Ainda sobre a análise das possibilidades de mutação constitucional nas Constituições rígidas, como o caso brasileiro, diz ainda a profa. Ferraz: “Os processos formais de mudança da Constituição, nas suas diferentes modalidades, não esgotam, todavia, o fenômeno de contraposição entre constituição normativa e realidade constitucional, ou, mais precisamente, da tensão permanente que se coloca entre a constituição normativa e a sua aplicação. A realidade constitucional demonstra, ao contrário, que as constituições rígidas, a par das reformas constitucionais, sofrem outros tipos de mudança. Com efeito, a previsão constitucional de processos de mudança não tem sido suficiente para abranger e resolver toda a problemática da tensão entre a estabilidade e mudança, entre a estática e a dinâmica constitucionais. Até porque não é possível calcular sempre os rumos futuros: tampouco dispôr de preceitos escritos para todas as possíveis mudança e transformações que possam aplicar-se às novas relações jurídicas”. (Cf. Pablo Lucas Verdú, *Curso de derecho político*, v. IV, Madrid, Tecnos, 1984, p. 165. *Apud*. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, Ano 2, N. 5, out/dez, 1993, p 16).

Dispondo sobre a permanência e mudança das Constituições, leciona Raul Machado Horta (1992, p. 215) que:

A desvalorização da Constituição escrita, a erosão da consciência constitucional e a caducidade da Constituição são manifestação que abalam a permanência da Constituição. Cabe examinar, em seguida, outro tipo de comportamento que repercute na permanência da Constituição, que é a *mudança da Constituição*, para identificar a natureza das relações entre permanência e mudança constitucional. A mudança na Constituição não se identifica, necessariamente, com a desestima da Constituição. Ela se propõe, via de regra, a introduzir aperfeiçoamentos e correções no texto constitucional. Opera no ruma da evolução. Não obstante tais inspirações, a mudança na Constituição reflete, com maior ou menor profundidade, uma insatisfação com o texto constitucional, cuja a matéria se propõe a alterar ou substituir. A mudança na Constituição se exterioriza em duas formas de atuação: reforma constitucional, empregando esta expressão no sentido amplo, para abranger revisão e emenda, e a mutação constitucional.

O debate sobre a defesa da integridade constitucional e as possibilidades formais e informais de mudança na Constituição, nos remete, sob a ótica das constituições rígidas, como é o caso brasileiro, a análise mais estreita do princípio da supremacia da Constituição e os sistemas de controle da constitucionalidade das normas.

2. Constitucionalismo Moderno e Jurisdição de Formato Político

O relevo que deve ser dado para a introdução do constitucionalismo moderno se mostra no fato de que essa nova fase da história das Constituições, representou o grande salto no pensamento jurídico para uma organização sistêmica e racional das sociedades, a partir de um comando superior que garantisse os direitos fundamentais do homem. Foi, sem dúvida, o embrião para a adoção das Cortes Constitucionais pelo mundo moderno.

Percebe-se que o marco de surgimento do constitucionalismo moderno se dá com o início propriamente dito da chamada “modernidade”. A modernidade

visou a romper a cultura medieval e estabelecer o homem como explicação do mundo a partir de si mesmo, centrando-se no princípio da subjetividade, alicerçado basicamente na autonomia do homem agir e pensar no mundo.

Um dos marcos de transição da história moderna do direito foi a Revolução Francesa que conferiu ao direito a afirmação do indivíduo e a universalização da razão, e, nesse sentido, consolidou a construção racional dos direitos fundamentais e universais do homem. A filosofia do séc. XVIII esteve imbuída da unidade e da imutabilidade da razão.

A Constituição moderna pode ser definida como: “a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político” (CANOTILHO, 1998, p. 46). Com a ótica moderna, a partir de um pacto social fundador (Constituição), organizou-se uma ordem sistemática e racional da comunidade a fim de garantir os direitos fundamentais do homem, assim como, também se ordenou o poder político, com o princípio da separação de poderes, idealizado por Montesquieu, ainda no alvedrio das monarquias constitucionais.

Estabelecendo-se que o próprio homem deveria pesar e estabelecer as condições de sua organização social, rompeu-se com a referência do direito natural, dando azo às teorias do poder constituinte legitimado na Constituição. Nesse passo, delineia-se também, em paralelo, o que seria o objeto da Jurisdição Constitucional nas democracias modernas, circunscritos em dois elementos específicos, quais sejam: a) a guarda da separação de poderes; e b) a garantia dos direitos fundamentais.

Em Norberto Bobbio, lê-se que a Constituição moderna é “a própria estrutura de uma comunidade política organizada, a ordem necessária que deriva da designação de um poder soberano e dos órgãos que o exercem” (BOBBIO; MATTEUCI; PASQUINO, 1997, p. 247). Para Celso Ribeiro Bastos, a ideia de uma Constituição como conjunto normativo disposto em um documento escrito surgiu no final do séc. XVIII, como resultado do movimento constitucionalista. Disse o professor Bastos (1979, p. 10-12): “o constitucionalismo veio a ser, então, o movimento ideológico e político para destruir o absolutismo monárquico e estabelecer normas jurídicas racionais, obrigatórias para governantes e governados”.

Na mesma direção, leia-se em Jürgen Habermas (1997, p. 193-305) que o direito a esse momento passou a encontrar a sua forma na força legitimadora da

razão humana, esta encarnada na forma semântica da lei pública geral e abstrata da qual a Constituição constitui o núcleo legitimador e fundante.

No dizer de Karl Loewenstein (1986, p. 150), tem-se que: “(...) a história do constitucionalismo não é mas que a procura do homem político e as limitações ao poder absoluto exercido pelos detentores do poder, deste modo, na tentativa de estabelecer uma justificação espiritual, moral ou ética da autoridade, em vez da sujeição cega à facilidade da autoridade existente”⁴. (tradução própria).

A organização sistemática da comunidade política, como se insere no contexto do constitucionalismo moderno, necessita ser analisada sob o prisma do contexto sociopolítico onde o Poder Judiciário se insere. Numa evolução do papel jurisdicional exercido pelo Judiciário, tem-se fases históricas distintas que vão desde o Estado Liberal, passando pelo Estado do bem-estar social até chegarmos ao Estado Democrático de Direito.

Até os idos da Primeira Guerra Mundial o poder político do Estado restava em muito concentrado na figura do Poder Executivo, asseverando o papel do Poder Legislativo e isolando politicamente o Judiciário. Esse foi o período dos juízes “boca da lei”, exigindo-se que as decisões judiciais fossem fundamentadas estritamente na lei. No interregno das duas grandes guerras mundiais, advém a concepção humanista que trouxe consigo os direitos sociais e consolidou uma justiça distributiva, aumentando em muito a visibilidade política do Judiciário e afastando a sua antiga neutralidade.

O Judiciário assume uma posição pró-ativa com o direito, em particular com as discussões de legitimidade, de representação processual e com o preenchimento das lacunas formais acerca dos direitos difusos e coletivos. Chega-se num terceiro momento, onde o Judiciário se depara com um contínuo processo redução legislativa e desestabilização social, gerando um nível muito maior de dissenso na sociedade. Enfatiza-se na atualidade a nova capacidade do Poder Judiciário em produzir, no exercício da jurisdição, um maior consenso social nos conflitos de interesses que lhes são formulados. Por esse prisma, nos parece relevante denotar a seguinte síntese do atual momento histórico, elaborado por Flávia de Almeida Castro (2002, p. 171):

4 No original: “(...) la historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentores del poder, así, como el esfuerzo de establecer una justificación espiritual, moral o ética de la autoridad, en lugar del sometimiento ciego a la facilidad de la autoridad existente”.

A independência do Poder Judiciário e sua atuação sociopolítica manifestam-se, nessa fase, no confronto com outros Poderes, tanto no combate a corrupção como também em casos de desvio e abuso de poder. Se a ação incisiva dos tribunais, nessa luta, os coloca na linha de fogo de ataques demolidores do Executivo e Legislativo, há que ressaltar que suas atitudes firmes fazem com que esse poder ganhe a confiança dos cidadãos. No plano das idéias, à razão instrumental sucede a uma razão comunicativa, definida por Habermans, a qual implica na capacidade de estabelecer um conseso entre as partes envolvidas em um conflito de interesses, de tal forma que, resolvido o litígio, tanto aquele que teve o seu direito reconhecido como o outro a quem foi negada a pretensão acatem plenamente a decisão, pois que esta, em seus íntimos, significa uma forma democrática de participação social.

A capacidade concretizadora do Poder Judiciário, no que toca à implementação dos direitos fundamentais dos indivíduos, é tarefa que não cabe apenas aos Poderes Executivo e Legislativo. Diz-se que o Judiciário vem a projetar a ordenação política do Estado consagrada nos limites constitucionais. O reconhecimento do conteúdo normativo da Constituição e sua supremacia, confere ao Judiciário leva a que a Jurisdição Constitucional venha a proteger, além dos direitos fundamentais, a separação de poderes e a legalidade (constitucionalidade) do ordenamento.

A conformação jurídica dos processos de exercício do poder político é, sem sombra de dúvidas, o “ponto nervoso” da chama jurisdição política em nossos dias. O distanciamento entre a Constituição forma e sua concretização, leva-nos a entendimento em alguns casos até extravagantes, como se mostra no exemplo alemão, onde a liberdade de controle dos tribunais é de tal forma ampla a ponto de provocar o estrangulamento. Nos Estados Unidos, nota-se que o exercício da jurisdição política veio a provocar certos entraves pelo ativismo judicial que lá se operou, fazendo com que medidas indesejáveis de autocontrole da Magistratura se operassem nas questões eminentemente políticas e de grande repercussão social (CASTRO, 2002, p. 174-175).

Nos parece, que, tanto a ideia de uma jurisdição “laica” nos dia de hoje se mostra inviável, e por essa ótica, a chave, talvez, para a bom curso do dilema contemporâneo dos limites da jurisdição política se assente no resgate da consciência jurídica dos operadores do direito, e em especial dos juízes no ato de interpretar os comandos constitucionais. Estando os Magistrados aptos a

interpretar com consciência a Constituição, parece-nos que o distanciamento entre a Constituição formal e material será sensivelmente reduzido, reservando ao Judiciário um espaço discricionário de interpretação contextualizado no objeto e extensão das normas constitucionais incidente sobre os casos concretos.

A condição aberta da Constituição resulta num progressivo processo de concretização de seus fundamentos por meio da interpretação constitucional. Em sendo assim, a interpretação e seus problemas surgem com muita frequência, forçando com que o intérprete tenha sempre em mente essa dinâmica evolutiva da formação constitucional como produto de um sistema aberto de normas. A responsabilidade do intérprete constitucional é buscar sempre o resultado constitucionalmente mais adequado, de forma racional e previsível⁵.

Assinala Eduardo Garcia de Enterría (1981, p. 137):

[...] Todo o problema da justiça constitucional está centrado numa questão de princípio: ser ou não conveniente reconhecer o caráter de norma jurídica da Constituição. Se a resposta for negativa, isto implica em uma série de consequências e, de imediato, as seguintes: a Constituição será tida como um compromisso ocasional de grupos políticos, substituível a qualquer momento em que o equilíbrio destes seja alterado; o qual representa uma provocação positiva para a mudança constitucional, através da qual cada grupo tentará melhorar suas posições e, se for possível, eliminar os seus antagonistas⁶ [...]”. (Tradução própria).

A decisão constitucional, apesar de tratar de matéria política, e, nesse sentido, a Constituição está realmente enredada por substâncias políticas. Citando o Klaus Stern, em André Ramos Tavares (1998, p. 41-42) se lê que jurisdição sobre matéria política não é o mesmo que jurisdição política, na medida em que se sujeita aos mesmos métodos de jurisdição contenciosa. Portanto, mesmo

5 Bem diz Patrícia Ulson Pizzaro sobre o modelo de hermenêutica concretizante (*O método hermenêutico-concretizante*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. Ano 5. no. 17. Out/dez, 1996, p. 82).

6 No original: “[...] Todo el problema de la justicia constitucional enraiza en una cuestión de principio: si se conviene o no en reconocer a la Constitución el carácter de norma jurídica. Si la respuesta es negativa, ello implica una serie de consecuencias y, por de pronto, las siguientes: una Constitución será concebida como un compromiso ocasional de grupos políticos, sustituible en cualquier momento en que el equilibrio de éstos arroje un resultado diverso; lo cual se traduce en una incitación positiva al cambio constitucional, por la vía del cual cada grupo intentará mejorar sus posiciones y, si le resulta posible, eliminar a sus competidores [...]”.

existindo os contornos políticos, o exercício da jurisdição constitucional não constitui uma prática política.

Acerta em nossa ótica André Ramos Tavares, quando aponta que as decisões de controle constitucional da atividade política se apresenta conformada à Constituição, fomentando a necessidade de integração entre os elementos jurídicos e políticos.

O formato político da jurisdição constitucional e suas implicações são bem retratados, na lição trazida, novamente, por André Ramos Tavares (1998, p. 69-70), citando pronunciamento do ex-presidente da Corte Constitucional Portuguesa, José Manuel M. Cardoso da Costa *verbis*:

Com efeito, nesta se trata, em larga medida [...] de decidir e função de 'princípios' e não de 'regras' jurídicas tecnicamente acabadas, com freqüente recurso a conceitos de valor, ou a conceitos indeterminados, cláusulas gerais e mesmo simples directrizes – como são os que efectivamente preenchem boa parte do quadro normativo constiucional. Princípios, conceitos, cláusulas e directrizes essas cuja 'determinação' só logra obter-se, assim, através de uma 'mediação' concretizadora dos operadores jurídicos, na qual a 'precompreensão' destes (numa palavra, o mundo das suas referências culturais) não pode deixar de necessariamente interferir. [...] Eis porque, quando estejam em causa questões de fronteira, e que nomeadamente toquem a diversidade de mundividências das pessoas, não é de estranhar o dissenso nas decisões, nem a controvérsia que em torno delas se instale. O facto ocorre – é sabido e notório – em todas as jurisdições constitucionais [...] dessa ilação, extrai-se a conseqüente necessidade de se assegurar no Tribunal uma composição que seja plural, ou por outras palavras, do 'ponto de vista' das 'referências culturais' dos seus membros, que seja o reflexo das diferentes 'sensibilidades constitucionais' [...] imperantes na comunidade política e jurídica, e que permita, através do debate ou mesmo da dialéctica interna do tribunal, ultrapassar, quanto possível, o condicionamento emergente da precompreensão de cada juiz para se alcançar por aí a objectividade viável [...]."

3. Bloco de Constitucionalidade e Parametricidade Constitucional

O conceito de *bloco de constitucionalidade* tem suas origens na França pós-revolução branca (não armada) de maio de 1968. A instituição do Conselho Constitucional Francês se pôs a fim de resguardar um bloco de princípios e normas de cunho material da Constituição francesa de 1958. O Conselho Constitucional francês ampliou os limites constitucionais, considerando haver princípios *superiores à normativa constitucional*, e ligados à idéia de justiça e de direitos fundamentais. Foi, sem dúvida, uma idéia revolucionária do século XX, que permite o reencontro da normatividade com os valores éticos e com a metafísica. Os valores sociais e democráticos são valorizados, e passam a nortear os processos de interpretação, materializados na dignidade da pessoa humana, a solidariedade, a paz, a justiça e a igualdade, ganhando um foro material e buscando um acesso simétrico da população às estruturas do Estado.

O conceito de *bloco de constitucionalidade* é capital para a defesa de um possível controle dos valores democráticos pelo STF, como assim é por nós imaginado. Em se considerando a existência de um *bloco de constitucionalidade* composto por valores e princípios supremos, verdadeiros cânones constitucionais, remetemo-nos à instituição de um controle quanto à aplicabilidade de tais valores e quanto à conformidade dos demais atos do Estado a tais valores supremos, através de um órgão específico para cumprir essa finalidade. É óbvio que tal afirmação nos remete ao debate que já indicamos nesta pesquisa, sobre o exercício da jurisdição constitucional como *legislador positivo*, *negativo* ou *flanqueado*. O STF já se manifestou de forma contrária ao exercício do controle de constitucionalidade como *legislador positivo* criando regulações alheias aos limites das normas postas⁷.

O papel de uma interpretação concretizante dos valores democráticos é essencial para a implementação de um possível controle de tais valores, e por desiderato lógico, concluímos que a utilização de um *bloco de constitucionalidade* ou de um *bloco legal superior* a exemplo do constitucionalismo francês implica dizermos que a decisão de um Tribunal Constitucional ou de uma Corte Suprema brasileira, na forma que imaginamos, tendo como baliza o direito consti-

7 Nesse sentido, é interessante o levantamento feito por Mendes (1996).

tucional europeu, consagraria a possibilidade de se fiscalizar a observância dos valores fundamentais de nossa República, conforme se apresentam alinhados na estrutura preambular da Constituição em vigor⁸.

A relação entre o *bloco de constitucionalidade* e o *preâmbulo constitucional* é crucial para o entendimento de nossa posposta neste estudo, pois, em paralelo a uma reforma política do Estado que dê autonomia para a jurisdição constitucional brasileira, é fundamental que a mudança de modelo jurisdicional seja arrematada pela compreensão de uma tecnologia capaz de satisfazer as exigências constitucionais do século XXI. Reconhecer a existência de valores materialmente constitucionais fora do texto formal da Constituição, e do *preâmbulo constitucional* como meio balizador da extensão das normas constitucionais é fundamental para a saúde da democracia brasileira, na medida em que resguarda a intenção primeira dos constituintes de 1988, tornando possível o exercício de uma jurisdição constitucional pro-ativa, porém, equilibrada, sem ser seduzida por uma pretensa função legislativa positiva, ao passo que os poderes jurisdicionais de criação estariam afetos às intenções originárias da Assembleia Nacional Constituinte de 1988, sintetizadas no preâmbulo da atual Constituição⁹.

8 Sobre o preâmbulo das Constituições, assim bem define Paulo Dourado de Gusmão (1957, p. 36): “(...) tradicionalmente, as constituições têm uma parte introdutória: ‘preâmbulo’, estabelecadora das ideias políticas, jurídicas, econômicas e culturais, que deverão orientar o legislador ordinário em sua tarefa legiferante e inspirar o intérprete na apuração do sentido do sistema constitucional. O ‘preâmbulo’ encerra, assim, os pressupostos ideológicos da constituição. O ‘preâmbulo’, ou parte essencialmente política da constituição, pode ser considerado como a premissa fundamental da ordem jurídico-política do Estado. Essa parte consta de normas programáticas, de diretrizes, que deverão inspirar o legislador ordinário. É, assim, um programa a ser realizado pelas novas normas, ou pelas normas vigentes, através da interpretação [...]”. E mais, sobre o valor jurídico do preâmbulo constitucional, é interessante a leitura do doutrinador italiano Paolo Biscaretti di Ruffia (1982; 1984), que diz existir uma grande variedade de conteúdo nos preâmbulos constitucionais, sendo difícil a sua conceituação. O jurista italiano propõe que a juridicalidade dos preâmbulos seja aferida conforme a realidade de cada ordenação jurídica estudada, restando que nos casos onde os preâmbulos se mostrem dotados de eficácia jurídica, consideremos que os princípios neles formulados estarão postos como princípios gerais da ordem jurídica do Estado. No direito pátrio, o sempre consultado Celso Ribeiro Bastos (1997) diz não ser o preâmbulo constitucional dotado de força coercitiva.

9 Várias das polêmicas de hoje, muitas delas frutos, dentre outros elementos, das normas-programa e da expansão dos direitos fundamentais considerados sociais no texto da atual Constituição, poderiam ser equacionadas com certa segurança, na medida em que a definição dos direitos materiais contidos no *bloco de constitucionalidade* por uma Corte Constitucional, sob as balizas dos valores exarados no preâmbulo do texto maior, resguardaria a unidade constitucional e sua estabilidade, adequando a evolução dos preceitos sociais em face do texto constitucional, sem a necessidade de constantes alterações via de emendas, reformas e revisões constitucionais; e, ao seu turno, evitando conflitos na jurisdição constitucional ordinária, em particular, no que se refere à colisão de princípios

Por essa nova perspectiva, a formulação de um *bloco de constitucionalidade* ou de *legalidade* apto a conformar e inserir os avanços sociais no tecido formal da Constituição, por meio de uma interpretação concretizante e pró-ativa, possibilita a estabilização dos preceitos constitucionais, e, conseqüentemente, a materialização e aplicabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, em regra, os direitos fundamentais de terceira dimensão, na maioria considerados universais, com os direitos humanos, que se inserem na Constituição de 1988 com direitos e garantias decorrentes de tratados e convenções internacionais de que a República brasileira faça parte, e, que, nessa condição, se colocam no ordenamento jurídico brasileiro com *status* de normas constitucionais com o atributo da *fundamentalidade* (*ex vi* art. 5º, § 2º). Os direitos universais garantidos por tratados internacionais onde o Brasil é signatário, inserir-se-iam nos limites do *bloco de constitucionalidade*, como por exemplo, aqueles limites que se apresentassem em paralelo aos direitos amparados nos arts. 5º ao 17º da CF/88¹⁰.

O STF já dá mostras de que a tecnologia do *bloco de constitucionalidade* é algo possível, ou pelo menos, admissível num futuro próximo dos julgamentos daquela Corte Constitucional. No despacho, relativamente recente, da lavra do Ministro Celso de Mello, que negou seguimento a ADIn nº 1588¹¹, reconheceu-se o instituto chamado de *parametricidade*, através do qual se admite atribuir

constitucionais, ao choque de preceitos e interesses de cunho estadual e municipal em face da Constituição Federal; e ainda, à *identificação, extensão, fundamentalidade e executoriedade* dos direitos considerados fundamentais. O raciocínio que ora tecemos, apesar de ter uma lógica nova, vale-se de pressupostos já experimentados pelo constitucionalismo contemporâneo, como se dá, por exemplo, na realidade alemã, com o que lá se intitula de *otimização constitucional* como técnica utilizada a partir da ponderação de valores constantes da própria Constituição, afastando as inconstitucionalidades existentes para dar concreção aos seus valores supremos (MENDES, 1996). É bom frisar que não se está defendendo aqui, pelo menos no caso brasileiro, a existência de valores históricos e tradicionais que autorizem raciocínios como o defendido por Otto Bachof sobre a existência de normas constitucionais inconstitucionais, em face do reconhecimento de uma jurisdição consuetudinária. O que se admite como interessante é a possibilidade de fixação de valores cogentes a serem resguardados pela jurisdição constitucional no exercício do controle de constitucionalidade tanto pela via concentrada como pela via difusa. (Leia-se BACHOF, 1994).

10 A ideia que pregamos sobre a aplicação do chamado *bloco de constitucionalidade* (*block of constitutionality*) à realidade constitucional brasileira já dá indícios de sua possível aplicação ressalvada a reforma do Estado que julgamos necessária para a melhor definição e aplicação dos poderes estatais. É visível que a tecnologia do *bloco de constitucionalidade*, como na realidade francesa, é fundamentalmente um controle das *questões políticas*, e não das atividades política e legislativa a serem realizadas, respectivamente, pelos Poderes Executivo e Legislativo.

11 DJU, Seção I, de 17.04.2002, p. 9.

à norma constitucional o teor de um paradigma de controle. Essa nos parece uma das “portas abertas” para a implementação de um controle de valor na fiscalização abstrata e difusa de nossa constitucionalidade¹².

Os padrões de obediência dos estatutos do Estado e as formas de exercício de seu poder vêm mudando seu foco num constante ciclo dialético de afirmações e contradições. A obediência às exigências legais formatadas na legalidade e autoridade dos modernos vem recebendo um novo enfoque em seu uso, no qual a legitimidade não surge da forma válida da lei, mas sim, da aceitação e do consenso populares frente a decisões portadoras de discursos lógicos e razoáveis, onde a majoração dos valores constitucionais é balizada pelos conceitos retidos nos preâmbulos constitucionais. Numa síntese apertada diríamos uma possível equação para a observância formal das exigências constitucionais contemporâneas e a manutenção da unidade constitucional. Leia-se: *consenso popular (aceitação) + preâmbulo constitucional = unidade constitucional*.

O que se pretende é dar uniformidade às decisões da Corte Constitucional, atrelando-as aos princípios constitucionais em busca de uma possível unidade da Constituição nas sociedades complexas de hoje. Nada mais é do que se estabelecer uma perspectiva *procedimentalista* da teoria constitucional, com a consagração de um processo de *filtragem* dos valores constitucionais e suas realizações através de parâmetros conceituais pré-definidos, sem olvidar, no entanto, do conteúdo ético moldado pela Constituição, e assim, estabelecendo a mitigação das técnicas procedimentais com os aspectos institucionais pregados pela corrente constitucional *substancialista*.

É fato que as *questões políticas*, em particular, aquelas destinadas à manutenção da governabilidade perpassam por um controle da discricionariedade administrativa, especialmente, no que diz respeito à implementação das políticas públicas e dos programas estatuídos no texto da Constituição. Essa realidade

12 A formulação de parâmetros, construídos com o uso de uma argumentação racional, por uma Corte Constitucional autônoma, a fim de tratar de forma adequada, dentre outras, das questões consideradas políticas, detém importância, pelo que percebemos, primordial, tanto para a manutenção da estabilidade constitucional como para a efetividade de suas normas. O argumento é mais verdadeiro quando observamos a pluralidade de noções de Constituição e de significados nela insertos, mais ainda, em se considerando aqueles considerados indeterminados, o que ressalta a necessidade de serem estabelecidos parâmetros, decorrentes do próprio texto constitucional, para a atividade hermenêutica concretizadora dos valores democráticos em sentido amplo. Trata-se de se estabelecer os limites de projeção dos sentidos e da aplicabilidade das normas constitucionais. Sobre os diferentes sentidos da Constituição em TEIXEIRA, 1991.

nos conduz, sem paradas, a uma postura dita por Oscar Vieira Vilhena (2002, p. 230) como *consequencialista* dos membros do STF, preocupados com os efeitos de suas decisões, proferidas com argumentos quase sempre não jurídicos, o que por vezes dificulta a passagem de uma interpretação criadora da Constituição.

Conclusões

Pelo que observamos nesta análise, os espaços destinados à interpretação constitucional pelo Legislativo, por meio de lacunas formais, axiológicas, ou ainda, por meio de termos vagos, imprecisos ou propriamente abertos têm sido preenchidos pelo Poder Judiciário, bem como, rejeitando, como já visto, por inconstitucionalidade, a aplicação de normas privadas não compatíveis com os direitos fundamentais relacionados.

As cláusulas gerais são dotadas de uma considerável vagueza semântica, diferenciando-se quanto a sua dimensão quando cotejadas com os conceitos jurídicos indeterminados. Tais cláusulas se mostram como técnicas legislativas, e, rompem os modelos existentes vinculando os fatos enquadrados às determinações específicas, a fim de serem aplicadas sem uma indesejada imprecisão.

Como já visto, as cláusulas gerais se aplicam a partir de uma casuística estabelecida, numa lógica muito próxima a da subsunção fato-norma. Não se apresenta inserta, portanto, no uso das cláusulas gerais, uma espécie de delegação de discricionariedade.

As cláusulas gerais são em verdade disposições normativas com enunciados fluidos e vagos, aptos a serem desenvolvidos ou mesmo completados por decisões fundamentadas num processo hermenêutico contido e justificado aos ditames do espaço legislativo ou axiológico conferido. Trata-se de um processo de conhecimento e não de pura vontade.

É de bom alvitre, apenas para deixar claro nesta apertada síntese que, no caso dos conceitos jurídicos indeterminados, a atividade do Juiz e de interpretação limitada, reportando-se ao fato concreto ou ao termo vago; diferentemente, na hipótese das cláusulas gerais, onde, caberá ao Juiz uma atividade valorativa maior, não se esperando da atividade jurisdicional apenas a definição do significado do enunciado normativo, mas, que ele complete a formulação da norma ao determinar e graduar suas consequências.

Parte-se da concepção acerca da necessidade de se aplicar as hipóteses abertas, vagas, imprecisas ou de sentido indeterminado das regras jurídicas métodos hermenêuticos ajustados aos precisos espaços legislativos encontrados, de forma minimalista e precisa, passível de ser contida a atividade ao teor específico do termo ou conceito envolvido. É o que entendemos por chamar de uma possível *hermenêutica minimalista* que, além do uso de métodos hermenêuticos próprios e princípios específicos de interpretação constitucional, também se reporta ao uso do *princípio da boa fé objetiva* para integrar o negócio ou o fato jurídico a ser julgado.

As possibilidades de uso dos métodos hermenêuticos e princípios de interpretação constitucional para o caso, bem como, as peculiaridades na aplicação do princípio da boa fé a fim de integrar as cláusulas gerais nas relações privadas serão melhor tratadas em outros estudos mais articulados.

Referências

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Trad. De José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 9. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BURDEAU, Georges. **Droit constitutionnel et institutions politiques**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1966.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. O papel político do poder judiciário. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, n. 38, Ano 11, jan./mar., p. 289-303, 2002.

DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. **Introducción al derecho constitucional comparado:** las “formas de estado” y las “formas de gobierno”. Las Constituciones Modernas. México: Fondo de Cultura Económica, 1982.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **La constitución como y el tribunal constitucional.** Madri: Civitas, 1981

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo: Revista dos Tribunais; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, Ano 2, N. 5, out/dez, 1993, p. 5-6.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Manual de direito constitucional.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia.** Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1997. v. II.

HAURIOU, André. **Derecho onstitucional e instituciones políticas.** Barcelona: Editora Ariel, 1980, p. 104.

HELLER, Hermann. **Teoría del Estado – política y derecho.** Traducción de Luis Tobio. México: Fondo de Cultura Económica, 2002., p. 316.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional (selección).** Trad. Pedro Cruz Villalón. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 24.

HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na Constituição. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo: Revista dos Tribunais; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. Ano 1. out./dez., 1992, p. 212.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução: João Baptista Machado. 6ª ed., 1998, Martins Fontes, São Paulo.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição.** Campinas-São Paulo: Editora Minelli, 2003.

LOEWENSTEIN. Karl. **Teoria de la constitución.** Barcelona: Editora Ariel, 1986, p. 150.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo II. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

PIZZARO, Patrícia Ulson. O método hermenêutico-concretizante. **Cardernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo: Revista dos Tribunais; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. Ano 5. no. 17. Out/dez, 1996, p. 82.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, 42.

TAVARES, Andre Ramos. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universiária, 1991.

Perspectivismo Jurídico: Contribuição Ameríndia aos Direitos Ditos Humanos

Felipe Kern Moreira

Introdução

“E Maíra se transformava num Tamanduá alegre e falador, ali diante de todos. Mas lá dentro permanecia ele mesmo, porque depois voltava ao natural. Os mais velhos, percebendo isso, começaram a ter medo.” (Darcy Ribeiro, Maíra, 1978, p. 153)

Nos últimos anos, o tema ‘povos indígenas’ se intensificou no campo das decisões jurídicas brasileiras. A título de exemplo, no momento em que este artigo era escrito, o Congresso Brasileiro tentava votar o Projeto de Emenda Constitucional (PEC) 215¹ que pretende regulamentar o artigo 231² da Constituição brasileira³. Esta intensificação é também resultante da eficiência dos direitos previstos na Constituição brasileira de 1988, da atuação de movimentos organizados dos povos indígenas e mesmo de tendências globais. Acerca deste último aspecto, o *National Intelligence Council* dos EUA, publicou, em novembro de 2008, o Relatório *Global Trends 2025: a Transformed World*, no qual prevê que tribos, assim como líderes religiosos, irão influenciar uma ampla gama de assuntos sociais, políticos e econômicos. Isto confere poder relativo

-
- 1 A PEC pretende transferir do governo federal para o Congresso Nacional a oficialização de Terras Indígenas, Unidades de Conservação e territórios quilombolas. No dia 17 de dezembro de 2014, “o Congresso Nacional finalizou as votações do ano legislativo sem que a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 215/2000 tenha sido votada pela comissão especial que a analisava. Com isso, de acordo com o Regimento da Câmara, a comissão deve ser extinta e a PEC arquivada na virada do ano.” (ISA, 2014).
 - 2 “Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.”
 - 3 A PEC pretende transferir do governo federal para o Congresso a oficialização de TIs, Unidades de Conservação (UCs) e territórios quilombolas.

aos povos indígenas frente à sociedade dos Estados (NATIONAL SECURITY COUNCIL, 2008, p. 81). O Relatório também indica o aumento das populações indígenas na América Latina (NATIONAL SECURITY COUNCIL, 2008, p. 15), tendência esta confirmada, no Brasil, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística⁴.

O propósito deste artigo é debater alcances de direitos indígenas no plano dos direitos humanos e não o inverso da sentença. A este respeito, aduz que é possível fazer o tema avançar juridicamente a partir de compreensões mais amplas das sociedades indígenas, ao que faz referência ao *perspectivismo ameríndio*, discurso teórico da área da Etnologia. A forma de redação desta contribuição, reflete a preleção feita durante o V *Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional*, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 13 de outubro de 2014, com os acréscimos científicos e metodológicos necessários, os quais implicam acrescentar dados que permitam o entendimento mais correto da comunicação oral. Dada a natureza e o escopo do artigo – o registro de uma comunicação – ficam abolidos por mim certos rigores de um texto cientificamente hirto. Nestes aspectos, refiro-me, em particular, ao uso de primeira pessoa e ao refino da retirada de referências teóricas além do mínimo necessário à construção do raciocínio, com o que poupo meus leitores. A tempo, o autor é grato pelo generoso convite feito pelos professores Jorge Miranda e Bleine Queiroz para participar deste V *Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional*.

Não sei se cuida-se de *mera coincidência*, mas nesta Mesa, ao centro, situa-se a área constitucional, ladeada pelas políticas públicas, à direita, e pela área tributária, à esquerda, metafórica- e literalmente aqui, *manus sinistra*. Nas pontas ficam os portadores de necessidades especiais e os índios⁵. Aqui onde sento é um anexo, um *puxadinho* como dizemos no Brasil, inclusive a (garrafinha de) *água* não chegou aqui. Prefiro chamar de *maloca*. Mas isto, com *certeza*, é somente uma *coincidência anedótica e inspiradora* do início desta preleção. “No

4 “Segundo o Censo, em 1991, o percentual de indígenas em relação à população total brasileira era de 0,2%, ou 294 mil pessoas no país. Em 2000, 734 mil pessoas (0,4% dos brasileiros), se auto-identificaram como indígenas, um crescimento absoluto, no período entre censos, de 440 mil indivíduos ou um aumento anual de 10,8%, a maior taxa de crescimento dentre todas as categorias de cor ou raça.” (Disponível em http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=506, acesso em dez. 2010).

5 O autor do artigo se refere à composição da Mesa, que pode ser identificada na programação oficial do evento.

Brasil, todos somos índios salvo quem não o é” (CASTRO, 2006). Existe quem queira deixar de ser índio, de ser *não-civilizado*, de ser *pobre*, de ser da *floresta*, de ser da *periferia*, de ser do *passado*. Os índios somos todos, que estamos nos *guetos* sociais e acadêmicos.

Trabalho como professor e pesquisador na Universidade Federal de Roraima - UFRR, no extremo norte do Brasil, no estado federado de Roraima, na cidade de Boa Vista, fronteira com a *Co-operative Republic of Guyana* e com a República Bolivariana da Venezuela. Neste estado, de Roraima, existem mais de nove etnias indígenas e somente uma destas Terras Indígenas (que é a nomenclatura técnico-jurídica), a *yanomami*, com 96.650 km², é maior do que Portugal, com 92.090 km².

Professor de Direito Internacional, não fiquei indiferente quando, em 2007, foi celebrado um importante tratado no âmbito da ONU, sobre povos indígenas: a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Sobre povos indígenas, em nível multilateral, já existia a Convenção 169, celebrada no âmbito da Organização Internacional do Trabalho. Esta Declaração da ONU, sobre povos indígenas, permite estabelecer inter-relações entre povos indígenas e regimes ambientais bem como suscita possíveis intersecções e conflitos entre a irredutibilidade da soberania estatal e a legitimidade das conquistas dos movimentos sociais indígenas.

A realidade local de Roraima me levou ao interesse pelo direito indígena. Vinha de estudos jurídicos regulares. Da cerveja de trigo dos (juristas) alemães passei ao *segredo de Jurema*⁶ dos confins do Brasil, ao *caxiri na cuia*⁷ dos índios (Macuxis) de Roraima. Logo descobri que normas, princípios e garantias constitucionais e legais brasileiros (o denominado Estatuto do Índio, ou estruturas burocráticas, como a Fundação Nacional do Índio – FUNAI), não são *direitos indígenas*. São direitos feitos *para* os indígenas, produzidos, normalmente, por não-indígenas.

6 Cuida-se aqui de metáfora ao romance “Iracema” (1865) do autor brasileiro José de Alencar. Iracema é a personagem indígena que guarda o “segredo (ou vinho) de Jurema”, um licor que “decreta os sonhos a cada guerreiro”. (ALENCAR, 2012, p. 53).

7 Outra metáfora sobre a proximidade com a cultura das sociedades indígenas. “O caxiri é uma bebida de mandioca cozida e fermentada a partir da mistura da batata roxa ou amarela.” (Disponível em <http://valoreseidentidademacuxi.blogspot.com.br/2013/11/caxiri-na-cuia.html>. Acesso em: dez. 2014)

1. O que é o Direito Indígena?

O direito indígena é constituído por aqueles comandos obrigatórios que são dotados de eficácia, no contexto das próprias comunidades indígenas⁸. Existem poderes legitimados dentro das comunidades indígenas que garantem um sistema de regras diferente do sistema estatal de normas jurídicas. A diferença não está somente entre as normas senão entre os próprios sistemas legitimadores de poder. A eficácia de uma norma é um resíduo de circunstâncias de poder.

Existem sociedades em diferentes planos: subnacional, nacional-estatal, municipal, internacional, regional, clânica, religiosa, transnacional, global, etc. Dentro dessas sociedades opera a atividade política – um exercício prevalente e efetivo de poder - que indica os critérios de legitimidade de decisões do que é legítimo e do que não é. Os critérios de legitimidade de poder e a efetividade do direito podem se inter-relacionar (como é o caso do internacional e nacional) e mesmo estarem sob uma relação hierárquica (como é o caso de lei municipal e norma constitucional). Nas ciências jurídicas estes critérios de legitimidade podem ser compreendidos como condições de validade de normas jurídicas. Este tipo de descrição jurídica básica, de contornos *hartniano*, *luhmaniano*, ou *funcionalista*, permite visualizar que existem sociedades sub-nacionais e mesmo transnacionais nas quais estes processos são reproduzidos. Caso notável é o das sociedades indígenas (MOREIRA, 2011, p. 386).

Pelo menos três planos normativos dizem respeito aos povos indígenas. A Constituição brasileira reconhece aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam (art. 231). O reconhecimento da constitucionalidade da organização tradicional acrescido da possibilidade de tratados de direitos humanos serem incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro com *status* de emen-

8 Para John Austin, normas são comandos cuja obrigatoriedade é garantida por uma autoridade. (AUSTIN, 1998). Esta lição é complementada pela de H. Hart que existem nas sociedades uma multiplicidade de normas, que são denominadas de normas primárias mas que o reconhecimento das regras jurídicas é feita por uma regra de reconhecimento (HART, 2000, p. 22). Hans Kelsen, em 'Hauptprobleme der Staatsrechtslehre' afirma que a permissão de validade da vontade de órgãos de Estado provém da vontade única de todo o povo (KELSEN, 1960, p. 175). Anos depois este jurista abandonaria o discurso de fundamento de vontade do povo para dar lugar à pura ficção jurídica, influenciado por Hans Vaihinger (idem, 1979). Estas teorias, e tantas outras, podem ser relacionadas aos argumentos basilares sobre validade de normas e competências para a decisão jurídica. Lidam com a noção de critérios de legitimidade ou condições de validade.

das constitucionais (CF. art. 5º, §§ 2º e 3º), ou *status supra-legal*, situa o direito dos povos indígenas na transiência e/ou na intersecção entre o direito indígena costumeiro, o infra-constitucional, o constitucional e o internacional. Ainda é possível conceber, o direito indígena, no plano transnacional, na hipótese de determinada sociedade indígena (étnica ou pluriétnica) nos espaços territoriais fronteiriços. Somente a título de exemplo, é o caso dos povos *Yanomami* na fronteira entre Brasil/Venezuela e *Wapishana* entre Brasil/Guyana.

Não é apropriado a este texto explorar a descrição de métodos etnográficos além dos relacionados ao perspectivismo ameríndio. É possível à antropologia jurídica sistematizar conhecimento sobre elementos jurídicos de povos indígenas sem que se tenha que ir a campo para pesquisa ou viver efetivamente entre nativos. A bem-vinda supervisão de comitês de ética da Universidade possui um efeito colateral. Dificulta que um jurista possa ir a campo, ou que possa registrar pesquisa com índios sem passar por comitês de ética e da FUNAI. As metodologias que envolvem história oral, filmagens, entrevistas e questionários caracterizam, naturalmente, “pesquisa envolvendo seres humanos”⁹ com todas as condições burocráticas para o desenvolvimento desta natureza. É possível descrever elementos normativos indígenas com base num conjunto consolidado de dados, dentre eles, a literatura cultural e científica, os arquivos e laudos antropológicos. É, ainda, uma relação *assimétrica*: a de produzir conhecimento a partir de categorias das ciências jurídicas, para fazer referência à ‘antropologia simétrica’ de Bruno Latour, e um tipo de argumento recorrente no perspectivismo jurídico (CASTRO, 2012, p. 164; 2002, p. 115).

A fim de ilustrar a relação entre o plano dos direitos indígenas com o plano dos direitos do Estado, faz-se sumária referência a um caso julgado.

1.1. O caso Basílio

O indígena Basílio Alves Salomão, tuxaua da etnia macuxi, cometeu o crime de homicídio de outro indígena de sua mesma comunidade, a Comunidade Indígena do Muturuca. Hélder Girão Barreto, juiz no caso, escreveu o livro ‘Direitos Indígenas: vetores constitucionais’ no qual faz reflexões sobre o

9 “II.14 - pesquisa envolvendo seres humanos - pesquisa que, individual ou coletivamente, tenha como participante o ser humano, em sua totalidade ou partes dele, e o envolva de forma direta ou indireta, incluindo o manejo de seus dados, informações ou materiais biológicos.” (BRASIL, 2012).

juízo do Caso Basílio. Em 2009, é publicado o livro ‘Socioambientalismo Amazônico’, do Procurador de Justiça Edson Damas da Silveira, onde é feita descrição minuciosa deste que denominou ser um *leading case*. Para compreender o caso Basílio em sua inteireza é necessário ler, pelo menos, o Laudo Antropológico, que Silveira reproduz em seu livro (2009, pp. 120ss). Reconhecendo-se a complexidade de nuances do caso, neste artigo são descritas somente suas principais características.

Logo após o crime, o acusado, Basílio, fora submetido a julgamento pela própria comunidade indígena, do qual resultaram as penas de “cavar ele próprio a cova, enterrar o corpo da vítima e ficar em degredo de sua comunidade e de sua família pelo tempo que a comunidade achasse conveniente”. (BARRETO, 2008, p. 119).

O processo judicial foi instaurado e tramitou na 2ª Vara Federal de Roraima. Parte da complexidade deste caso refere-se ao julgamento pelo Tribunal do Júri, já que trata-se de crime doloso contra a vida. Este tipo de processo exige o estudo de tradições indígenas e o registro de especialistas, no caso, antropólogos, a fim de transladar para os autos processuais, o conteúdo do direito indígena. Nas palavras da antropóloga Alessandra Albert, que foi ouvida no plenário do julgamento:

(...) na tradição da etnia Macuxi, um índio que mata outro é submetido a um Conselho, formado por pessoas de expressão política escolhidos pela própria comunidade e reconhecidos como detentores de autoridade (...) que a maior pena aplicada pelo Conselho é o banimento; que tanto o julgamento quanto a pena são modos, como eles encaram a Justiça (...) para a pessoa que sofreu banimento o julgamento e a pena tem o sentido da perda de convivência e da diminuição do conceito perante a Comunidade, coisas que são muito importantes (BARRETO, 2008, p. 119).

O julgamento ocorreu em 2000, quatorze anos após o cometimento do crime. Entrementes, o acusado ficou banido. O Ministério Público Federal entendeu que o acusado já havia cumprido pena. Os sete jurados, decidiram, unanimemente, que Basílio Alves Salomão, estava isento de pena pelo júri. O juiz assinala o reconhecimento de causa supralegal de exclusão de culpabilidade (BRASIL, 1986, ff. 282).

Deseja-se concentrar o raciocínio no reconhecimento da jurisdição indígena, ou seja, num domínio espacial onde comandos obrigatórias atuam ga-

rantidos por uma autoridade legitimada. Os tratados com direitos dos povos indígenas não reconhecem expressamente aos indígenas uma jurisdição jurídica própria, nos moldes dos sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos. Tal reconhecimento vincularia a autodeterminação à autonomia jurídica, características de Estado. A Constituição brasileira também não menciona esta possibilidade expressamente. Os Tratados e a Constituição situam o direito consuetudinário indígena no contexto da organização social, das tradições e dos costumes.

Pergunta-se: no julgamento do caso Basílio, existe o reconhecimento de normas consuetudinárias indígenas, válidas e eficientes, no plano das normas jurídicas nacionais? Não. Existe, sim, o reconhecimento de um plano normativo geral e abstrato. Na exposição da antropóloga, citada acima, fala-se em uma autoridade legitimada e que a pena em questão, de banimento, existe naquele sistema decisório. Não existe o reconhecimento inequívoco do conteúdo destas normas, enquanto formadoras de um sistema jurídico subnacional, de caráter altamente heterogêneo, já que (são) dependentes das práticas de cada etnia ou de cada comunidade. Por outro lado, a sentença acolheu o comando indígena no plano da eficácia jurídica (de Estado). Esta incorporação não envolve o reconhecimento de direitos, envolve o reconhecimento de que uma pena foi cumprida. O júri entendeu que, *ipso facto*, o réu tinha cumprido pena. O reconhecimento de jurisdição indígena é o reconhecimento de normas que atuam no plano dos espaços indígenas.

O juiz homologou a sentença formulada pelo tribunal do júri, que seguiu a recomendação do Ministério Público, ancorada no princípio que ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo crime (*non bis in idem*). O elemento ritual do ingresso de regras indígenas no plano da validade jurídica é a homologação da sentença pelo juiz, muito embora o conteúdo da sentença não tenha sido proferido pelo magistrado e sim pelos jurados.

O caso estudado trata, então, dos efeitos de ‘costume’, amparado em decisão da comunidade indígena, que é incorporado à sentença proferida na jurisdição federal brasileira. A regra indígena do banimento está naquele sistema social, provavelmente válida e efetiva. O que desonera o caso Basílio de uma decisão mais crítica é que coube ao Estado reconhecer somente um efeito, não uma regra. Este tipo de caso pode ser denominado de ‘reentrada’ pois o efeito da regra que reingressa (pois que já havia tido efeitos *de facto*) no sistema jurídico na forma de uma norma jurídica válida (o banimento ser considerado pena).

A reentrada é um conceito formulado no campo da sociologia jurídica e que expressa a possibilidade de sistemas jurídicos hetero-referenciais. Os sistemas jurídicos ocidentais são reconhecidos como auto-referenciais, ou seja, suas normas jurídicas válidas observam critérios de validação, como, por exemplo, o critério do rito legislativo ou do exame de constitucionalidade. Existem situações em que é exigido ao sistema jurídico buscar referências em elementos exógenos ao sistema como, por exemplo, elementos da moral e dos costumes¹⁰.

2. Contribuições Ameríndias aos Direitos, Ditos, Humanos

O itinerário da busca por compreender o direito indígena, a partir da efetividade de um conjunto de normas consuetudinárias, ainda que com forte influência de mitos, elementos religiosos ou tradicionais, me levou às ideias catalogadas como “estruturalistas”, do antropólogo francês *Claude Lévi-Strauss*. Sabemos que *Lévi-Strauss* foi, recém-graduado, nos anos trinta do século passado, para o Brasil, para ajudar a estruturar a Universidade de São Paulo - USP. Anos depois, ele desenvolveria, gradualmente, a análise de padrões etnológicos, muitos destes, em boa medida *intuídos* a partir dos índios brasileiros. O estruturalismo procura identificar padrões, estruturas compostas de mitos entrelaçados com a culinária, práticas discursivas e padrões estéticos.

Curioso que a obra ‘Estruturas elementares do Parentesco’¹¹, de 1947, parte da orientação teórica que a *regra* caracteriza o mundo da cultura.¹²O interes-

10 Não se pretende ingressar ou discutir teoricamente o conceito de re-entry, aqui transposto da obra “o Direito da Sociedade” de Niklas Luhmann, que por sua vez remete aos postulados de George Spencer Brown. Para compreender apropriadamente este conceito – na forma como Luhmann o utiliza – é necessário ainda o recurso a outros conceitos básicos como sistema e ambiente, abertura e fechamento (LUHMANN, 1993, p. 76 e 89). Gunther Teubner utiliza também o conceito de re-entry para tratar da reconstrução da cultura indígena – que inclui, neste caso, também o direito consuetudinário indígena – no direito das sociedades contemporâneas (TEUBNER, 2009, p. 562 ss).

11 “Antropologia Estrutural”, de 1958 e “Totemismo hoje” e “O pensamento selvagem”, de 1962, são textos mais maduros para se falar em estruturalismo. O autor deste texto tem noção das diferenças, em termos de estruturalismo (nos conceitos de natureza e cultura), entre o capítulo I das “Estruturas Elementares do Parentesco” e obra tardia das Mitológicas.

12 “(...) tudo quanto é universal no homem depende da ordem da natureza e se caracteriza pela espontaneidade, e que tudo quanto está ligado a uma norma pertence à cultura e apresenta os atributos do relativo e do particular.” (LÉVI-STRAUSS, 2011, p. 45).

sante neste raciocínio é entender a natureza como universal, não a cultura e, disto, a impossibilidade teórica do mundo da cultura (e, dentro deste, as regras) ser universal. É curioso que o ponto de partida de Lèvi-Strauss fosse uma preocupação *regrativa*: a proibição do incesto no contexto da passagem do homem do estado de natureza ao estado da cultura.

No Brasil, um dos conhecidos trabalhos no campo da antropologia influenciado pelo pensamento de Lèvi-Strauss é o “Perspectivismo Ameríndio”, conjunto de ideias de Eduardo Viveiros de Castro e Tânia Stolze Lima. O *perspectivismo ameríndio* é uma escolha teórico-metodológica deliberada. Constitui causa eficiente para esta escolha o fato de o *perspectivismo ameríndio* lidar com estruturas antropológicas de ameríndios¹³. O *perspectivismo ameríndio* pode ser compreendido como uma cosmologia indígena, uma “concepção indígena que o mundo é povoado por outros sujeitos, agentes ou pessoas, além dos seres humanos, que vêem a realidade diferentemente dos seres humanos” (CASTRO, 2011, p. 351). Viveiros de Castro fala que o *perspectivismo ameríndio* começa com a afirmação “o outro existe, logo pensa” e “se penso, então também sou outro” (SZTUTMAN, 2008, pp.117-118). Para o *perspectivismo ameríndio*, a perspectiva constitui o sujeito, o sujeito não é aquele que se pensa como sujeito mas quem é pensado como sujeito (SZTUTMAN, 2008, p. 119). O *perspectivismo ameríndio* não pretende explicar o pensamento amazônico, mas entende que tocou num ponto crucial, que envolve a antropologia feita a partir dos indígenas e que inclua o *ponto de vista* indígena sobre a *noção de ponto de vista* (CASTRO, 2002, p. 122).

Tânia Stolze Lima faz referência ao método do *perspectivismo ameríndio* em atenção às versões sobrepostas do ‘equivoco humano’ nos mitos Yedjuá (2005, p. 70). O rigor dos argumentos de Stolze Lima demonstra no quanto o *perspectivismo ameríndio* é teoria do domínio da Etnologia. Entendo não ser adequado transplantar a teoria do *perspectivismo ameríndio* para o domínio jurídico. Elementos metodológicos do *perspectivismo* (que entendo ser teoria-

13 Eduardo Viveiros de Castro sintetiza que seu trabalho compreende: “uma teoria *sociológica*, que estabelece o laço de afinidade como o esquema genérico da relação social indígena, validando assim o espírito (mais que a letra) da doutrina lévi- straussiana da aliança; esta é a chamada “teoria da afinidade potencial”, a caracterização de uma *sociologia indígena* na qual a diferença antes que a semelhança é o esquematismo relacional fundamental e uma teoria *cosmológica*, que propõe uma redistribuição dos valores atribuídos pela metafísica ocidental às categorias da Natureza e da Cultura; esta é a tese do *perspectivismo ameríndio* (...)”. (CASTRO, 2012, p. 156).

-método) podem subsidiar decisões jurídicas na proporção dos necessários pontos de contato entre estes sistemas de diferentes naturezas: um burocrático jurídico e outro cosmológico indígena. A relação entre estes sistemas pode gerar uma ‘transformação indígena’ da estrutura conceitual do discurso jurídico¹⁴. Parece-me que é também neste sentido que Stolze Lima escreve que “a potência xamânica oferece-se para um dos fundamentos do perspectivismo (2005, p. 70)

Para o perspectivismo ameríndio “a condição original comum aos humanos e animais não é a animalidade, mas a humanidade. (...) os animais são ex-humanos e não os humanos ex-animais. (CASTRO, 2011, p. 355). “Em suma, os animais são gente, ou se vêem como pessoas.” (CASTRO, 1996, p. 117). Nesta teoria, existem núcleos argumentativos que recorrem às Mitológicas de Lèvi-Strauss, ao ‘Terra sem Mal’ de Helène Clastres, a debates sobre sociedades canibais (LIMA, 2005, pp. 47 ss) e à filosofia antropofágica de Oswald de Andrade. O entendimento da ontologia amazônica como um espaço transformacional (CASTRO, 1996, p. 117), categorias antropológicas de predação e agência também desenvolvem um papel central neste debate. Estes são dados *cliché* da teoria que exige dedicada aproximação que não seria possível resumir nem mesmo num só artigo dedicado.

A contribuição do perspectivismo ameríndio (a qual denominei, nos títulos, ‘contribuição ameríndia’) aos direitos humanos pode ser descrita em duas dimensões: a) o contraste da noção de humanidade do perspectivismo ameríndio, que permite ao Direito desmontar peças conceituais das quais a estrutura do argumento jurídico é formado e; b) o reconhecimento da assimetria entre a jurisdição do Estado e cosmologias indígenas.

A noção de *humano* para alguns povos indígenas pode ser diferente da adotada pelos sistemas jurídicos europeus. Existem diferentes perspectivas sobre o que é *humano* e não, necessariamente, sobre o que seja dignidade humana. Mas o que é, afinal, dignidade humana? É a ‘dignidade humana’, um *Zauberwort*, uma ‘palavra mágica’, no sentido de justificar decisões jurisdicionais. Não há uma explicação racional conclusiva quanto ao fundamento desta *non plus ultra ratio*.

14 Faço aqui uma ‘brincadeira séria’ com a citação de Viveiros de Castro “Por transformações indígenas da antropologia entendo as transformações da estrutura conceitual do discurso antropológico suscitadas por seu alinhamento em simetria com as pragmáticas reflexivas indígenas, isto é, com aquelas etnoantropologias alheias que descrevem nossa própria (etno-)antropologia precisamente ao e por divergirem dela.” (CASTRO, 2012, p. 164).

É importante resgatar o que seja dignidade humana para nós, juristas. É atribuído a Samuel Puffendorf situar a dignidade humana enquanto fundamento da igualdade (SAASTAMOINEN, 2010, p. 40). Não é à toa que o princípio abre a Constituição alemã¹⁵. Kari Saastamoinen argumenta que a dignidade atribuída por Puffendorf à natureza humana, não é resultado da ideia de Kant mas somente uma superioridade em comparação com outras criaturas (SAASTAMOINEN, 2010, p. 41). A *Menschenwürde* também é creditada ao iluminismo tardio de *Immanuel Kant*, relacionada a seu *imperativo categórico*, transformado, por alguns, em cosmopolitismo jurídico. Existem outros possíveis discursos teóricos sobre a filosofia dos direitos fundamentais. Para índios sul-americanos, é possível pensar em *direitos humanos* para além do conceito de *humano* que cunhou a expressão.

Gostaria de resgatar elementos do caso Basílio. É um caso pleno de peculiaridades. Por exemplo, a pena de banimento, no Brasil, foi abolida pela Constituição de 1891 e é vetada pelo regime da Constituição de 1988, art. 5º, XLVII, d. “Banimento é a pena aplicada a cidadãos expelidos de sua pátria” (DOLINGER, 2005, p. 242). No caso ‘Basílio’, o sentido jurídico do que era o banimento Estatal parece ser semelhante ao comando indígena: expelir da pátria. A pena de banimento está sujeita aos direitos constitucionais fundamentais ou aos direitos humanos em tratados internacionais? A resposta revela a capacidade de simetria da vontade do Estado em querer colocar nos autos de um procedimento judicial algo sobre determinada comunidade indígena assumindo o pressuposto que nesta comunidade exista um contrato social diverso, ou, podem existir mesmo, anversos de contratos sociais. Para o Estado, alguns comandos e autoridades podem assumir contornos semelhantes ao de normas jurídicas; mas, o que seriam estes conteúdos, estes comportamentos, para os próprios povos indígenas? Existirá simetria entre o poder judicante e povos indígenas nas circunstâncias do reconhecimento mútuo dos contratos sociais diversos entre o sistema que julga e o julgado.

Ainda quanto ao caso ‘Basílio’, existe uma noção de justiça que significa a convergência dos interesses dos diferentes atores jurídicos. O laudo antropológico instrui o convencimento. O Ministério Público não quer insistir na persecução penal de um indígena banido. O defensor do réu quer que seu cliente seja inocentado. A decisão do júri atendeu todas as partes envolvidas. No livro o juiz

15 “(1) 1 A dignidade do homem é intocável. 2 Respeitá-la e protegê-la é a obrigação do aparelho estatal.”

narra: “- a justiça, em seu sentido mais puro, foi feita” (BARRETO, 2008, p. 120). Pergunto-me se foi *justiça*, ter ficado banido por quatorze anos, por crime de homicídio, aguardando um julgamento? Talvez, seja a melhor das possíveis justiças.

Enquanto preparava esta preleção, levei em conta que estaria falando sobre direitos indígenas para juristas portugueses. A Europa passa por profundas transformações políticas com a União Europeia, com criação de um espaço comum, num *Estado pós-moderno*. Na corrente das transformações internacionais do século XXI, no Brasil, ideias que procuram explicar certas sociedades brasileiras para além da europeidade de nossas tradições. Nestes termos, entendo que o *perspectivismo ameríndio* pode prestar sensível contribuição para um *perspectivismo jurídico* na América Latina.

Finalmente, gostaria de mencionar alguns episódios recentes e vicinais. Ao longo de 2010, problemas de racionamento interromperam o fornecimento de energia elétrica da Venezuela para o Brasil. A reação brasileira foi conectar Boa Vista, capital do estado federado de Roraima, ao Linhão da Usina de Tucuruí, no Pará, bem como à Hidroelétrica de Turtubra na Guiana, construída por um consórcio de empresas brasileiras com financiamento do BNDES (Folha de Boa Vista, 24/02/2011). No Plano Decenal de Energia 2006-2015, do Ministério de Minas e Energia, vincula-se o Linhão de Tucuruí ao Sistema Isolado Manaus-Macapá sem, no entanto, fazer referência à conexão com Boa Vista-RR. Em maio de 2013, a Procuradoria da República, no estado do Amazonas, recomendou a anulação do Edital de Leilão da ANEEL que concede o lote para a construção do Linhão de Tucuruí para Boa Vista, com base no direito à Consulta Prévia aos povos indígenas, previsto na Convenção 169 da OIT (Recomendação 05/2013, ICP nº 1.13.000.001285/2011-53, de 22/05/2013). O juiz em Manaus concedeu a liminar. Pela Convenção 169, que é a que vincula o Brasil, o país deve fazer a *consulta prévia* aos povos indígenas para obras e atividades estatais em suas terras, muito embora a *decisão* da consulta não *vincule* o Estado. No âmbito internacional, cada vez mais povos indígenas participam de regimes ambientais. Existem casos de participação de povos indígenas no sistema de créditos de carbono de Kyoto, por manutenção de floresta intacta (*avoided deforestation*) (MOREIRA, 2011; PEREIRA, 2013). O conjunto destes dados demonstra que o direito indígena situa-se nas áreas do direito internacional, do constitucional e do ambiental, conforme a própria proposta deste evento.

Referências

ALENCAR, José de. **Iracema**. Jaraguá do Sul: Avenida, 2012.

AUSTIN, John. **The province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence (1832) (1863)**. Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, Inc., 1998.

BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas: vetores constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2008.

BRASIL. Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 1ª Circunscrição Judiciária de Roraima. **Ação Penal nr. 8.048/1986**. 07 de abril de 1986.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. **Plano Decenal de Expansão de Energia Elétrica 2006-2015**. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2062402.PDF>>. Acesso em: abril 2014.

BRASIL. Ministério Público Federal. ICP nº 1.13.000.001285/2011-53. **Recomendação 05/2013**. Disponível em: <http://www.pram.mpf.mp.br/institucional/acoes-do-mpf/recomendacao/2013/05_Recomendacao_Waimiri_linha_transmissao.pdf>. Acesso em: abril 2014.

BRASIL. **Resolução do Plenário do Conselho Nacional de Saúde nr. 466 de 12 de dezembro de 2012**. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2012/Reso466.pdf>. Acesso em: dez. 2014.

CASTRO, Eduardo Viveiros de. **A inconstância da alma selvagem – e outros ensaios de antropologia**. São Paulo: Cosac & Naify, 2002.

CASTRO, Eduardo Viveiros de. O Nativo Relativo. **Mana**, Rio de Janeiro, v.8, n.1, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

CASTRO, Eduardo Viveiros de. No Brasil, todo mundo é Índio, exceto quem não é. In: Instituto Socioambiental. **Povos Indígenas no Brasil 2001/2005**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006, pp. 41- 49.

CASTRO, Eduardo Viveiros de. **Os pronomes cosmológicos e o perspecti-
vismo ameríndio**. In: *Mana*, vol.2, n 2, Rio de Janeiro, Oct. 1996. Disponível
em: <<http://www.scielo.br/>>. Acesso em: nov. de 2010.

CASTRO, Eduardo Viveiros de. “Transformação” na Antropologia, Trans-
formação da “Antropologia”. *Mana*, 18(1): p. 151-171, 2012. Disponível em:
<<http://www.scielo.br/>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**. Parte Geral. 8. ed. Rio de
Janeiro: Renovar, 2005.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **O índio brasileiro e a Revolução Fran-
cesa**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2000.

Grandes linhas de transmissão vão se encontrar em Boa Vista. In: Folha de
Boa Vista, 24/02/2011. Disponível em: <[http://www.folhabv.com.br/noticia.
php?id=104076](http://www.folhabv.com.br/noticia.php?id=104076)>. Acesso em: abril 2014.

GUERRA, Rogério F. Resenha de O índio brasileiro e a Revolução Francesa.
Revista de Ciências Humanas, Florianópolis, EDUFSC, v. 42, nr. 01 e 02, p.
251-253, abr./out. 2008.

HART, H. L. A.. **Post scriptum al concepto de derecho** (1994). Mexico: Uni-
versidad Nacional Autonoma de Mexico, 2000.

ISA. A derrota da PEC 215 é uma vitória da sociedade brasileira. Disponí-
vel em: <[http://www.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-isa/a-derrota-da-
pec-215-e-uma-vitoria-da-sociedade-brasileira](http://www.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-isa/a-derrota-da-pec-215-e-uma-vitoria-da-sociedade-brasileira)>. Acesso em: dez. 2014.

KELSEN, Hans. **Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der
Lehre vom Rechtssatz** (1923). Unveränderter Neudruck der zweiten um eine
Vorrede vermehrten Auflage Tübingen, J.C.B. Mohr. Aalen: Scientia, 1960.

KELSEN, Hans. **Allgemeine Theorie der Normen**. Im Auftrag des Hans-Kel-
sen-Instituts aus dem Nachlassherausgegeben von Kurt Ringhofer und Robert
Walter. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchlandung, 1979.

LÈVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. 6. ed.
São Paulo: Vozes, 2011.

LIMA, Tânia Stolze. **Um peixe olhou para mim**: O povo Yudjá e a perspectiva. São Paulo: UNESP: ISA; Rio de Janeiro: NuTI, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft (1993)**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.

MALINOWSKI, Bronislaw. **Argonautas do Pacífico Ocidental (1922)**. In: *Os Pensadores*, São Paulo: Abril Cultural, 1998.

MALINOWSKI, Bronislaw. **Crime e Costume na Sociedade Selvagem**. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2003.

MOREIRA, Felipe Kern. Direitos humanos e normas costumeiras indígenas: apontamentos para o debate. 9º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. **Anais do ...** Disponível em <https://www.academia.edu/9226977/DIREITOS_HUMANOS_E_NORMAS_COSTUMEIRAS_INDÍGENAS_APONTAMENTOS_PARA_O_DEBATE_Nos_Anais_do_9o_Congresso_Brasileiro_de_Direito_Internacional_2011_>. Acesso em: dez. 2014.

MOREIRA, F. K.. We re only in it for the money: o caso da tutela da floresta de Iwokrama na República da Guiana. **Textos e Debates (UFRR)**, v. 17, p. 54-70, 2011.

NATIONAL SECURITY COUNCIL. **Global Trends 2025**: a transformed world. Washington DC: US Government Printing Office, 2008.

PEREIRA; Isabel Martins. A participação de Povos Indígenas no Sistema Financeiro Ambiental. In: **Revista Examãpaku**, v. 6, n. 01, 2013. Disponível em: <<http://revista.ufrr.br/index.php/examapaku/issue/view/118/showToc>>. Acesso em: dez. 2014.

RIBEIRO, Darcy. **Maíra**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

SAASTAMOINEN, Kari. Pufendorf on Natural Equality, Human Dignity, and Self-Esteem. **Journal of the History of Ideas**, v. 71, n. 1, p. 39-62. jan. 2010.

SERA, Tânia. **Indianismo**: evasão e participação no romantismo brasileiro. Disponível em: <http://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/3731/6/ARTIGO_IndianismoEvasaoParticipacao.pdf>. Acesso em: abril 2012.

SILVEIRA, Edson Damas da. **Socioambientalismo Amazônico**. Curitiba: Juruá, 2009.

SOUZA, Oswaldo Braga de. **Adiada votação de projetos contra direitos indígenas no Congresso**; STF pode decidir sobre quilombos. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/adiada-votacao-de-projetos-contradireitos-indigenas-no-congresso-stf-pode-decidir-sobre-quilombos>>. Acesso em: 05 dez. 2014.

SZTUTMAN, Renato (Org.). **Encontros**: Eduardo Viveiros de Castro. Rio de Janeiro: Beco do Azogue, 2008.

UNITED NATIONS. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Disponível em http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em: dez. 2014.

Efetivação da Justiça e Gestão Descentralizada dos Conflitos: Mecanismos Sustentáveis de Solução

Lídia Maria Ribas

Introdução

Uma breve análise da história da humanidade é capaz de esclarecer que os conflitos permitem maior interação dos indivíduos entre si vez que, ao serem solucionados, concebem coesão no grupo no qual foram gerados. É possível dizer que os conflitos geram mudanças sociais à medida que estimulam interesses, previnem estagnações e ajudam na construção das identidades coletiva e individual.

A estrutura desse trabalho consiste, inicialmente, em desvelar os obstáculos ordenamentais às respostas dos anseios humanos, nos modelos contratualistas delineados por Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau.

Em seguida, buscou-se relacionar a estrutura jurídica formal com a gestão descentralizada dos conflitos, sob a perspectiva de que uma justiça tardia representa a própria negação da justiça. Por conseguinte, demonstrou-se que os efeitos da demora na prestação jurisdicional podem implicar no aumento dos custos para os litigantes, ou até aceite de acordos desfavoráveis por pura pressão econômica exercida à parte hipossuficiente.

Cumprir destacar que Max Weber já havia apontado, em época pretérita, que se o conflito perdesse o caráter patológico muitas vezes a ele atribuído, seria possível que este se transformasse num conceito analítico inerente ao mundo social; pois não é provável que os fatores de dissociação de ideias - como vingança, fé, ódio, inveja e desejo, se findem um dia. Tem havido um esforço para tratar de tais conflitos e consolidar a democracia; porém, poucos esforços foram efetivamente dados para dirimir o excesso de tarefas incumbidas ao Judiciário.

Nessa conjuntura adversa, o Brasil, particularmente, tem experimentado um intenso congestionamento do Poder Judiciário, segundo conclusões do Conselho Nacional de Justiça, com questões que atingem a sujeição do indivíduo ao Estado e a preservação da dignidade humana. Esse acúmulo de conflitos à espera de tutela jurisdicional alocou desafios na atuação dos entes públicos que, com visão prospectiva, já visualizam nos mecanismos alternativos uma forma de evolução social.

Em última nota introdutória, considera-se que as políticas públicas que institucionalizam e desenvolvem instrumentos paralelos à ideia convencional de jurisdição como a mediação, a conciliação, a arbitragem ou a transação tributária, entre outros, trazem mais equilíbrio à equação geradora de justiça que, por sua vez, compõe-se de celeridade, eficiência, credibilidade, dinamicidade e mútuo consentimento entre o poder cognitivo da ordem e o poder cognitivo da solidariedade.

1. O Papel do Estado nas Teorias Contratualistas e os Paradigmas da Atual Gestão dos Conflitos

A fim de buscar as origens dos conflitos que permeiam a atual sociedade complexa e de risco, é pertinente descortinar o panorama filosófico das teorias contratualistas, difundidas por Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, as quais invocaram o elo entre o estado de natureza e o estado civil, no contrato social. Ou seja, difundiu-se um modelo de Estado como vontade divina, bem como um modelo de Estado como extensão da família, que paulatinamente deram espaço para um modelo de Estado como produto do pacto social constituído pelo consenso e pela livre vontade.

Assim, temos que o estado de natureza é um ambiente de disputas e desejo pelo poder, no qual o homem é o lobo do próprio homem (HOBBS, 2000). Nesse ínterim, surge o contrato social como um acordo necessário para impedir a destruição de uns aos outros, de modo que somente o Estado absoluto era capaz de impedir os conflitos.

Portanto, Hobbes (2000) reverberava que as leis da natureza, tais como Justiça, Equidade, Modéstia e Piedade, teriam força no cumprimento dos pactos sociais, porque tais leis seriam contrárias às nossas paixões naturais, como Parcialidade, Orgulho ou Vingança.

O estado de natureza para John Locke, no entanto, era dominado por uma paz relativa e pela liberdade. Porém, para exigir a propriedade, a razão exigia certos limites a essa liberdade, sendo que, ao contrário de Hobbes, Locke supunha que o Estado precisa respeitar o contrato, caso contrário, este poderá ser desfeito como qualquer acordo. Nesse sentido, conforme John Locke entendia, o Estado deveria garantir certas liberdades, por exemplo, a liberdade de política (GRUPPI, 2001).

Jean-Jacques Rousseau, por sua vez, definiu o estado de natureza como um estado de satisfação, felicidade e virtudes. Rousseau entendia que os obstáculos que ameaçam a conservação do estado de natureza seriam maiores que as forças individuais dos homens, o que os levariam a unir as forças existentes para refrear a resistência (ROUSSEAU, 2005).

Passadas tais observações filosóficas, vê-se que os modelos contratualistas propuseram ao Estado soberania, autoridade e legitimidade para oferecer segurança ao cidadão, em troca de uma parcela de sua liberdade. Nessa linha de raciocínio, as ordens emitidas pelo poder de jurisdição do Estado, têm objetivo de fazer cumprir direitos, e as sanções existem para obrigar o seu cumprimento, de modo a exercer certa compulsão psíquica sobre os indivíduos (KELSEN, 1998).

Com efeito, os comportamentos subjetivos dos indivíduos passaram a ser disciplinados pelo Estado, por meio de um conjunto homogêneo de normas, de modo que apenas o Direito possuiu poder sancionador bastante para impor o cumprimento de suas normas (CARRAZZA, 2007).

Entretanto, impõe-se aduzir que “a utilização de uma sanção está ligada à sua eficácia, que depende de sua viabilidade” (RIBAS, 2004). A gestão dos conflitos sociais deve passar por uma conciliação entre a clássica coercitividade – incumbida ao poder jurisdicional, e uma nova perspectiva de ações destinadas a incentivar e implementar os comportamentos desejados, numa perspectiva promocional do Direito. Sobre o tema, Norberto Bobbio destaca que é possível distinguir um ordenamento protetivo-repressivo com a afirmação de que é interesse do Estado impedir a prática de comportamentos socialmente não desejados, bem como a realização de comportamentos socialmente desejáveis (BOBBIO, 2007).

Nesse diapasão, cumpre aduzir que a jurisdição se mostrou como um resultado da soberania do Estado, eis que é por este monopolizada em se tratando da gestão dos conflitos. Surgiu, aqui, o primeiro ponto de divergência com a democracia. Considerando que a complexidade dos conflitos sociais se deve à

falta de estrutura física, tecnológica e financeira do Estado e aos entraves da formalidade, falta de criatividade e rebuscamento da linguagem jurídica por parte dos magistrados, tem-se que a crise jurisdicional possui origem direta na crise estatal, sendo perceptível o aumento progressivo de uma crise dogmática jurídica positivista.

Ocorre que as soluções contenciosas não têm sido resolvidas de forma satisfatória e/ou definitiva pelo poder Judiciário. As razões vão desde a insuficiência de servidores, os entraves procedimentais, as pendências burocráticas, até à incapacidade de fugir da lógica ganhador/perdedor - que sempre suscitará inconformismo na figura do 'perdedor', podendo suscitar o mesmo litígio em tempo posterior. Destarte, consoante entendimento de Humberto Theodoro Junior (2004), é lamentável reconhecer que o Judiciário seja o mais burocratizado dos poderes estatais e o mais ineficiente quanto aos efeitos práticos.

Frise-se que a forma centralizada do Estado fazer cumprir direitos, por meio do Judiciário, comporta regramento normativo e iniciativa institucional ineficazes à construção de ambiente digno de solução de conflitos, pois encontra sustentação em inúmeros paradigmas ordenamentais. Nesse contexto, pode-se ressaltar que a impotência em superar tais paradigmas – que englobam a morosidade de seus serviços e o esclerosamento de suas rotinas operacionais, fez do Judiciário uma instituição cada vez mais ritualista, burocrática e refratária à modernização (THEODORO JÚNIOR, 2004).

Nesse ponto, é mister ponderar que os paradigmas são mutáveis e relativos, pois os valores e crenças da humanidade se modificam continuamente (ASSMANN, 1998). Naturalmente seletivos, os conceitos e referenciais acerca da realidade invocam mudanças paradigmáticas que possibilitam a organização da sociedade, haja vista refletir diretamente na abordagem teórica e prática da atuação de profissionais de todas as áreas do conhecimento.

Para transpor os obstáculos do atual modelo de jurisdição, observa-se que a gestão descentralizada dos conflitos surge bastante adequada para o cumprimento da agenda pública. Ora, somente com a integração recíproca de diversos campos de conhecimento é que será possível a plenitude do acesso à justiça. Sobre o tema, Mauro Capelletti interpreta que a reinvidicação dos novos direitos tem exigido qualificação técnica em áreas não jurídicas, e quando a instituição jurisdicional não dispõe da experiência necessária para apreciar a causa, haverá parcial ou completa ineficácia na concretização da justiça (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Outrossim, “vivemos num período avassalado pela questão da sua própria relatividade”. (SANTOS, 2002). O ritmo frenético que define as transformações sociais não deixa espaço para momentos de estabilização, de forma que suscita conflitos pautados na competitividade, no isolamento, no individualismo e no materialismo desenfreado. Além disso, os pequenos grupos sociais dominantes estão tão absorvidos no automatismo que não atingem a perplexidade individual e coletiva, chegando a ser ameaçadores e perigosos; de modo a endossar os paradigmas socioculturais de transição.

Destarte, a mudança dos paradigmas implica no questionamento intermitente dos problemas e das suas possíveis soluções (BEHRENS, 2003). Nesse diapasão, a plenitude do acesso à Justiça requer do Estado uma renúncia ao posicionamento estanque e reducionista de se guiar pelos princípios contratualistas supra delineados, os quais restaram frágeis e obsoletos no cenário globalizado.

Frise-se que, no presente milênio, o direito estatal está obrigado a coexistir com um novo direito não-oficial que gerou a crise do contrato social. “O tempo-espaço do Estado nacional está a perder o seu primado devido à importância crescente dos tempo-espacos globais e locais, que com ele agora competem (SANTOS, 2002)”. Destarte, os quadros temporais da degradação ecológica, do ciber-espaço, entre outros, não estão compatíveis com a atual funcionalidade contratual do Estado, que é caracterizada por gestão centralizada que, notadamente, gera exclusão social.

Num período de transição paradigmática, o direito deve caminhar para a reinvenção de suas práticas e do seu regime geral de valores. Os instrumentos que podem reconciliar os interesses sociais com as prerrogativas estatais, de modo a ultrapassar a crise da contratualização moderna, não debruçam sobre o Judiciário. Debruçam sobre formas alternativas de tratamento dos conflitos, e dentre essas formas, a mediação, por exemplo tem se destacado pela interação na raiz da controvérsia, finalizando litígios com intervenções não decisórias de um terceiro imparcial, com vistas ao preenchimento de lacunas geradas pela ineficiência do meio judicial.

2. Mediação: Desconstruindo um Modelo Centralizado de Jurisdição

A ideia de um pleno acesso à justiça sempre foi objeto de estudos dos processualistas, em especial dos juristas Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988), que se manifestaram acerca da existência de quatro ‘ondas’. A primeira onda de acesso à justiça, seria voltada à prestação de assistência jurídica aos hipossuficientes. A segunda onda renovatória, tem por escopo a representação de interesses coletivos e difusos. Já a terceira onda de acesso à justiça se relaciona com a reforma interna do processo, e com uma “concepção mais ampla de acesso à justiça”. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988). A quarta onda renovatória tem por escopo a efetividade dos direitos processuais.

Com efeito, o instituto da mediação surge como um dos esforços organizados que surtem efeito fora do circuito jurisdicional, pois faz parte da “Terceira Onda”, que traz a implantação de sistemas nos quais os direitos não sejam apenas simbólicos mas se traduzam em remédios efetivos. Isso em razão de que a questão do acesso à Justiça “não pode ser apenas um acesso formal, na prática embaraçada por intransponíveis requisitos de ordem burocrática e econômica”. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Não obstante o Judiciário ter sido palco primordial na solução de conflitos, não é possível dizer que este tenha dado as mais adequadas soluções para os litígios, haja vista as inconveniências inerentes a qualquer sistema processual constitucionalizado.

Com esse entendimento, é bastante lógico que os meios alternativos que descentralizem e desonerem a jurisdição sejam apontados por diversos estudos científicos, como reflexos de evolução legislativa, política e social. Um desses meios alternativos satisfatórios e eficazes tem sido o instituto da mediação, que consiste no debate de ideias entre os litigantes e um terceiro imparcial e a consequente obtenção de solução consensual.

Outrossim, a complexidade na solução dos conflitos atualmente possui íntima relação com a ascensão dos direitos coletivos, e para articular as mudanças requeridas, a Administração Pública carece de planejamentos estratégicos para provisionar tais direitos. Portanto, a fim de garantir os avanços almejados, o Poder Público necessita sistematizar teoricamente seus planos de ação, pontuar os

horizontes temporais e científicos ao formular suas políticas públicas e perceber a capacidade dos seus recursos.

Sem dúvida, no mister de organizar suas políticas públicas, os entes estatais têm atribuído bastante às ciências jurídicas a tarefa de realizar intervenções regulatórias, sancionar o descumprimento de normas e diagnosticar as dificuldades sociais. Nesse diapasão, Boaventura de Sousa Santos (2000) destaca que os juristas devem preferir o cultivo da humildade perante as regulações naturais, que sejam indolentes no seu afã racionalizador e que, capitalizando a experiência, prefiram soluções ecológicas e pouco interventoras.

Devidamente, cumpre apontar que as Políticas Públicas devem ser entendidas como o conjunto de ações destinadas a satisfazer necessidades sociais, em contexto no qual a existência do próprio Estado se legitima na realização dos “fins ligados ao bem-estar do indivíduo, ao bem estar da sociedade, em última análise” (RIBAS; SILVA, 2011). Também em outra oportunidade se defendeu que “assegurados os direitos e garantias individuais, o Estado atual intervém na ordem econômica e social dentro dos parâmetros desenhados constitucionalmente formulando políticas que objetivem direcionar as atividades e comportamentos, por meio de incentivos ou desestímulos à sua atuação”. (RIBAS, 2005)

É cediço que as inquietudes da modernidade demandam uma reorganização de prioridades que ensejam bem-estar coletivo, e exigem uma exata compreensão da importância das relações interinstitucionais no âmbito da emancipação e regulação dos direitos. Boaventura de Sousa Santos (2000) leciona que tal situação só poderá atingir determinado equilíbrio dinâmico se o poder cognitivo da ordem e o poder cognitivo da solidariedade servirem-se mutuamente.

Do ponto de vista sustentável, o instituto extrajudicial da mediação surge como mecanismo associado aos objetivos propostos pelas modernas políticas públicas, haja vista encerrar em si, alternativa ao congestionamento do poder judiciário; a oportunidade de negociação mais célere e conseqüentemente mais eficaz; a garantia de sustentabilidade fiscal e, ainda, a cooperação de terceiros especialistas hábeis na construção de uma cultura de paz.

É importante asseverar que a mediação de conflitos permite que os envolvidos encarem suas divergências de forma natural e pacífica, sendo perfeitamente cabível nas demandas familiares, trabalhistas, empresariais, organizacionais, ecológicas, comunitárias e até internacionais. Os resultados visualizados nos últimos anos são emblemáticos e remontam à plenitude do acesso à Justiça, traduzindo-se numa alternativa à clássica litigância no judiciário. Adolfo Braga

Neto (2014) trata o tema aduzindo que a tentativa é no sentido de viabilizar a mudança do paradigma social corrente da “cultura da sentença para a cultura da pacificação dos conflitos”, partindo-se da premissa de que o objetivo da mediação é o acordo. É bom lembrar que a mediação, entretanto, não tem este objetivo, visa, sim, atingir a satisfação dos interesses e das necessidades das pessoas envolvidas no conflito, que pode passar ou não pelo acordo.

Frise-se que os compromissos assumidos pelos Estados pugnam pela alocação racional dos recursos, gestão descentralizada de políticas públicas, que vindicam soluções criativas que proporcionem a prevenção de futuros conflitos. Com efeito, a percepção dos perigos próximos e remotos, ensejou a “consciência de um interesse geral planetário”, tal como observam Alexandre Kiss e Jean-Pierre Beurier (2004) no tratado sobre Direito Internacional do Meio Ambiente. Nesse sentido, explica Hestermeyer (2012) que “as exigências de equidade intergeracional poderiam ser incluídas em ‘solidariedade’ como reivindicações para ajudar indivíduos e Estados mais fracos”. Segundo o autor, duas facetas de solidariedade assumem um papel a este respeito: o alcance dos objetivos comuns por meio de obrigações diferenciadas e as ações em favor de determinados Estados.

No tocante às diretrizes de gestão, mostra-se indispensável a utilização do indicador de sustentabilidade fiscal como sinalizador de política governamental, em razão de que a credibilidade estatal varia conforme o grau de endividamento público. Em verdade, na era da informação, os indivíduos acompanham com versatilidade cada ajuste do governo, seja por meio de aumento da carga tributária ou por meio da diminuição dos gastos públicos. Enquanto o contribuinte de antes mantinha para com o Estado uma situação de sujeição total, em relação ao poder impositivo do Estado, hoje, o Estado está a serviço da comunidade, passando-se à necessária cooperação do cidadão com a comunidade administrativa (RIBAS, 2005). O Estado não se impõe mais de modo absoluto diante do cidadão no processo de administração pública.

Saliente-se que o sistema de mediação, conciliação e arbitragem, no contexto da solução de conflitos proporciona uma forma de pensar na modernidade que estimula o aprendizado e a reproduzir a ação transformadora presente nos diálogos produtivos e estratégias compartilhadas de enfrentamento dos problemas. Segundo o autor de “Ecologia Política dos Riscos”, Marcelo Firpo Porto (2014), o conflito é essencial para a construção da democracia, porém há que se ter cuidado para que o alcance da justiça social não prejudique as demais justiças, como por exemplo, a justiça ambiental. De outra frente, a injustiça

ambiental tem como força motriz o uso de recursos naturais relacionado a atividades como a expansão do agronegócio – situação fática que fez do Brasil campeão mundial no uso de agrotóxicos; fomentou os ciclos de produção do aço, do alumínio e do petróleo; e custeou grandes obras de infraestrutura; cumprindo a justiça ‘social’, mas não de forma verdadeiramente democrática, já que infringiu o senso ambiental.

Ressalta-se que em 2004, no Brasil, a Emenda Constitucional nº 45, já garantiu diversas reformas no Judiciário, sendo abertos caminhos para projetos que cogitassem mudanças significativas no Código de Processo Civil. Outrossim, no ano de 2010, nascia no Senado o Projeto de Lei nº 166/10, no qual foi possível depreender o cuidado da comissão de juristas para com os meios alternativos de solução de conflitos, quais sejam, conciliação e mediação.

Por oportuno, importante aduzir que o Poder Judiciário já utiliza o mecanismo da mediação de forma ampla e difundida, devido ao seu caráter fundado na livre manifestação das partes e contar com apoio de órgãos como o Ministério da Justiça, o Conselho Nacional da Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

Tal descentralização voltada à filtragem de conflitos dinamiza o consenso entre as partes conflitantes e oferece a adequada assistência, pois o papel do terceiro imparcial assume a natureza de catalisador dos sentimentos humanos suscitados nas disputas de interesses.

Importa ressaltar que, o Conselho da União Europeia, por sua vez, também consignou esforços para emitir dispositivo e previu a mediação como um processo estruturado no qual duas ou mais partes em litígio tentam, voluntariamente, alcançar por si mesmas um acordo sobre a resolução de seu litígio, com a ajuda de um mediador, vide Art. 3º da Diretiva nº 52, de 21 de maio de 2008.

Neste rol de propostas, no Direito Tributário Brasileiro, faz-se necessário destacar que o Processo Administrativo Tributário se traduz “em um modelo de relação com o contribuinte que não concorre com o Judiciário, mas que se traduz em espaço alternativo de exercício da cidadania em matéria tributária”. (RIBAS, 2008). Atinge o mesmo desiderato a Transação Tributária como mecanismo alternativo na resolução de conflitos, introduzindo o consenso na imposição tributária e induzindo assim o cumprimento voluntário da obrigação, encerrando o processo de positivação da norma tributária, sem a necessidade de recorrer-se ao auxílio do processo judicial tributário e do aparato coercitivo estatal (RIBAS; SILVA, 2013).

Continuando o debate das soluções de conflitos, com enfoque no pleno acesso à justiça – seja social, ambiental, fiscal ou outra, verifica-se que o Estado se encontra faltoso na gestão organizacional das políticas públicas, haja vista não usar as ferramentas que auxiliariam a ampliar sua visão sistêmica, agindo de modo precavido e sustentável; administrando o crescimento populacional e as conquistas intergeracionais dos direitos humanos. Conforme retro aludido, uma dessas ferramentas consiste na mediação, assim resumida por Adolfo Braga Neto (2014) como “um método de resolução de conflitos em que um terceiro independente e imparcial coordena reuniões conjuntas ou separadas com as partes envolvidas em conflito”. Destaca-se, o objetivo vai ser sempre o estímulo ao diálogo cooperativo entre os envolvidos para que alcancem a solução das controvérsias da melhor forma possível. Sendo assim, o acordo passa a ser a consequência lógica, resultante de um bom trabalho de cooperação realizado ao longo de todo o procedimento, e não sua premissa básica.

A partir de delineadas reflexões sobre os efeitos da mediação, arbitragem e conciliação na mudança de paradigmas vigentes, pode-se ressaltar que os novos anseios sociais precisam ser ordenados em prol da solidariedade para com as futuras gerações; além de o gestor público precisar conciliar interesse público com sustentabilidade fiscal.

Por todo o exposto, as perspectivas de transformação social estão intrinsicamente ligadas à competência do Poder Público balizar, de forma eficaz, o acesso à justiça por meio de políticas públicas preventivas ou restauradoras. Defende-se, portanto, no presente estudo, o emprego da mediação, conciliação, arbitragem e demais mecanismos alternativos aptos ao redimensionamento necessário de valores para se alcançar uma sociedade justa e solidária, consolidada no desenvolvimento econômico sustentável.

Com a crise do Judiciário ora debatida, defende-se, entretantes, como objeto de política pública a implementação de novas propostas para gestão de conflitos sociais, por meio da “aplicação de mecanismos alternativos para diminuir as controvérsias, entre as quais os acordos, as transações e outras técnicas alternativas como a conciliação, a mediação e a arbitragem”. (2008, M).

Considerações Finais

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Estado brasileiro recebeu a responsabilidade de garantir inúmeros direitos sociais e garantias fundamentais, iluminados, entre outros, pelo princípio da Solidariedade e pelo princípio do Acesso à Justiça - em suas acepções formal e material.

Ocorre que os esforços mais consequentes do poder público em viabilizar esses dois princípios não atenderam devidamente a quantidade de demandas que urge tutela jurisdicional, de forma que o Judiciário se encontra em crescente congestionamento processual, de modo a refletir externalidades negativas como custos, morosidade e insuficiência de recursos humanos.

Procurou-se demonstrar que por mais moderna e adequada que seja a legislação de um Estado, os objetivos nela propostos não serão atingidos caso haja a sobrecarga do seu sistema jurisdicional. Propôs-se nesse estudo, então, a adoção dos instrumentos alternativos capazes de transformar as políticas públicas e dar efetivo tratamento na solução das controvérsias sociais.

A relevância da gestão descentralizada também se confirma na eficácia, haja vista não depender de fontes formais, que muitas vezes destoam dos conflitos atuais. Nesse sentido, é comum deparar com o descompasso (por vezes, acanhado; por vezes, alarmante) do aparato legislativo frente às novas dificuldades dos direitos coletivos e difusos, sendo possível concluir que a adoção de mecanismos alternativos abrange muito mais os objetivos de pacificação social, devido à sua flexibilidade adstrita ao princípio da autonomia da vontade.

Reconhecer que apesar da estrutura fortemente hierarquizada e orientada por uma lógica legal-racional, o Judiciário precisa enfrentar o desafio de alargar os limites de sua jurisdição, reorganizar suas estruturas e modernizar seus padrões funcionais, tem sido a barreira mais evidente do Poder Público - que parece resistir ao fato de que a complexidade das demandas cresce proporcionalmente à simultaneidade das redes de interação dos seus tutelados, cada vez mais inseridos no contexto socioeconômico globalizado.

A tônica para romper as posturas estatais exige superação da visão centralizada do universo judicial, que recebe os efeitos dos avanços sociais, tecnológicos e científicos e não pode ser entendido como uma entidade isolada. Os elementos intersubjetivos novos que ameaçam a ordem e paz social, relevam os efeitos da morosidade e burocracia do Judiciário, que não dispõe de condições materiais e técnicas para solucionar os atuais conflitos complexos e multidisciplinares.

À vista do exposto, a gestão descentralizada dos conflitos por meio de acordos, normas extrafiscais, transações, conciliações, mediações e arbitragens, são comprovadamente alternativas que garantem o Acesso à Justiça de forma justa, solidária e sustentável. Nesse diapasão, além de oferecerem mais celeridade à prestação jurisdicional e tratamento adequado ao conflito, os mecanismos aludidos sintetizam o Princípio da Solidariedade, vez que promovem inclusão social, permitem maior cuidado com problemas locais e despertam a conscientização dos cidadãos em relação aos seus direitos e deveres.

É papel do Estado orientar suas políticas em prol da solidariedade, inclusive para com as futuras gerações, a partir da utilização de indicadores fiscais sinalizadores dos resultados das políticas governamentais, em que o gestor público possa conciliar interesse público com sustentabilidade fiscal, considerando que a credibilidade estatal varia conforme o grau de endividamento público e a efetividade das atividades desenvolvidas.

Referências

ASSMANN, Hugo. *Metáforas novas para reencontrar a educação*. São Paulo: Unimep, 1998.

BEHRENS, Marilda A. (Org.). **Docência universitária na sociedade do conhecimento**. Curitiba: Champagnat, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria geral do direito**. Barueri-SP: Manole, 2007.

BRAGA NETO, Adolfo. **O Crescimento da Mediação de Conflitos**. Disponível em: <<http://www.imab-br.net/pt/index.html>>. Acesso em: 12 jun. 2014.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**. 12. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números 2013**. Brasília, 2013.

DIRETTIVA 2008/52/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale. Disponível em: <<http://www.mondoadr.it/cms/?p=1466>>. Acesso: 21 set.2014.

GRUPPI, Luciano. **Tudo começou com Maquiavel**: as concepções do Estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci. 16. ed. Porto Alegre: L&PM, 2001.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Ícone, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KISS, Alexandre; BEURIER, Jean-Pierre. **Droit International de l'Environnement**. Paris: A. Pedone, 2004.

PORTO, Marcelo Firpo. Entrevista. “**O conflito é essencial para a construção da democracia**”. Disponível em: <http://www6.ensp.fiocruz.br/radis/conteudo/entrevista-marcelo-firpo-porto>. Acesso em: 4 jun. 2014.

RIBAS, Lídia Maria. Defesa Ambiental: Utilização de instrumentos tributários. In: TORRES, Heleno Taveira (Org.). **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005.

RIBAS, Lídia Maria. **Direito penal tributário**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

RIBAS, Lídia Maria. **Processo Administrativo Tributário**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

RIBAS, Lídia Maria; SILVA, Hendrick Pinheiro. Dever fundamental de pagar tributos e extrafiscalidade. In: PASSOS, Jaceguara Dantas da Silva; AMARAL, Ana Paula Martins (Coord.). **Coletânea de direito constitucional**: artigos, Campo Grande – MS: Alvorada, 2011. p. 339-354.

RIBAS, Lídia Maria; SILVA, Hendrick Pinheiro. Transação como mecanismo alternativo na resolução de conflitos tributários. **Derecho y Cambio Social**, Perú, v. 34, p. 1-23, 2013.

Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**: princípios do direito político. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Toward a New Legal Common Sense**. Law, Globalization and Emancipation. London: Butterworths LexisNexis, 2002.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional**. Insuficiência da reforma das leis processuais. Belo Horizonte: 2004.

Direito Fundamental à Igualdade Racial: Fundamentos e Conteúdo

Lívia Maria Santana e Sant'Anna Vaz

Introdução

A dignidade da pessoa humana, enquanto base elementar dos direitos humanos, configura-se como fundamento da igualdade entre todos os homens e, portanto, da igual dignidade racial. Por conseguinte, a discriminação arbitrariamente alicerçada em critérios raciais representa clara violação, a um só turno, dos princípios dignitário e igualitário.

Nada obstante, a discriminação racial continua a ser um dos maiores e mais complexos problemas de direitos humanos no mundo atual, adquirindo variadas e novas formas de manifestação, desde o racismo institucional velado às formas mais brutais de genocídio.

Apesar de ser possível apontar progressos em alguns setores, as distinções, exclusões, restrições ou preferências com base na raça, na cor, na ascendência, ou na origem nacional ou étnica continuam a reproduzir a desigualdade em desfavor de determinados grupos raciais, com graves reflexos no acesso a bens elementares e no pleno exercício dos direitos fundamentais.

O assunto desperta especial interesse, principalmente quando se constata que, através do fenômeno da imigração, as sociedades atuais são cada vez mais multirraciais. Ao aumento da diversidade racial, étnica e cultural que se impõe, em escala mundial, aos tecidos sociais, em sentido oposto, corresponde a emergência de sentimentos de intolerância, como a xenofobia e o racismo, revelando a necessidade de constante adaptação e aparelhamento das ciências jurídicas.

O tema revela-se atual e de importância ímpar, em especial quando se leva em consideração a atenção que os ordenamentos jurídicos internos e a ordem internacional têm dedicado à não-discriminação racial¹. Nesse sentido

1 Cfr. Paulo Mota Pinto. *Autonomia privada e discriminação: algumas notas*. p. 361 e ss.

meramente proibitivo, os sistemas jurídicos deixam de tolerar condutas discriminatórias, impondo-lhes sanções de natureza penal, civil e/ou administrativa. Embora não se possa negar a relevância dessa dimensão de cunho eminentemente negativo ou defensivo, a busca pela efetiva e plena igualdade racial não pode circunscrever-se apenas a ela, que se caracteriza como uma primeira etapa no processo de efetivação de uma igual dignidade racial.

Com efeito, a mera proibição normativa não tem o condão de afastar a segregação fundada no fator racial se o Estado não toma para si também a promoção da igualdade racial, com o propósito de conferir igualdade de oportunidades às diversas minorias étnico-raciais. A assunção pelos entes estatais de uma conduta ativa ante as desigualdades alicerçadas na raça pressupõe, do mesmo modo, o reconhecimento das diferenças, condição *sine qua non* para a adoção de medidas promotoras da igual dignidade de todas as raças. Enfim, indispensável, ainda, a proteção da igualdade racial, a fim de colmatar os elementos apontados, que se configuram como dimensões constituintes dessa prerrogativa jusfundamental. São, portanto, essas quatro vertentes da igualdade racial que serão teorizadas e brevemente desenvolvidas de forma a delinear o conteúdo do direito fundamental à igualdade racial.

1. Fundamentos da Igualdade Racial

1.1. Dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana vem assumindo, nas últimas décadas, fundamental importância, não apenas no debate jurídico, mas também no domínio político, socioeconômico e até mesmo científico, consolidando-se como ponto de referência nas reflexões que envolvem conflitos de valores².

Nada obstante, o que se constata, na realidade, é que – seja em virtude das condicionantes impostas pelo poder econômico, seja pela persistente intolerân-

2 Neomi Rao. **Three concepts of dignity in constitutional law**. p. 185, refere-se a decisões recentes da Suprema Corte dos Estados Unidos, nas quais a dignidade humana é invocada na solução de conflitos de natureza diversa, envolvendo a liberdade de expressão, o direito ao armamento sob a égide da Segunda Emenda constitucional, as regras de financiamento de campanha eleitoral e a pena de morte. A autora observa, p. 196, ainda, que, mesmo em países cujas Constituições não se referem expressamente à dignidade humana, os Tribunais Constitucionais não hesitam em empregá-la como parâmetro de decisão nas hipóteses de confronto entre interesses jusfundamentais.

cia étnico-racial e religiosa, seja pela concentração de renda e exclusão social, ou, ainda, pela violação ou ausência de promoção de direitos fundamentais – reina uma espécie de *indignidade seletiva* no seio das sociedades contemporâneas. Os indivíduos – ou melhor, certos indivíduos – não são reconhecidos e, muitas vezes, não se reconhecem como igualmente dignos de conviver numa sociedade que os repudia e os anula. Não enxergam no outro um espelho de si mesmos. Revoltam-se contra um Estado que os manipula e que assume, não raras vezes, a posição de inimigo de seus direitos fundamentais. Em poucas palavras, o que se constata no *mundo real* – adaptando-se a célebre frase de George Orwell³ – é que, embora todos os homens sejam dignos, alguns são mais dignos, ou, pelo menos, mais dignificados, do que outros.

Em síntese, se, por um lado, assiste-se à insistente *coisificação do homem* – em nome do lucro, do poder, de crenças religiosas, da discriminação racial, etc. –, por outro, testemunha-se a luta do homem pela sua *dignificação*, pelo reconhecimento e promoção da sua dignidade. É que a existência da dignidade humana enquanto valor inerente a cada ser humano – concepção ontológica – não impede que ela seja violada ou até mesmo desconsiderada, exigindo-se, por conseguinte, a atribuição de força jurídica ao princípio correspondente, com vistas a minimizar os atentados perpetrados, quer pelos poderes públicos, quer pelos próprios indivíduos.

Embora não seja esse o espaço adequado para o reexame de certos dogmas científicos, religiosos e filosóficos, algumas reflexões revelam-se de suma importância para se delinear uma noção de dignidade humana enquanto fundamento do valor igualitário.

Além da razão e da consciência que lhe são inerentes – mas cuja exclusividade é questionada⁴ –, o ser humano caracteriza-se notadamente pela sua

3 A Revolução dos Bichos: um conto de fadas. p. 112.

4 Charles Darwin. *The descent of man, and selection in relation to sex*. pp. 60-61, por exemplo, não afasta a possibilidade de animais serem dotados de individualidade e autoconsciência, embora em grau inferior ao do ser humano. Antonio Junqueira de Azevedo. *Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana*. p. 92, referindo-se ao caráter antropocêntrico e subjetivamente fechado da concepção insular ou europeia de dignidade da pessoa humana, entende que a especificidade do homem não se restringe à autoconsciência – que, para o autor, é comum “pelo menos ao homem e ao chimpanzé” –, mas envolve também a decisão fundamental de amar. Amparado em estudos nas áreas da biologia, etologia e das ciências cognitivas, o autor, pp. 93-94, defende que, embora com diferença de grau, tanto os homens quanto os animais possuem vontade (capacidade interna de decisão) e liberdade (liberdade natural – possibilidade de decidir e agir segundo a própria natureza).

peculiar racionalidade e inventividade, decorrentes da evolução de seu córtex cerebral, mais desenvolvido do que o de outros animais. Dessa evolução resultam diversas capacidades especialmente humanas, dentre as quais: a comunicação através da linguagem (oral e escrita⁵), o pensamento abstrato e a disposição ou propensão de relacionar-se com seus semelhantes impulsionado não apenas pelo instinto e necessidade de preservação da espécie, mas também guiado por sentimentos e por valores morais e éticos. Nenhum outro animal⁶ é dotado – no nível de complexidade alcançado pelo homem – de autoconsciência, de capacidade de compreensão de si mesmo, e de poder de abstração. Nesta senda, a racionalidade, conjugada à autoconsciência e à autonomia moral do homem, são elementos que o vocacionam à livre e consciente autodeterminação de sua personalidade enquanto indivíduo.

Abstraídas as questões morais, é importante fixar que o genoma humano carrega em si a configuração de um ser pensante, criativo e com alto poder de interferência no mundo circundante, conferindo ao homem lugar destacado no universo e dotando-o de especial dignidade. Todo e cada ser humano, seja mu-

A especificidade humana estaria, então, na liberdade moral, na capacidade de amar, na decisão fundamental de praticar os atos “por amor, com amor ou sem amor”. John Gray. **Cachorros de palha: reflexões sobre seres humanos e outros animais**. p. 75, por sua vez, afirma que sensação e percepção – que independem de consciência e autoconsciência – existem por todo o reino animal e também vegetal. O autor explica, pp. 77-78, que a percepção e o pensar acontecem normalmente sem atenção consciente, por meio da chamada percepção subliminar. Para outras citações de estudos científicos acerca da consciência animal, ver Peter Singer. **Libertação animal**. p. 11.

- 5 A linguagem oral e, notadamente, a linguagem escrita, conferem ao homem o poder de disseminar seus conhecimentos e experiências, aspecto que o distingue de maneira significativa dos demais animais.
- 6 Embora a fascinante discussão acerca dos *direitos dos animais* extrapole os limites e objetivos deste estudo, importa afirmar que a noção de dignidade humana, enquanto valor intrínseco reconhecido singularmente em cada pessoa, não afasta necessariamente a ideia de que outros seres vivos possuam também uma certa dignidade que lhes é peculiar. Dito de outro modo, o reconhecimento da dignidade humana não é absolutamente incompatível com o entendimento que atribui uma dignidade própria – certamente diversa da dignidade humana, exclusividade de uma particular espécie de animal – a outros animais que seriam, ao menos, *dignos* de proteção. Com efeito, a especial condição humana não pode servir de fundamento para um exacerbado antropocentrismo, que permita a degradação deliberada dos recursos naturais e das outras formas de vida existentes no planeta, ainda que se possa argumentar que a necessidade de equilíbrio ambiental é decorrente da própria dignidade humana e não de um valor intrínseco da própria natureza. Sobre os direitos dos animais, dentre outros, ver Cass R. Sustein. **The Rights of Animals: A Very Short Primer**; Tiago Fensterseifer. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socio-ambiental de Direito**; Fernando Araújo. **A hora dos direitos dos animais**; Heron José de Santana Gordilho. **Abolicionismo animal**.

lher ou homem, negro ou branco, homossexual ou heterossexual, acumula em si tais características intrínsecas que, por si sós, conferem-lhe dignidade humana. A posse da razão, no nível alcançado pelo homem, tem como uma de suas dimensões a caracterização do ser humano como um animal dotado não apenas de capacidades, mas também de necessidades especiais. Tais necessidades – que criam vínculos, restrições, relações de dependência e de interdependência – devem ser consideradas para delimitação do conteúdo de uma tal dignidade⁷.

Os recursos humanos são complexos e imensuráveis, não sendo possível identificar um único fator que precisamente constitua ou justifique a dignidade humana. O que confere dignidade ao homem é justamente a miríade de qualidades intrinsecamente humanas, que não pode ser reduzida à racionalidade, moralidade, sociabilidade, autoconsciência ou qualquer outra característica tida como predominante no *humanus*⁸. Todos esses fatores em conjunto constituem a natureza humana e, estando presentes em cada ser humano, tornam todos os membros da humanidade dotados de uma particular dignidade.

Da variedade de sentidos atribuídos à expressão dignidade, aquele associado à condição humana é o que, na atualidade, encontra respaldo nos sistemas jurídicos através da normatização da dignidade da pessoa humana. Assim, em que pese a relevância de sua matriz ético-filosófica – fonte na qual, sem dúvida abeberou-se o Direito –, com a incorporação da dignidade humana ao direito positivo, esta passa a ser também uma realidade jurídico-normativa, um *dever-ser* direcionado à proteção da sua vertente ontológica (*ser*), atrelada à *conditio humanus* de cada indivíduo singularmente considerado.

Dito isto, cumpre esclarecer que, diante do não reconhecimento expresso da dignidade humana na ordem constitucional de um determinado Estado, não se presume automaticamente a sua inexistência, enquanto princípio jurídico, ainda que na forma de norma jurídica implícita. Efetivamente, países que não possuem a dignidade humana formalmente positivada em suas Constituições⁹

7 Cfr. Martha C. Nussbaum. *Giustizia sociale e dignità umana*. p. 8.

8 Francis Fukuyama. *Our posthuman future: consequences of the biotechnology revolution*. p. 177, afirma sobre a dignidade humana: “(...) cannot be reduced to the possession of moral choice, or reason, or language, or sociability, or sentience, or emotions, or consciousness, or any other quality that has been put forth as a ground for human dignity. It is all of these qualities coming together in a human whole that make up Factor X”.

9 As Constituições da França, Holanda, Dinamarca, Estados Unidos e Canadá não fazem referência expressa à dignidade humana. Merece ressalva, ainda, o art. 3º da Constituição da Itália de 1948

têm reconhecido a sua natureza jurídica na condição de norma jusfundamental. Pode-se mesmo afirmar que, na atual conjuntura histórica, todo sistema jurídico legitimamente estruturado – ainda que não haja expressa previsão no direito positivo –, tem a dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem jurídico-constitucional e dos direitos fundamentais nela assegurados¹⁰. Por outro lado, não se pode negar que a positivação da dignidade da pessoa humana – embora não se afigure, nesse sentido, imprescindível – antecipa um compromisso dos poderes instituídos no sentido de garantir sua efetiva força jurídica e seu maior grau de proteção e concretização.

Diante do que foi até aqui exposto, resta claro que a dignidade da pessoa humana, na sua condição de princípio chave da ordem jurídico-constitucional, pode conter (como de fato contém) em si mais de uma norma, figurando, não raras vezes, como fundamento de posições jurídico-subjetivas que nem sempre estão previstas expressamente em dispositivos normativos autônomos. Do princípio da dignidade da pessoa humana podem, então, ser extraídas normas que conferem tanto *direitos fundamentais negativos* – no sentido de barrar a sua violação –, quanto *direitos a prestações*, capazes de protegê-la e promovê-la.

1.2. Igualdade e dignidade da pessoa humana

O valor igualitário encontra sede no elemento ontológico da dignidade da pessoa humana, tendo como correspondente jurídico direto o princípio geral da igualdade. Ora, se todo ser humano é, por natureza, provido da mesma dignidade, neste aspecto – e apenas nele – todos somos absolutamente iguais.

Numa espécie de síntese de diversas concepções humanistas, o art. 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU proclama que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e de consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de

que, embora não mencione expressamente a dignidade da pessoa humana, reconhece igual dignidade social a todos os cidadãos.

10 Cfr. Carmen Lúcia Antunes Rocha. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. p. 76. No mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. p. 30. Para Paulo Otero. *Pessoa humana e Direito: contributo para uma concepção personalista do Direito Constitucional*. p. 367, “(...) uma Constituição só é constitucional se estiver ao serviço da pessoa humana como fim em si mesmo, da sua dignidade e dos inerentes direitos fundamentais.”

fraternidade.” Abstraído o compreensível apelo simbólico das expressões utilizadas, uma análise interpretativa do mencionado dispositivo, poderá servir de ponto de partida para a compreensão da relação entre dignidade da pessoa humana e igualdade.

Os seres humanos são, ao mesmo tempo e em inúmeros aspectos, semelhantes e diferentes, iguais e desiguais. De um ponto de vista puramente empírico, pode-se afirmar que todos os homens são iguais apenas enquanto pertencentes a uma mesma espécie. Assim, de um modo geral, os seres humanos assemelham-se justamente naquilo que os torna únicos quando em comparação com outras espécies de animais. Afora tal constatação, cada indivíduo é irrepetível e insubstituível¹¹, nunca podendo ser equivalente a outro ser humano, ao menos, não em todos os seus aspectos e atributos.

A complexidade da individualidade humana envolve não apenas aspectos de caráter biológico, mas também de ordem ético-axiológica¹². A singularidade biológica de cada indivíduo remonta à sua concepção, à sua formação genética exclusiva. Dessa maneira, *os seres humanos não nascem iguais*, nem se tornam iguais. Cada indivíduo já é geneticamente concebido como diferente de todos os demais, sendo certo, ainda, que o meio em que se desenvolve cada pessoa contribui para uma maior diversificação dos atributos físicos e psíquicos de cada *exemplar humano*.

Feitas tais considerações, pode-se afirmar que, entre os seres humanos há muito mais diferenças do que semelhanças, especialmente quando se leva em consideração a unicidade e singularidade de cada sujeito no que respeita a suas relações privadas e sociais, suas características e capacidades físicas e intelectuais, seus anseios e projetos de vida, seus valores e crenças, etc. Em poucas palavras, os indivíduos são naturalmente diferentes, tão diferentes que se pode mesmo afirmar que “cada homem é uma raça”¹³.

11 Na lição de Hannah Arendt. **A condição humana**. p. 16, “a pluralidade é a condição da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é, humanos, sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha a existir”.

12 Cfr. Paulo Otero. **Pessoa humana e Direito: contributo para uma concepção personalista do Direito Constitucional**. pp. 363-364.

13 Título da obra de contos de Mía Couto. **Cada homem é uma raça**. p. 5, que traz o seguinte extrato das declarações do vendedor de pássaros: “Inquirido sobre a sua raça, respondeu: – *A minha raça sou eu, João Passarinheiro*. Convidado a explicar-se, acrescentou: – *Minha raça sou eu mesmo. A pessoa é uma humanidade individual. Cada homem é uma raça, senhor polícia.*”

Em que sentido, então, deve ser compreendido o enunciado do art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos?

Note-se preliminarmente que a Declaração não proclama uma espécie de igualdade absoluta. Antes afirma a igualdade entre os homens em dignidade e em direitos.

A igualdade em direitos não significa que cada direito deve ser atribuído de forma idêntica para todos os indivíduos e sim que, quando os indivíduos se encontram em condições similares, devem ser tratados da mesma forma e submetidos às mesmas regras¹⁴. Os sujeitos – seja pela sua própria conduta, seja em razão de suas qualificações, capacidades ou condições pessoais – nem sempre serão titulares de iguais direitos, sem que tal desigualdade implique violação ao princípio igualitário. Aquele que pratica um crime previsto em lei, não terá igual direito à liberdade que os demais cidadãos; a mulher, pela sua própria condição, goza de certos direitos trabalhistas não atribuídos a pessoas do sexo masculino. A declaração de igualdade em direitos associa-se, portanto, ao princípio da igualdade formal e à regra de justiça, segundo a qual deve-se tratar igualmente os iguais, na medida de sua igualdade. Conclui-se, portanto, que não se pode afirmar genericamente que todos os seres humanos são iguais em direitos. Numa análise mais profunda, há que se perquirir primeiramente acerca dos critérios e parâmetros de igualdade – quem são os iguais e em que são iguais – para que se possa falar em direitos iguais.

De acordo com a concepção ontológica, cada ser humano é, por sua própria condição de pessoa, dotado da mesma dignidade que os demais, não havendo diferenças ou características especiais que tornem um indivíduo isento de dignidade ou menos digno que outros. É nesse sentido que se afirma que *todos os seres humanos nascem iguais em dignidade*. Não há condição ou requisito a ser alcançado; não há mérito – seja pessoal ou social – a ser apreciado. Para ser dotado de dignidade, basta ser humano. Nessa linha de raciocínio, a raça, a origem, o sexo, a idade ou a riqueza não conferem a uma pessoa mais valor do que a outra. Daí porque não se pode estabelecer *diferenciação* ou *pesagem* de dignidades¹⁵.

Esclarecidos esses pontos cruciais, impõe reafirmar que, se há um atributo que permite a afirmação de *igualdade absoluta* entre todos os seres humanos,

14 Cfr. Léon Ingber. *De l'égalité à la dignité en droit: de la forme au contenu*. pp. 906-907.

15 Cfr. José Joaquim Gomes Canotilho. *Dignidade e constitucionalização da pessoa humana*. p. 286.

esse atributo é a dignidade. Todas as pessoas são iguais em dignidade e desse predicado resulta que todos os indivíduos devem ser tratados com igual respeito e consideração e não com absoluta igualdade. Por outro lado, o tratamento igualmente digno que a todos deve ser conferido implica não uma aplicação limitada e formalista do princípio da igualdade, exigindo, ao contrário, uma acepção igualitária multidimensional, que trate igualmente os iguais e afaste a discriminação arbitrária, ao mesmo tempo em que considere as diferenças e desigualdades fáticas para, enfim, promover a efetiva igualdade.

1.3. A igualdade como princípio jurídico

A natureza axiológica da igualdade não afasta a positivação do valor igualitário como norma jurídica. Nesta senda, no âmbito de um sistema jurídico, a igualdade expressa um conceito deontológico, um mandamento, um *dever ser*. Em termos simples, o princípio da igualdade é um dos reflexos jurídicos do valor igualitário¹⁶, sendo considerado princípio geral¹⁷ do direito e, ainda, princípio de caráter constitucional estruturante¹⁸.

Pode-se dizer que o princípio da igualdade¹⁹ funciona como uma espécie de sol axiológico²⁰, que difunde seus raios pelo sistema jurídico, qualificando o efetivo e equitativo exercício dos demais direitos fundamentais. O sistema constitucional dos princípios jurídicos e dos direitos fundamentais configura-se como um organismo vivo, o que, de logo, afasta uma noção estática dos valores nele inseridos. Daí a afirmação de que, na esfera jurídica, todo princípio se si-

16 Cfr. María Salvador Martínez. *Las medidas de acción positiva. Principio de igualdad y derechos fundamentales*. p. 30.

17 Os princípios gerais de um sistema constituem o conjunto de proposições diretrizes das quais dependem tanto a estrutura quanto o desenvolvimento do sistema subordinado. São, portanto, determinantes para a unidade e homogeneidade do sistema. Cfr. Henri Buch. *La notion d'égalité dans les principes généraux du Droit*. p. 199.

18 Cfr. Jorge Miranda e Rui Medeiros. *Constituição Portuguesa Anotada*. p. 219.

19 Sobre o tema, entre tantos, cfr. Guilherme Machado Dray. *O sentido jurídico do princípio da igualdade: perspectiva luso-brasileira*.

20 Sobre a igualdade como valor, cfr., entre outros, Santiago Sánchez González. *En torno a la igualdad y a la desigualdad*. pp. 18-19; J. J. Gomes Canotilho. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. pp. 381 e ss., atribui ao princípio da igualdade uma função normativa e uma função social.

tua, ao mesmo tempo, no mundo ideal e no mundo real, do que resulta que todo princípio jurídico, longe de ser imutável, é, em si mesmo, movimento²¹.

Permitindo-se uma abordagem metafórica, poder-se-ia entender o sistema jurídico-constitucional, nesse domínio específico, como uma célula, representativa de uma unidade centralizadora da ordem jurídica. Esse elemento de convergência axiológica tem como núcleo o princípio da dignidade da pessoa humana, em torno do qual coexistem outros princípios e direitos fundamentais, cada um com objetivos específicos e interativos no âmbito da célula constitucional. A delimitação formal e a *regulação comunicativa* desse organismo com o mundo exterior são promovidas através de uma membrana dotada de permeabilidade seletiva, em conformidade com o elemento nuclear.

Embora a Constituição formal tenha o seu conteúdo demarcado pelo texto constitucional, numa vertente material, o sistema constitucional acolhe, criteriosamente, elementos externos compatíveis com a natureza dos valores nele insertos, em especial com o seu axioma nuclear. Sob outro enfoque, a *célula constitucional* alimenta-se do meio circundante, dinamizando e oxigenando seu conteúdo, sendo também capaz de influenciar o ambiente externo. Tal mecanismo de interconexão resulta na adaptabilidade dinâmica dos valores constitucionais às circunstâncias fáticas, sem prejuízo da manutenção de certos elementos substanciais inquebrantáveis (ou núcleos duros), garantidos pela seletividade do sistema.

Nesse contexto, o princípio da igualdade atua como fator responsável pela respiração celular, processo voltado para a obtenção de energia vital, que permite o pleno desenvolvimento das demais *atividades do organismo constitucional*. Em poucas palavras, a igualdade é elemento qualificador de todo e qualquer direito fundamental²², exercendo também influência decisiva na interpretação e aplicação dos demais princípios constitucionais.

Como consequência, as atuações dos poderes estatais devem voltar-se teleologicamente para a concretização do valor da igual dignidade de todos os homens – noção na qual se inclui a igual dignidade racial.

21 Cfr. Henri Buch. *La notion d'égalité dans les principes généraux du Droit*. p. 197.

22 Embora aqui se refira especificamente aos direitos fundamentais, em virtude do tema abordado, como assevera Martim de Albuquerque. *Da igualdade – Introdução à jurisprudência*. p. 76, “a igualdade constitui característica ou qualidade de todo e qualquer direito, e não apenas dos direitos fundamentais”.

1.4. A Igualdade como Direito Fundamental: Direitos de Igualdade

A partir da Segunda Guerra Mundial, diversas constituições passaram a reconhecer um direito fundamental à igualdade, para além do caráter meramente principiológico da cláusula igualitária. Com efeito, o reconhecimento da dimensão objetiva da igualdade não prejudica a sua aceitação também enquanto direito fundamental²³, podendo mesmo, em certos casos, resultar na consagração de direitos subjetivos, permitindo que seus titulares provoquem o Poder Judiciário, em caso de violação.

Em outras palavras, para além da natureza principiológica da igualdade, é possível identificar direitos de igualdade específicos²⁴ (direito de igualdade de gênero, direito de igualdade racial, direito de igualdade no trabalho, direito de igualdade perante os cargos públicos, etc.) – expressos ou implícitos, e que podem ser traduzidos em deveres de ação positiva ou negativa, conforme o caso.

Assim, do princípio da igualdade decorre, por exemplo, o direito à não-discriminação, que concede ao indivíduo uma posição jurídico-subjetiva, capacitando-o para se opor, quer aos atos dos poderes públicos, quer aos atos dos particulares, que atentem contra tal prerrogativa. Trata-se, pois, de um direito

23 Humberto Ávila. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. p. 150, entende que a igualdade pode funcionar como regra, como princípio ou como postulado. Referindo-se à igualdade como um direito, cfr. José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. pp. 210 e ss.

24 Robert Alexy. **Teoria dos direitos fundamentais**. pp. 429 e ss., entende que, do enunciado geral de igualdade, podem decorrer tanto direitos de natureza negativa, quanto direitos de natureza positiva. Para o autor, há três tipos de direitos que derivam do enunciado geral da igualdade: a) direitos de igualdade definitivos abstratos; b) direitos de igualdade definitivos concretos; c) direitos de igualdade *prima facie* abstratos. De acordo com Maria Lúcia Amaral. **O princípio da igualdade na Constituição portuguesa**. p. 36, a consagração conjunta, nos textos constitucionais, de normas especiais de igualdade ao lado de um princípio geral igualitário é uma tendência seguida às Constituições portuguesa, espanhola e alemã. Referindo-se aos direitos de igualdade especiais na Lei Fundamental da Alemanha, cfr. Konrad Hesse. **Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha**, pp. 331 e ss. J. J. Gomes Canotilho. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 431, afirma que, em relação aos preceitos constitucionais consagradores de direitos especiais de igualdade, o princípio da igualdade funciona como *lex generalis*. No mesmo sentido, Robert Alexy, **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 412.

subjetivo que confere aos seus titulares a possibilidade de recorrer aos meios judiciais cabíveis, quando tratados de forma arbitrariamente discriminatória.

Desse modo, ao revés de permanecer restrita apenas ao seu sentido *objetivo-negativo* – aqui entendido como equivalente a uma natureza principiológica meramente proibitiva da discriminação –, à igualdade agregou-se uma essência *subjetiva-positiva*²⁵, capaz de atribuir posições jurídicas concretas aos indivíduos, impondo também ao Estado atuações de cunho positivo.

Ressalte-se, por fim, que não há uma relação de hierarquia, mas sim de interdependência e complementaridade entre o princípio da igualdade e os direitos especiais de igualdade²⁶.

2. Direito Fundamental à Igualdade Racial

2.1. Existem raças humanas? A relevância jurídica da questão racial

Teorias racistas propagaram durante muitos anos ideologias de estratificação rácica da humanidade, instituindo níveis hierárquicos baseados nas supostas divergências entre as *raças humanas*. Assim, ao negro, amarelo, branco, etc., eram atribuídas características morfológicas e comportamentais diversas e estanques, de acordo com cada classificação. Embora cientificamente ultrapassadas, essas correntes doutrinárias impregnaram-se no ideário das sociedades modernas, dando ensejo à construção de desigualdades sociais fundadas na pertença racial. As relações raciais, então, acabam por alicerçar desigualdades fáticas ilegítimas que se reproduzem, com maior ou menor intensidade, no campo jurídico, mormente no acesso aos direitos fundamentais.

O fim da Segunda Guerra Mundial marcou a reação em larga escala contra os modelos de divisão da humanidade em raças, culminando em estudos interdisciplinares e declarações internacionais com o claro propósito de desmistificação da existência de raças humanas. Com efeito, a memória das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial em nome da *pureza racial* e a constatação da persistência da intolerância racial nos Estados Unidos da Amé-

25 Cfr. Maria Lúcia Amaral. *O princípio da igualdade na Constituição Portuguesa*. p. 40.

26 Cfr. João Martins Claro. *O princípio da igualdade*. p. 34.

rica e do apartheid na África do Sul, levaram a UNESCO a divulgar a Primeira Declaração sobre Raça, em 1950. O documento declara que os cientistas estão de acordo sobre a pertença de todos os homens à espécie *homo sapiens*, afirmando que as semelhanças genéticas entre os seres humanos são muito maiores que as diferenças. Há clara preocupação em estabelecer que fatores como a personalidade, o caráter e o intelecto não são determinados pelas distinções genéticas hereditárias, mas pelo meio social e pela história cultural de cada grupo. Alertando para o caráter dinâmico das diferenças entre os homens, a Declaração recomenda a substituição da palavra *raça* pela expressão *grupo étnico*.

Apesar de se reconhecer o propósito antirracista e antidiscriminatório da medida, a simples alteração de nomenclatura não tem o condão por fim ao *racismo social*. A eliminação do termo *raça* ou a simples afirmação de que, cientificamente, inexistem raças humanas²⁷ não logra destruir o potencial discriminatório que a expressão e as práticas sociais a ela relacionadas adquiriram em meio à sociedade. Enquanto houver o racismo, haverá raças humanas²⁸. Desse modo, ao importante – embora insuficiente – discurso científico de inexistência de raças humanas, deve ser associada a promoção da igual dignidade racial de todos os homens, em especial no meio jurídico.

Por conseguinte, o papel das ciências jurídicas é justamente no sentido de reconhecer eventuais condicionamentos que as *raças socialmente construídas*

27 Essa questão foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* n. 82.424-2-RS. Trata-se de decisão de conteúdo inédito no âmbito da Corte Constitucional brasileira, na qual se discute a conceituação de *raça* e, por conseguinte, de *racismo*. Do processo – conhecido como caso *Siegfried* –, decorreu a condenação do réu pela prática do crime de racismo, em virtude da edição e publicação de livros de cunho antisemita. A defesa do réu argumentou que a inexistência de diferenças biológicas entre os homens impedia a classificação dos judeus como uma categoria ou grupo racial. Assim, se os judeus não são uma *raça*, contra eles não pode haver prática discriminatória capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. No referido acórdão, o STF adota uma noção de *raça*, levando em consideração fatores históricos, culturais e sociais, que, em conjunto, formam uma definição jurídico-constitucional do termo. A partir dessa concepção, os judeus são reconhecidos como *raça* podendo, portanto, ser vítimas de racismo.

28 Kabengele Munanga. *Uma Abordagem Conceitual das Noções de Raça, Racismo, Identidade e Etnia*. pp. 12-13, afirma, a nosso ver acertadamente, que o racismo “continua a se basear em crença na existência das raças hierarquizadas, raças fictícias ainda resistentes nas representações mentais e no imaginário coletivo de todos os povos e sociedades contemporâneas”. Para o autor, “o racismo hoje praticado nas sociedades contemporâneas não precisa mais do conceito de *raça* ou da variante biológica, ele se reformula com base nos conceitos de *etnia*, *diferença cultural* ou *identidade cultural*, mas as vítimas de hoje são as mesmas de ontem e as raças de ontem são as *etnias* de hoje. O que mudou na realidade são os termos ou conceitos, mas o esquema ideológico que subentende a dominação e a exclusão ficou intacto”.

exercem na distribuição dos bens e no acesso aos direitos fundamentais. Esse é o ponto de partida para lograr a minimização das desigualdades fáticas através do direito. É precisamente nesse sentido protetivo e promotor da igualdade racial que – mesmo após a demonstração científica de que não existem raças humanas – os instrumentos jurídicos, tanto internos quanto internacionais, continuam a empregar termos como *raça, etnia, cor, origem, etc.*

Esclareça-se que o presente estudo adota uma concepção ampla de discriminação racial e de igualdade racial, abrangendo os elementos raça, cor, etnia, nacionalidade, origem, descendência, na linha do que estabelece a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial²⁹. Entende-se que tal escolha – apesar de os significados das expressões mencionadas não serem coincidentes – reflete-se na amplitude do espectro protetivo que deve ser almejado pelo Direito.

Tal sentido protetivo deve propender a alcançar os indivíduos pertencentes a *raças imaginárias* e que são vítimas potenciais de um tratamento social discriminatório, garantindo que não haja uma reprodução das desigualdades raciais também na esfera jurídica. Daí a consideração do problema racial como uma questão juridicamente relevante.

2.2. Conteúdo do direito fundamental à igualdade racial

Sendo a dignidade da pessoa humana a fonte nuclear dos direitos fundamentais, toda prerrogativa de caráter materialmente fundamental tem por fim último a defesa da dignidade e/ou a promoção da dignificação do ser humano. Tal afirmativa não resulta numa automática vinculação de todo e qualquer direito fundamental ao princípio da dignidade da pessoa humana. Isso porque a decisão legislativa de positivação de um determinado direito, classificando-o como fundamental, garante apenas a sua fundamentalidade formal, mas não material. O que confere fundamentalidade substancial a um direito é justamente a sua derivação – seja direta ou indireta – da especial dignidade humana. Por

29 O art. 1º da CIEDR considera discriminação racial “toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública”.

outro lado, também poderá haver direitos não previstos no catálogo constitucional – e, sim, na legislação infraconstitucional e em instrumentos jurídicos internacionais –, mas que, pela sua natureza, são revestidos de fundamentalidade, sendo, pois, decisivo o critério material para tal determinação³⁰.

Destarte, o sistema de direitos fundamentais, substancialmente considerado, constitui-se de desdobramentos e exigências de concretização da dignidade da pessoa humana, que, por sua vez, não subsistiria sem o espectro protetivo e promocional das prerrogativas jusfundamentais. A dignidade humana é, portanto, a noção que une o conjunto dos direitos fundamentais essenciais, atribuindo sentido e coerência a cada uma dessas prerrogativas em relação à nossa *conditio humanus*.

Expostas tais premissas, qualifica-se a igualdade racial como genuíno direito fundamental, haja vista a sua incontestável correlação direta com a dignidade da pessoa humana. Em poucas palavras, a natureza jurídica da igualdade racial é de prerrogativa jusfundamental. Mas tal constatação não é suficiente para uma aprofundada compreensão do tema em comento, sendo necessário, ainda, analisar o conteúdo do direito fundamental à igualdade racial.

O estudo da igualdade racial, em sua completude, envolve a análise das diversas dimensões que compõem tal cláusula igualitária, sem desconsiderar que também a determinação do teor da igualdade racial dependerá de condicionantes existentes em cada ordenamento jurídico e em cada sociedade.

Nada obstante, o que se pretende nesse espaço é determinar o *conteúdo ótimo* da igualdade racial, analisando cada uma de suas dimensões, num esforço teórico-dogmático. Sob essa perspectiva, entende-se que da igualdade racial proviriam quatro dimensões, todas interligadas e teleologicamente direcionadas, quais sejam: a) o direito à não-discriminação racial; b) o direito à diferença e à diversidade racial; c) o direito à promoção da igualdade racial; d) e o direito à proteção da igualdade racial.

30 Cfr. José Carlos Vieira de Andrade. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. p. 77. A discussão sobre se a esses direitos materialmente fundamentais, previstos em normas legais e internacionais, aplica-se o regime constitucionalmente previsto, ver *Idem, Ibidem*, pp. 78 e ss.

2.2.1. Direito à não-discriminação racial

O direito à não-discriminação racial consiste no direito de não ser tratado de forma ilegítimamente ou arbitrariamente desigual, por motivos de ordem racial – entendida a expressão raça no seu sentido amplo, conforme já esposado linhas atrás. Trata-se de uma dimensão eminentemente negativa do direito à igualdade racial, que determina uma não atuação discriminatória, consubstanciando-se, portanto, num correspondente dever de abstenção.

No domínio do direito constitucional positivo, a dimensão de cunho negativo por excelência da igualdade racial evidencia-se sem maiores esforços hermenêuticos, uma vez que os textos constitucionais, ao disciplinarem o princípio da igualdade, costumam associá-lo claramente à não-discriminação. Tome-se como exemplo, apenas para citar alguns casos, a Constituição italiana de 1947 (art. 3º), a Constituição portuguesa de 1976 (art. 13º), a Constituição espanhola de 1978 (art. 14º) e a Constituição brasileira de 1988 (art. 3º, IV). São *mandatos de não discriminação por razões específicas*³¹, que incluem o fator racial como um critério discriminatório não autorizado.

O ato de discriminar – que no vernáculo significa distinguir, estabelecer diferenças – adquire sentido negativo a partir da pressuposição de um veto a esse comportamento, traduzindo-se numa imposição de não-discriminação, não-distinção, não estabelecimento de diferenças. Nada obstante, é possível vislumbrar também uma tradução positiva da não-discriminação, reveladora de uma obrigação de dispensar tratamento igualitário (não-discriminatório) a todos. Apesar da sua inquestionável importância para a configuração do valor igualitário, pode-se afirmar que o direito à não-discriminação racial constitui o *conteúdo mínimo* da igualdade racial.

2.2.2. Direito à diferença e à diversidade racial

A igualdade racial também tem como consectário lógico o direito ao reconhecimento das diferenças (direito à diferença) e o correlato dever estatal – que

31 Juan Maria Bilbao Ubillos. **Proibição de Discriminação e Relações entre Particulares**. p. 391, utiliza a expressão *mandato taxativo de não discriminação por razões específicas*, referindo-se ao art. 14, da Constituição espanhola. Optou-se pela supressão do termo *taxativo*, por se entender que, na verdade, trata-se de um rol exemplificativo, que enumera algumas das discriminações tidas, *a priori*, como odiosas.

não exclui os deveres fundamentais³² dos indivíduos – de respeito e tolerância³³. Não basta abster-se de discriminar; é essencial uma atuação tolerante diante das diferenças, o que passa necessariamente pelo reconhecimento delas.

Pode-se definir o direito à diferença, no âmbito da temática racial, como a prerrogativa jufundamental de reconhecimento das peculiaridades raciais³⁴ como fatores relevantes na configuração identitária dos grupos minoritários, garantindo-lhes, na medida da justa composição dos interesses vigentes³⁵, tolerância estatal e social. Sob essa perspectiva, poder-se-ia presumir que o direito à diferença exige exclusivamente uma postura passiva das entidades públicas e privadas, no sentido de não interferência no exercício dessa prerrogativa, ou de simples *indiferença às diferenças*. No entanto, a ótima concretização do direito à diferença envolve não só o reconhecimento, a aceitação, o respeito e a valorização positiva desses atributos, mas também a criação de mecanismos que garantam um espaço democrático para a convivência das diferentes particularidades étnico-raciais³⁶. São esses elementos de atuação – e não de mera omissão ou passividade – que permitem a distinção e o cotejo complementar entre o direito à diferença e o direito à não-discriminação racial.

Apesar do constante emprego dos vocábulos como sinônimos, no âmbito do presente estudo, diferença e diversidade não se confundem. As diferenças

32 Sobre deveres fundamentais, cfr., dentre outros, José Casalta Nabais. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa**. pp. 27 e ss.; Paulo Otero. **Instituições Políticas e Constitucionais**. pp. 536-539. A consolidação do princípio da solidariedade tem como resultado o estabelecimento – para além dos direitos fundamentais – de deveres fundamentais de cada indivíduo perante os demais membros da sociedade, o que implica reconhecer a complementaridade da dignidade de cada homem. Desse modo, arremata o autor, p. 458, “a dignidade do eu não é independente da dignidade do tu”.

33 Sobre os destinatários do imperativo de tolerância, cfr. Paulo Mota Pinto. **Nota sobre o “imperativo de tolerância” e seus limites**. pp. 757 e ss. Note-se que a afirmação de que o dever de tolerância pode aplicar-se também aos particulares não implica uma equivalência de intensidade e de forma quanto à aplicação do imperativo de tolerância ao Estado.

34 Quer-se, nesse ponto, incluir aspectos como aparência física – incluindo forma de apresentação dos cabelos, vestimentas –, características linguísticas, religiosas e culturais.

35 A ressalva é feita por se entender que também a tolerância às diferenças raciais não é ilimitada. Determinadas práticas culturais, por exemplo, podem ser legitimamente proibidas, com fundamento nos valores constitucionais, em especial quando afrontem, de acordo com o referencial da sociedade de acolhimento, o princípio da dignidade da pessoa humana.

36 Apenas a título exemplificativo, essas particularidades podem envolver práticas, crenças, costumes e outras idiosincrasias inerentes às pessoas e grupos, como tabus alimentares, festas religiosas, vestimentas, formas de apresentação dos cabelos, etc.

dizem respeito às particularidades inerentes aos indivíduos ou grupos relacionadas aos atributos pessoais próprios de sua proveniência ou pertença (origem, raça, etnia, cor, nacionalidade). Já a ideia de diversidade está associada ao pluralismo ou pluralidade, que se consagra através da participação de grupos distintos – minoritários e majoritários – nos mais diversos ramos da vida em sociedade. Na medida em que as diferenças são verdadeiramente respeitadas e valorizadas estar-se-á garantindo a construção de uma sociedade pluralista. Não se trata apenas de promover a presença de grupos de origens diversas nas instituições públicas e privadas, mesmo porque tal composição diversificada, por si só, não oferece obstáculo a sistemas discriminatórios. Realmente, ainda que tenham acesso, por exemplo, a diversos setores do mercado de trabalho, são reservados a grupos minoritários os cargos menos qualificados e com menor remuneração. Assim, uma manutenção limitada da pluralidade é perfeitamente compatível com políticas discriminatórias, não refletindo a verdadeira diversidade étnica, racial e cultural da sociedade, nos diferentes níveis de qualificação.

Ressalte-se, por fim, a necessidade de se buscar o equilíbrio entre a *integração indiscriminada* e a *tolerância incondicional*³⁷ das peculiaridades inerentes a todas as minorias étnico-raciais. Isso porque o direito à diferença não é absoluto e pode ser eventualmente limitado quando em conflito com outras prerrogativas fundamentais. Pode-se perquirir, por exemplo, se o uso da burca deve ser garantido em toda e qualquer situação ou se pode ser limitado diante de outros valores constitucionais a serem perseguidos pelo Estado. Ou ainda se o empregado de uma empresa privada pode se negar a realizar uma determinada atividade contrária às crenças e costumes do grupo minoritário a que pertence.

2.2.3. Direito à promoção da igualdade racial

Distingue-se, ainda, como dimensão subjetiva da igualdade rática o direito à promoção da igualdade racial, de caráter essencialmente positivo, cabendo, *a priori*, ao Estado adotar medidas concretas tendentes a amenizar as desigual-

37 Rodolfo Vázquez. *Derechos de las minorias y tolerancia*. p. 208. Nas palavras do autor, p. 209, “la aceptación de la multiplicidad de los pueblos, sin un núcleo de unidad, implica la destrucción del Estado, la imposición de la unidad sin respeto a la diversidad, conduce a un Estado opresivo. La solución sólo puede darse en una forma de síntesis entre unidad y multiplicidad”. Sobre a distinção entre integração e assimilação e suas relações com comportamentos racistas cfr. António Rodrigues. *Raça – Etnicidade – Integração – Assimilação*.

dades raciais persistentes no seio da sociedade. Cuida-se de impedir, através de uma *atuação ativa*, que o acesso equitativo aos direitos fundamentais seja obstaculizado por motivos de ordem racial.

A promoção da igualdade rática é atribuição de todos os poderes soberanos estatais, na medida de suas competências, sendo cabível sua realização através de atos normativos, atos administrativos – concretizadores dos termos da lei ou da Constituição – e atos judiciais.

Reconhecendo-se que o direito à promoção da igualdade racial envolve um dever estatal de tratamento diferenciado, importa, nesse ponto, distinguir a discriminação ilegítima da legítima.

A discriminação ilegítima é aquela que se reveste do traço da ilegalidade; é a discriminação odiosa, inversa aos valores de igualdade apregoados pela ordem constitucional e que se funda em privilégios e distinções desarrazoadas. É esse tipo de discriminação – normalmente relacionada a fatores como sexo, raça, idade, origem, etc. – que os textos constitucionais pretendem afastar, através de normas proibitivas.

Já a discriminação legítima³⁸ é aquela que atende aos parâmetros de igualdade substancial constitucionalmente assegurados. É a discriminação que pretende garantir igualdade de oportunidades a grupos socialmente fragilizados, com vistas a promover a integração social dos mesmos. Em outras palavras, o princípio da igualdade não proíbe de maneira absoluta e estanque a desigualdade de tratamento, mas apenas as discriminações arbitrárias sem apoio no espírito principiológico da Constituição³⁹.

No âmbito da busca pela igualdade racial, o tratamento diferenciado legitimado pela ordem jurídica – em sua relação de recíproco condicionamento com os fatores do mundo circundante – tem sido efetivado por meio de políticas deno-

38 Joaquim B. Barbosa Gomes. *Ações Afirmativas e Princípio Constitucional da Igualdade: o Direito como instrumento de transformação social*. pp. 21-22, aponta duas hipóteses de discriminação legítima. A primeira, nas situações em que a discriminação se reveste do caráter de inevitabilidade, seja em função das exigências específicas para a função, seja em razão das características pessoais dos indivíduos envolvidos. Assinala Gomes que esse tipo de discriminação legítima ocorre com mais frequência nas relações de emprego. A outra hipótese apontada pelo jurista é justamente a discriminação positiva ou ação afirmativa, de cunho redistributivo e restaurador.

39 Paulo Mota Pinto. *Autonomia privada e discriminação: algumas notas*. p. 367, refere-se à possibilidade de “situações de discriminação ilícita (proibida), situações de discriminação lícita (permitida), e, mesmo, situações de discriminação imposta (devida).

minadas de discriminação positiva ou ações afirmativas, tendentes à *igualização corretiva* das situações de desigualdade fáticas fundadas em elementos raciais.

Os destinatários das ações afirmativas são os grupos minoritários – também denominados minorias – que, em virtude de suas peculiaridades, sofrem com a desigualdade de oportunidades em relação aos grupos ditos dominantes⁴⁰. Equivocada é a ideia de se vincularem as políticas inclusivas à expressão *minorias*, no sentido literal do termo. Muitas ações afirmativas são voltadas para grupos que, embora não representem uma minoria quantitativa, são socialmente desfavorecidos e, portanto, sub-representados nos mais diversos setores da sociedade, em especial nas posições socioeconômicas mais elevadas. Percebe-se, então, que a expressão denota categorias de pessoas marginalizadas ou excluídas do processo social e econômico, sem que necessariamente representem parcela numericamente minoritária da população. Trata-se, então, de uma expressão qualitativa e não quantitativa.

É indispensável observar-se que a identificação da promoção da igualdade racial como uma das dimensões do valor igualitário não permite concluir, de modo irrefletido, que a discriminação positiva se configura como elemento obrigatório para a persecução da igual dignidade racial. Primeiramente, importa refletir sobre a real necessidade de uma atuação estatal nesse sentido, configurando-se, então, a promoção da igualdade racial como um direito latente que gera um correspondente dever dos poderes públicos, a partir da constatação das desigualdades de fato, fundadas em elementos de ordem racial. A existência de minorias raciais é, portanto, elemento indispensável para a vinculação estatal a uma atuação promotora da igualdade racial e, conseqüentemente, para a legitimação de políticas de discriminação positiva.

Em definitivo, a ilação acerca da imprescindibilidade da adoção de medidas afirmativas, enquanto ações voltadas para a promoção da igualdade racial, depende das circunstâncias fáticas, em especial, das relações raciais desenvolvidas em cada sociedade, o que ratifica a incontestável interpenetração entre o *mundo do ser* e o *mundo do dever ser*, entre norma e realidade⁴¹.

40 Sobre os termos maioria e minoria, cfr. Paulo Ferreira da Cunha. **Igualdade, minorias e discriminações**. pp. 289 e ss.

41 Não é por outro motivo que a CIEDR impõe, no item 2, do seu art. 2º, a adoção de medidas especiais projetivas de certos grupos raciais e de indivíduos a eles pertencentes, *se as circunstâncias o exigirem, nos campos social, econômico, cultural e outros*.

Ressalte-se que as políticas de discriminação positiva, ao menos teoricamente, correspondem a medidas emergenciais, que devem ser adotadas em conjunto com medidas estruturais de cunho social, econômico e político, tendentes a amenizar as desigualdades de fato no seu cerne. As ações afirmativas não devem, portanto, ter caráter assistencialista, servindo de escusa para a inércia estatal diante de sérios problemas existentes no seio da sociedade.

As ações afirmativas – enquanto medidas de cunho eminentemente distributivo – não se configuram necessariamente como mecanismos de promoção da igualdade de oportunidades em favor de grupos marginalizados por processos históricos. Isto é, a discriminação positiva não se resume à *quitação de dívidas* acumuladas historicamente, ou compensação de repressões sofridas no passado. É certo que, em regra, a situação de exclusão e discriminação suportada por certos grupos minoritários decorre de arraigados processos históricos, que refletem suas consequências nas relações sociais da atualidade. Todavia, o fator histórico não deve ser o único elemento determinante para a adoção de ações afirmativas. As diferenças que hoje representam critérios legítimos de *discrimen*, justificando determinado tratamento diferenciado, podem adquirir a mácula da ilegitimidade, a partir da transformação paulatina da estrutura social que inicialmente determinou a discriminação positiva. Deve haver, por conseguinte, uma necessária correlação entre os acontecimentos do passado, seus reflexos na atualidade e os princípios constitucionalmente estabelecidos, de forma que a justiça distributiva esteja associada à dignidade da pessoa humana e à busca da igualdade material.

2.2.4. Direito à proteção da igualdade racial

A quarta dimensão subjetiva da igualdade racial é direito à proteção da igualdade racial. Trata-se de uma perspectiva que impõe que Estado assumira posição ativa na sua proteção, preservando-a de eventuais ataques de terceiros⁴².

42 Sobre a origem da concepção de função protetiva do Estado no direito alemão, cfr. Dieter Grimm. **A Função Protetiva do Estado**. pp. 149 e ss. Sobre o conceito de direito à proteção, cfr. Robert Alexy. **Teoria dos direitos fundamentais**, pp. 450-451. Claus-Wilhelm Canaris. **A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha**. pp. 239-240, referindo-se ao dever de proteção do Estado, aponta a discussão envolvendo a descriminalização do aborto na Alemanha. Considerou-se que a legislação que aboliu a punição, na esfera criminal, das práticas abortivas, representou uma omissão no dever de proteção, uma vez que o Estado deixou de proteger o bem jurídico vida contra

Não basta que as entidades públicas deixem de discriminar, assumindo mero papel omissivo frente ao direito à igualdade racial. Cabe igualmente ao Estado garantir que os poderes constituídos ajam no sentido de proteger tal prerrogativa, seja punindo aqueles que a violarem, seja restaurando situações anteriores, seja garantindo instrumentos que imponham a instituição de medidas promotoras da igualdade rática.

Embora, à primeira vista, possa parecer que se trata de uma posição jurídica restrita à proteção do direito à não-discriminação racial⁴³ – enquanto prerrogativa de caráter negativo -, cuida-se de uma esfera protetiva abrangente de todas as demais dimensões do direito à igualdade racial. Isso porque a discriminação racial não tem lugar apenas através de comportamentos ativos, mas também por meios de atos omissivos. Assim, em última análise, as omissões na promoção da igualdade racial ou no reconhecimento de diferenças também são posturas capazes de produzir discriminação racial.

Apesar de tradicionalmente concebido como obrigação específica de proteger os direitos de liberdade individual contra a ameaça de atores privados⁴⁴, entende-se que o dever de proteção envolve também as ameaças promovidas pelos próprios entes estatais. Não se pode olvidar que a proliferação das funções estatais e a multiplicidade de formas e meios de manifestação do Estado tornam também os poderes públicos – e as entidades privadas com *roupagem pública* – alvos da função protetiva inerente aos direitos fundamentais.

Desse modo, o direito à proteção configura-se, essencialmente, como um direito a atos positivos, que exige uma atuação dos poderes públicos orientada para a suficiente e equilibrada – num patamar entre a proibição de déficit e a proibição de excesso – proteção da igualdade racial. Tal prerrogativa protetiva

a intervenção de terceiros. Sobre o tema cfr. também Daniel Sarmiento. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. pp. 132 e ss.

43 Jorge Miranda. **Manual de Direito Constitucional - tomo IV**. pp. 254-255, defende que a igualdade, no seu sentido negativo, não se resume à proibição de discriminação, abrangendo também a proteção contra discriminações.

44 Cfr. Dieter Grimm. **A Função Protetiva do Estado**. p. 156. Para Jorge Reis Novais. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. p. 52, a consagração da dignidade da pessoa humana enquanto princípio constitucional vincula o Estado à sua prevenção e proteção contra intervenções advindas de particulares ou de outras entidades. O mesmo entendimento pode ser aplicado ao direito à igualdade racial, especialmente quando se leva em consideração sua estreita relação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

estabelece deveres⁴⁵: a) para a Administração Pública, que deve, por exemplo, aparelhar seus órgãos e criar mecanismos de combate à discriminação racial e de promoção da igualdade racial⁴⁶; b) para o legislador, a quem se impõe a emanção de normas antidiscriminação, normas de fomento da integração racial e da igualdade de oportunidades para as minorias étnico-raciais, além da previsão de instrumentos adequados de tutela jurídica; e c) para os tribunais, responsáveis pela interpretação da ordem jurídica em consonância com os valores igualitários.

Importa mencionar também a outra face da moeda. Com isso, quer-se fazer referência aos direitos de igualdade racial dos grupos não minoritários. A proteção – seja normativa, jurídica ou prestacional – dos direitos de igualdade das minorias étnico-raciais não deixaria desprotegidos os mesmos direitos de outras raças?

Note-se que tal questionamento, na verdade, pode ser suscitado para todas as dimensões do direito à igualdade racial⁴⁷, devendo-se sopesar os interesses e forças sociais pré-existentes, justificadoras da atuação dos poderes públicos.

Considerações Finais

Defrontar-se com o *outro* implica a descoberta de diferenças – reais ou imaginárias – e, conseqüentemente, o inevitável estabelecimento de diferenciações, fenômeno inerente à concepção de pertença⁴⁸.

45 Ainda que possam em alguns de seus aspectos ser considerados objetivos, em especial no que se refere a atos prestacionais a cargo da Administração Pública, consagrados por normas programáticas. Sobre deveres objetivos, cfr. J. J. Gomes Canotilho. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 1.254.

46 No ordenamento jurídico português, por exemplo, a Lei nº 18/2004, no seu art. 8º, atribui a competência para a promoção da igualdade racial ao Alto Comissariado para a Imigração e Minorias Étnicas, nos termos do Decreto-Lei n. 251/2002. Criado pelo Decreto-lei n. 251/2002 com o nome de Alto Comissariado para a Imigração e Minorias Étnicas (ACIME), através do Decreto-lei n. 167/2007, o órgão teve sua competência ampliada e seu nome alterado para Alto Comissariado para Imigração e Diálogo Intercultural (ACIDI).

47 Inclusive o direito à não-discriminação racial, de caráter eminentemente negativo. Isso porque o legislador pode, exemplificativamente – embora não pareça, à primeira vista, justificável –, criar normas antidiscriminação que prevejam como vítimas apenas determinadas minorias étnico-raciais.

48 Cfr. Rosa Cabecinhas. **Preto e Branco – A naturalização da discriminação racial**. p. 20.

A desigualdade – assim como a diferença – é uma condição natural da vida em sociedade. Não obstante as semelhanças que permitem a consideração dos seres humanos como membros de uma única espécie, as diferenças entre os homens e as desigualdades que delas se originam são imanentes – e não necessariamente nocivas – à organização das sociedades humanas. Nesse sentido, a busca pela igualdade pode ser considerada como um ideal, uma meta, um afã que vai de encontro a uma corrente natural, o que exige uma luta constante contra a dinâmica inerente às estruturas sociais⁴⁹. A inexorável ausência de neutralidade nos processos de identificação e diferenciação sempre alicerçou o estabelecimento de relações de poder fundadas nas distinções entre os homens.

Tanto no âmbito sociológico quanto no âmbito jurídico, as diferenças – étnicas, raciais, culturais e de origem – sempre existirão, já que os homens são naturalmente diferentes. O que se deve garantir – e, nesse sentido, admite-se (por vezes, impõe-se) uma atuação positiva do Estado – é que tais dessemelhanças não deem azo à marginalização social de determinadas *minorias*. Nesse sentido, o ideal de justiça – ou de *igualdade justa* – no qual o Direito deve centrar-se está vinculado à minimização das desigualdades fundadas nas diferenças raciais⁵⁰, através da consagração do direito à igualdade racial em todas as suas dimensões.

Referências

ALBUQUERQUE, Martim de. **Da Igualdade** – Introdução à Jurisprudência. Coimbra: Almedina, 1993.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Maria Lúcia. **O princípio da igualdade na Constituição Portuguesa**. In Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques

49 Cfr. Santiago Sánchez González. **En torno de la igualdad y a la desigualdad**. p. 15.

50 No entendimento de José d'Assunção Barros. **Igualdade, desigualdade e diferença: em torno de três noções**. pp. 346-347, “de um modo ou de outro, pode-se prever que sempre existirão homens e mulheres, diversificadas variações étnicas, indivíduos de várias faixas etárias, bem como profissões as mais diversas. Mas pode-se sonhar que um dia estas diferenças serão tratadas socialmente com menos desigualdade. Por isto, as lutas sociais não se orientam em geral para abolir as diferenças, mas sim para abolir ou minimizar as desigualdades”.

Guedes. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 35-57.

ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

ARAÚJO, Fernando. **A hora dos direitos dos animais**. Coimbra: Almedina, 2003.

ARENDT Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **REVISTA USP**, São Paulo: Universidade de São Paulo – Superintendência de Comunicação Social, n. 53, p. 90-101, mar./maio 2002.

BUCH, Henri. La notion d'égalité dans les principes généraux du Droit. In *Égalité*, vol. 1. Travaux du Centre de Philosophie du Droit de l' Université Libre de Bruxelles. Bruxelles: Bruylant, 1971, p. 196-225.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 225-245.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dignidade e constitucionalização da pessoa humana. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda**, vol. 2. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 285-296.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CLARO, João Martins. O princípio da igualdade. In MIRANDA, Jorge (Org.). **Nos dez anos da Constituição**. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1987, p. 31-38.

COUTO, Mía. **Cada homem é uma raça: contos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Igualdade, minorias e discriminações. In: **Revista O Direito**, E.I. – Internacional, ano 131º, III-IV, p. 289-312, jul./dez. 1999.

DARWIN, Charles. **The descent of man, and the selection in relation to sex**. Vol 1. New York: D. Appleton and Company, 1871.

DRAY, Guilherme Machado. **O sentido jurídico do princípio da igualdade: perspectiva luso-brasileira**. In Revista Brasileira de Direito Constitucional. Igualdade e Justiça. n. 2, jul./dez. São Paulo: Método, 2003, p. 113-137.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente – a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socio-ambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FUKUYAMA, Francis. **Our posthuman future: consequences of the biotechnology revolution**. New York: Picador, 2002.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade: o Direito como instrumento de transformação social**. São Paulo: Renovar, 2001.

GONZÁLEZ, Santiago Sánchez. En torno a la igualdad y a la desigualdad. In: GONZÁLEZ, Santiago Sánchez (Coord.). **En torno a la igualdad y la desigualdade**. Madrid: Dykinson, 2009, p. 15-28.

GORDILHO, Heron José de Santana. **Abolicionismo animal**. Salvador: Evolução, 2008.

GRAY, John. **Cachorros de palha: reflexões sobre humanos e outros animais**. Trad. Maria Lúcia de Oliveira. 8ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2013.

GRIMM, Dieter. A Função Protetiva do Estado. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). **A Constitucionalização do Direito – Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 149-165.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

INGBER, Léon. De l'égalité à la dignité en droit: de la forme au contenu. In: **Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe**. Bruxelles: Bruylant, 2000, p. 905-919.

MARTÍNEZ, María Salvador. Las medidas de acción positiva. Principio de igualdad y derechos fundamentales. In: GONZÁLEZ, Santiago Sánchez (Coord.). **En torno a la igualdad y la desigualdad**. Madrid: Dykinson, 2009, p. 29-55.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV – Direitos Fundamentais. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2008.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Ruy, **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo I – Introdução Geral, Preâmbulo, Artigos 1º a 79º Coimbra: Coimbra, 2005.

MUNANGA, Kabenguele. **Uma Abordagem Conceitual das Noções de Raça, Racismo, Identidade e Etnia**. Palestra Proferida no 3º Seminário Nacional de Relações Raciais e Educação, PENESB-RJ, 05 de novembro de 2003. Disponível em «<http://www.acaoeducativa.org.br/downloads/09abordagem.pdf>». Acesso em: 24 out. 2010.

NABAIS, José Casalta. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa**. Separata do Boletim do Ministério da Justiça, n. 400, Lisboa, 1990.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2004.

NUSSBAUM, Martha C. **Giustizia sociale e dignità umana**. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 27-50.

ORWELL, George. **A Revolução dos Bichos**: um conto de fadas. Tradução de Heitor Aquino Ferreira. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

OTERO, Paulo. Pessoa humana e Constituição: contributo para uma concepção personalista do Direito Constitucional. In CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (Coord.). **Pessoa humana e Direito**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 349-379.

OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2007.

PINTO, Paulo Mota. **Autonomia privada e discriminação: algumas notas**. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 361-404.

PINTO, Paulo Mota. Nota sobre o “imperativo de tolerância” e seus limites. In: **Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida**. Coimbra: Coimbra, 2007.

RAO, Neomi. Three concepts of dignity in constitutional law. **Notre Dame Law Review**, vol. 86, nº 1, 2011, p. 183-271. George Mason University Law and Economics Research Paper Series.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social**. In *Jurisprudência Catarinense*, a. 35, n. 117, 2º trimestre 2009, Florianópolis: TJ/SC, 2009, p. 71-107.

RODRIGUES, António. Raça – Etnicidade – Integração – Assimilação. In: LIMA, A. G. Mesquitela (Org.). **Racismo e Xenofobia**. *Ethnologia*. Nova Série, n. 3-4, maio/outubro 1995. Lisboa: Cosmos, 1996, p. 59-66.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SINGER, Peter. **Libertação animal**. Tradução Marly Winckler e Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SUSTEIN, Cass R. **The rights of animals: a very short primer**. University of Chicago Law & Legal Theory Working Paper. N. 30, 2002. Disponível em < http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1339&context=public_law_and_legal_theory >. Acesso em: 13 set. 2014.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. Proibição de Discriminação e Relações entre Particulares. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). **A Constitucionalização do Direito** – Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 149-165.

VÁZQUEZ, Rodolfo. Derechos de las minorias y tolerancia. In: CARBONELL, Miguel et al. (Comp.) **Serie Doctrina Jurídica**, n. 28. Universidad Nacional Autónoma de México. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 207-222.

O Direito à Identidade Genética na Reprodução Assistida

Amanda Guimarães Torres

Introdução

A Identidade Genética pode ser observada em vários aspectos. Ela não existe somente em casos relacionados à Procriação Medicamente Assistida, ou seja, em relação a dádiva de dar vida a uma pessoa pelos meios não naturais. Ela se manifesta também, através da necessidade de uma pessoa ter conhecimento sobre suas origens genéticas, por exemplo, quando é fruto do instituto da adoção, ou mesmo fruto de uma relação em que uma das partes esteve disposta a registrar como seu filho, aquele que não o era (biologicamente falando).

Na presente exposição trataremos, no entanto, apenas do conhecimento da Identidade Genética dos nascidos através de RA (Reprodução Assistida), com enfoque no direito comparado.

Este é um tema que traz diversas indagações jurídico-morais e que busca estabelecer limites entre valores ético-jurídicos e o desenvolvimento da biotecnologia e da sociedade.

Estas indagações se agigantam ainda mais quando se analisa a questão do direito à privacidade do(a) doador(a) de material genético e a possibilidade de acesso as informações genéticas de forma a identificá-lo(a). Portanto, torna-se imprescindível analisar a polêmica relacionada ao direito à privacidade do(a) doador(a) e o direito à Identidade Genética do nascido com recursos a Reprodução Assistida (RA).

Assim sendo, analisaremos o direito daquele que nasceu com recursos a RA (especialmente da modalidade heteróloga) de ter acesso as suas origens genéticas. Analisaremos, também, a íntima ligação que este direito tem com outros Direitos Fundamentais, e principalmente, com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. E ainda, a problemática relativa às interpretações das legislações existentes sobre esta matéria.

1. A Identidade Genética na Reprodução Assistida (RA): considerações

A Reprodução Assistida é o meio pelo qual, um casal se socorre as vias não naturais para conceberem um bebê. Essa concepção pode ser feita através da inseminação artificial ou da fertilização *in vitro*.

A inseminação artificial ocorre quando o sêmen do homem é inserido no útero da mulher e, a partir deste momento, o processo de concepção torna-se natural.

A fertilização *in vitro*, por sua vez, ocorre quando a concepção é feita fora do útero da mulher. Ou seja, o sêmen (que é o material genético masculino) é introduzido no óvulo (material genético feminino) e, após a fecundação deste último, gerado o embrião, este então é inserido no útero de uma mulher para que possa se desenvolver.

Além desta diferenciação, é importante ressaltar que a RA pode ser homóloga ou heteróloga. E, em ambos os casos, pode ser feita tanto através de inseminação artificial quanto através de fertilização *in vitro*.

A RA homóloga ocorre quando o material genético utilizado pertence tanto a mãe biológica, quanto ao pai biológico da criança, que por algum problema de saúde, não puderam se valer dos meios naturais de concepção para a criação de uma nova vida. Por esta razão, não há conflitos em relação à identidade genética do nascido com recurso a esta técnica, neste caso específico.

Já no caso da RA heteróloga, o material genético de uma das partes é fornecido por pessoa alheia à relação. Assim, em sendo deficiente a possibilidade de uma das partes fornecer material genético para a concepção da criança, uma delas se socorre a sêmen ou óvulo de pessoas desconhecidas (chamadas de doadores), para que a inseminação ou a fertilização *in vitro* possa ocorrer. E é nesta temática que se encontram os maiores problemas relativos à Identidade Genética em se tratando de Reprodução Assistida.

Em Portugal, o direito à Identidade Genética foi consagrado no art. 26, n.º 3, da Constituição da República, e não faz qualquer diferenciação quando proveniente de RA ou de reprodução natural. Já no Brasil, não há qualquer previsão legal sobre o assunto, devendo os juristas se valerem da Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 2013, de 2013.

2. A natureza do Direito à Identidade Genética

No âmbito do direito comparado, a Constituição Portuguesa inovou, trazendo no nº 3, do seu artigo 26, a consagração da dignidade pessoal e do direito à Identidade Genética do ser humano, uma vez que vários países ainda não possuem sequer legislação pertinente ao assunto, como é o caso do Brasil.

Por esta razão, a consagração deste instituto reconheceu a existência de um novo direito fundamental na esfera da engenharia genética humana, pelo fato da busca pelas características genéticas estar intimamente ligada ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, trazido pela Constituição Portuguesa em seu art. 1º e pela Constituição Brasileira em seu art. 1º, inciso III.

Na verdade, sabe-se que, para que um direito seja considerado fundamental, não é necessário que o mesmo esteja consagrado na constituição. Por isto, o direito à Identidade Genética já possuía relevância jurídica desde que o assunto deixou somente de ser discutido e passou a ser praticado.

Jorge Miranda (2006, p. 60) entende que “os Direitos Fundamentais são aqueles inerentes a própria pessoa humana, como direitos básicos da pessoa; ou, olhando logo às relações com o Estado, como direitos essenciais do cidadão.” E, sabendo-se que os Direitos Fundamentais têm como fonte inspiradora a Magna Carta de 1215, promulgada na Inglaterra, defendemos o Direito à Identidade Genética como um novo direito fundamental. Um direito fundamental oriundo da “utilização de tecnologias e de experiências científicas onde se incluem, diretamente, as técnicas de Procriação Medicamente Assistida”. (DUARTE, 2003, p. 44).

3. O Direito à Identidade Genética e a sua íntima ligação com outros Direitos e Princípios Fundamentais.

Como dito anteriormente, o direito à Identidade Genética é considerado por nós um novo Direito Fundamental.

Paulo Otero (1999, p. 85) pondera que a sua previsão legal, instituída após a reforma constitucional de 97, constitui “uma inovação constitucional (...) que integra a atual consciência jurídica comunitária”. E, corroborando com este pensamento, pensamos que a identidade genética, associada à outros direitos

fundamentais (os quais veremos a seguir), possui ampla base de ser e de existir na resolução dos problemas desta ordem que os dias atuais nos trazem.

3.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Como dito anteriormente, o artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Brasileira e o artigo 1º, da Constituição da República Portuguesa, consagram o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que é a base, inclusive, de estruturação dos dois ordenamentos jurídicos. E justamente por este fundamento, é que este princípio “constitui a ponte de partida da estruturação de todos os direitos fundamentais, sobretudo dos direitos pessoais”. (REIS, 2008, p. 58).

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana pode ser considerado como absoluto, primordial e insuscetível de alteração. Ou seja, a dignidade é um princípio que expressamente conduz ao pensamento de que todo ser humano é uma pessoa, dotado de personalidade, com direitos e deveres, membro da sociedade em que vive e merecedor de uma existência humana digna. “A pessoa é, nesta perspectiva, o valor último, o valor supremo da democracia, que a dimensiona e humaniza”. (SILVA, p. 549).

A dignidade da pessoa humana é, por conseguinte, o núcleo essencial dos direitos fundamentais, a “fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais” (FARIAS, 1996, p. 54), “a fonte ética, que confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais” (MIRANDA, 1991, p. 166-167), o “valor que atrai a realização dos direitos fundamentais” (SILVA, p. 549). Ou seja, “los derechos fundamentales son la expresión más inmediata de la dignidade humana”. (SEGADO, 1994, p.77).

Assim, em relação ao direito à Identidade Genética, “será sempre por referência, em última análise, à ideia de dignidade humana que deve falar-se num direito ao conhecimento das origens genéticas” (REIS, 2008, p. 58).

Kant já afirmava que tudo que não tem preço tem dignidade. Para ele, o ser humano não pode ser considerado um instrumento para o Estado e sim, o inverso. E é nesta ótica que a Identidade Genética se insere, uma vez que o conhecimento das origens genéticas traz dignidade à vida daqueles que não têm o saber sobre sua “historicidade pessoal”. (CANOTILHO; MOREIRA, 1993, p. 179).

Por esta razão, muitos autores entendem, e assim compreendemos também, que a dignidade da pessoa humana tem uma função “unificadora de to-

dos os direitos fundamentais”. (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 58-59; MIRANDA; MEDEIROS, 2005, p. 53-57; e MIRANDA, 2006, p. 469 e ss.), dentre eles, o direito à Identidade Genética.

3.2. Direito à Identidade Pessoal

O direito à identidade pessoal está consagrado no n.º 1 do artigo 26 da Constituição da República Portuguesa.

Para Paulo Otero (1999, p. 64),

“a identidade pessoal possui duas dimensões: uma dimensão absoluta ou individual, com o sentido de que cada pessoa tem uma identidade definida por si própria, expressão do caráter único, indivisível e irrepetível de cada ser humano: cada pessoa humana é, por isso, uma realidade singular, dotada de uma individualidade que a distingue de todas as demais”; e uma dimensão relativa ou relacional, onde “cada pessoa tem a sua identidade igualmente definida em função de uma memória familiar conferida pelos seus antepassados, assumindo aqui especial destaque aos respectivos progenitores”. (OTERO, 1999, p. 64).

Desta forma, entendemos que este direito à identidade pessoal está intimamente ligado ao que Gomes Canotilho e Vital Moreira chamam de “historicidade pessoal”, que é o instituto que “designa o direito ao conhecimento dos progenitores”. (CANOTILHO; MOREIRA, 1993, p. 179), garantindo “um direito à localização familiar, de tal modo que cada indivíduo possa identificar os seus parentes, a sua origem geográfica e social”. (COELHO; OLIVEIRA, 2006, p. 51).

Vale lembrar que o conhecimento das origens genéticas de um indivíduo não assegura o estabelecimento de filiação, pois o que se busca com a propositura de tal ação é de ter efetivado um direito constitucionalmente garantido, qual seja, de ter acesso as origens genéticas.

Para Jorge Miranda e Rui Medeiros (2005, p. 204-205),

“é na medida em que a pessoa é condicionada na sua personalidade pelo fator genético que a identidade genética própria se torna um dos componentes essenciais do direito à identidade pessoal”.

Desta forma, acreditamos que o direito à identidade pessoal está, consequentemente, intensamente ligado ao direito à Identidade Genética, uma vez que possui características importantíssimas para a interpretação do mesmo, como por exemplo, “o direito de cada ser humano conhecer a forma como foi gerado”. (OTERO, 1999, p.72) ou, mais amplamente, “o direito a conhecer o patrimônio genético” (MELO, 1997, p. 547 apud OTERO), conhecimento este que pode evitar doenças de fundo psicológico, doenças geneticamente transmissíveis, bem como o matrimônio entre irmãos.

3.3. Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade

Muito comentado atualmente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade assume fundamental papel em sua íntima ligação ao direito à Identidade Genética.

Consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem no artigo XXII, também foi reconhecido pelo ordenamento jurídico português no artigo 26, n.º 1, da Constituição, como um direito pessoal.

Paulo Mota Pinto (2000, p. 164) aduz que este direito tem:

“duas dimensões: a proteção geral da personalidade (e em especial um direito geral da personalidade) e o reconhecimento da liberdade geral de ação (um direito geral de liberdade), entendendo haver uma raiz comum nestas dimensões, a qual consiste na garantia das condições de surgimento de uma individualidade autônoma e livre”.

Ou seja, em nosso entendimento, este direito é um direito de conformação da própria vida, um direito de liberdade geral de ação cujas restrições têm de ser constitucionalmente justificadas, necessárias e proporcionais.

Nesta perspectiva, entendemos que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade proporciona o crescimento pessoal de cada ser humano e dá proteção para condições adequadas ao surgimento de uma individualidade livre e autônoma. O conhecimento das próprias origens genéticas, portanto, constitui fator essencial neste processo construtivo no que se refere ao conhecimento das origens genéticas das pessoas.

Assim sendo, é amplamente plausível alegar, através deste fundamento que, a vedação injustificada ao conhecimento da identidade genética de alguém

lesa profundamente a autonomia e a liberdade individuais a que ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade se refere.

3.4. Direito à Integridade Pessoal

Consagrado no n.º 1 do artigo 25 da Constituição portuguesa, o direito à integridade pessoal é considerado, juntamente com alguns outros direitos fundamentais, elemento fundamental quando da interpretação do princípio da Dignidade da Pessoa Humana. E por esta razão, há que se afirmar que ele está intimamente ligado também, ao direito à identidade genética. É difícil compreender a correlação entre os dois institutos, mas o fato é que a matéria já foi apreciada pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 98/88, de 28 de abril¹, e a interligação entre os dois direitos estabelecida.

Este direito tem duas vertentes (a integridade moral e física) e visa “tutelar a incolumidade psicossomática do indivíduo”. (REIS, 2008, p. 64). Assim sendo, se algum distúrbio psicológico proveniente da não identificação espacial da pessoa com as suas origens genéticas ocorre, a ligação entre este instituto e o direito à Identidade Genética fica clara.

4. A tutela jurídica do(a) doador(a) no âmbito do direito a Identidade Genética

A inseminação ou fertilização *in vitro* heteróloga, ou seja, com doação de espermatozoides ou óvulo de uma terceira pessoa, é uma prática que pode trazer diversas vantagens, entre as quais a de ultrapassar o problema de infertilidade, a de evitar problemas de transmissão de doenças genéticas ou contagiosas, ou problemas de incompatibilidade genética do casal (ARAÚJO, 1999, p. 24).

Entretanto, a doação de espermatozoides ou óvulo por um terceiro pode também suscitar inúmeros problemas, dos quais o principal gira em torno do anonimato do(a) doador(a). Isto porque o n.º 2, do art. 10, da Lei portuguesa n.º 32/2006,

1 Guilherme de Oliveira (1998, p. 292) defendeu o direito à integridade pessoal em sua obra: Critério Jurídico de Paternidade e o TC concordou com sua tese, o que se pode constatar através do acórdão n.º 98/88, de 28 de abril, publicado no Diário da República, II Série, de 22 de agosto de 1988, e na Coletânea de Jurisprudência, Tomo II, 1988, p. 39 e ss.

bem como o art. 15, n.ºs 1 e 2 da mesma Lei, resguardam o sigilo do(a) doador(a) de material genético para práticas de RA. Tal previsão também se encontra na Resolução do Conselho Federal de Medicina do Brasil, n.º 2013/2013, em seu item IV, número 4.

O sigilo sobre o(a) doador(a) se baseia, principalmente, nos direitos à sua intimidade e à sua vida privada, ou amplamente falando, no direito à privacidade do indivíduo doador.

O direito à privacidade visa resguardar a vida íntima do indivíduo da ingerência alheia, de modo que ele possa manter um âmbito próprio e reservado frente à ação e o conhecimento dos demais, condição indispensável ao desfrute de mínima qualidade de vida. Sendo assim, “o direito à intimidade é a garantia conferida ao ser humano de que ele não será vítima de intromissões ou investigações indesejadas sobre sua vida privada” .(OLIVEIRA, 2003, p. 118).

Entretanto, como em todo direito, há que se ressaltar que o direito à privacidade não é absoluto, sendo que poderá sofrer limitações. Tais limitações serão verificadas no caso concreto, sendo imprescindível uma análise com fulcro no Princípio da Proporcionalidade, ponderando-se os bens jurídicos em conflito. Neste caso, verifica-se o conflito entre o direito à privacidade do(a) doador(a) de material genético e o direito à Identidade Genética do nascido através de RA.

Diogo Leite de Campos (2006, p. 1.028) considera:

“que o anonimato do doador é inconstitucional, não se justificando por qualquer interesse da pessoa que haja que proteger, cuja dignidade e identidade há que assegurar, e que é o filho. Com efeito, parece claro que este tem direito a conhecer os seus pais biológicos, na medida em que este conhecimento faz parte da sua própria identidade como ser humano”.

Para isso, baseia-se no que dispõem os artigos 2º, 12º, 1, 13º, 1 e 3 da Constituição da República Portuguesa.

A Lei portuguesa n.º 32/2006, a qual foi considerada amplamente Constitucional, estabelece que haverá muitas situações em que a criança tem o direito de conhecer os seus progenitores, mas não tem o direito de ser reconhecida por eles, em termos de estes assumirem obrigações parentais.

Assim, e contrabalançando os direitos fundamentais do(a) doador(a) de material genético e os direitos fundamentais do nascido com recursos a RA, há entendimento de que “deverá ser salvaguardada a possibilidade de identi-

ficação do dador, a pedido de seu filho biológico e a partir da maioridade deste”. (CAMPOS, 2006, p. 1.018), de forma a garantir o conhecimento a própria Identidade Genética do mesmo.

É verdade que a informação genética oriunda de dados genéticos desnuda a pessoa humana porque revela o mais íntimo de sua essência: a constituição genética da pessoa investigada e de sua família. Concordamos que o uso abusivo da informação genética poderá gerar a vulnerabilidade de direitos fundamentais como o da intimidade e vida privada. Entretanto, a intimidade genética, que hoje é muito defendida como um direito personalíssimo, se propõe a proteger o sujeito de investigações ilícitas e de um desmascaramento de sua disposição genética.

Porém, não se visa desproteger o(a) doador(a) de investigações ilícitas. Pelo contrário! A ele deve ser resguardado seus direitos fundamentais como a qualquer pessoa. Na realidade, o que se visa demonstrar é que o direito de um indivíduo de ter resguardada a sua intimidade e vida privada não pode se sobrepor ao direito de uma pessoa nascida através de RA de ter seus dados genéticos conhecidos.

Assim sendo, e conforme Diogo Leite de Campos bem assinalou, só o tempo poderá demonstrar o que são razões poderosas² para que o direito à Identidade Genética se sobreponha ao direito a vida privada do(a) doador (a) de material genético. Mas claro já fica que, extraordinariamente, o nascido de RA pode se socorrer aos meios judiciais para fazer valer o direito a ter conhecida a sua identidade genética, por razões justificadas.

5. A falta de legislação sobre o assunto no ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil, não há ainda, nenhuma legislação específica, devidamente aprovada, que trate das técnicas de RA, sendo necessário se valer da resolução nº 2013, do ano de 2013, do Conselho Federal de Medicina, para se socorrer dos encaixes que a matéria nos traz. É verdade que muitos Projetos de Lei (como o n.º 54/02, o n.º 2.855/97 e o n.º 1.184/03) relativos a esta matéria, tramitam no Congresso Nacional brasileiro para serem apreciados, mas até hoje, nenhum foi

2 No texto original, o autor afirma que “só a jurisprudência nos permitirá daqui a alguns anos aperceber qual é entendimento sobre razões ponderosas.” (CAMPOS, 2006, p. 1.028).

aprovado e devidamente inserido ao ordenamento jurídico pátrio. Parece-nos absurdo um país tão grande e em pleno desenvolvimento ainda não ter regulamentado assunto tão importante para os dias atuais.

Em contrapartida, a legislação portuguesa está muito mais avançada no assunto, tendo já consagrado em sua Constituição o direito à Identidade Genética (art. 26, n.º 3) bem como promulgado a atual Lei n.º 32/2006 de 26 de julho (publicada no Diário da República Portuguesa, 1.ª série, número 143, de 26 de julho de 2006, pág. 5245 e segs.), que trata especificamente da Reprodução Assistida, estabelecendo regras e direitos àqueles que a usam como recurso a procriação natural e aos nascidos através deste método.

6. Colisão entre Direitos Fundamentais: o direito à Identidade Genética do nascido através de RA e o direito à Intimidade e à Vida Privada do(a) Doador(a)

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana encerra o que se convencionou denominar de conceito jurídico indeterminado. A indeterminação inerente à noção de dignidade humana resulta da necessidade de integração por um juízo de valor, à luz de uma situação concreta.

Tal Princípio se concretiza, portanto, a partir da limitabilidade natural dos Direitos Fundamentais, ou seja, é ele o fundamento último dos Direitos Fundamentais.

Vale lembrar que os Direitos Fundamentais têm como uma de suas características principais a Limitabilidade. A Limitabilidade impõe que, diferente da Dignidade Humana, os Direitos Fundamentais não são absolutos. Que podem ser limitados sempre que houver colisões entre direitos e, principalmente, quando estas colisões tratarem de Direitos Fundamentais onde exista, com mais intensidade, o valor da Dignidade da Pessoa Humana (NOVAIS, 2004, p. 55).

Nós, como operadores do Direito, sabemos que justiça é a vontade constante e perpétua de dar o seu direito a cada um. Desta forma, quando dois direitos fundamentais entram em colisão, um dos dois tem que ceder em relação ao

outro, o que não implica que o direito vencido seja considerado inválido, pois a colisão entre direitos fundamentais só ocorre entre direitos existentes e válidos.

Em tela, temos a colisão entre direitos fundamentais relativos àquele que nasceu com recursos a procriação medicamente assistida e àquele que doou seu material genético.

O que se coloca em pauta é: qual destes direitos tem mais dignidade? O direito do filho a conhecer suas origens genéticas e de ter estabelecida a sua identidade pessoal ou o direito do(a) doador/doadora de manter em sigilo sua vida privada e intimidade?

No plano do direito comparado, a maior parte dos países consagra a regra do anonimato dos(as) doadores(as). A lei espanhola prevê a confidencialidade dos dados relativos aos doadores, consentindo que os filhos nascidos de procriação heteróloga cedam a informações gerais sobre os doadores, que não incluam a sua identidade, salvo em casos extraordinários, que comportem perigo para a vida ou para a saúde do filho (cfr. artigo 5.º, n.º 5, da *Ley 14/2006*). O princípio do anonimato é também o adotado na França (artigos 1244-6 e 1244-7 do *Code de la Santé Publique*).

Todavia, vários países, nomeadamente os países nórdicos e anglo-saxônicos, têm vindo a alterar a sua legislação, abandonando a regra do anonimato e permitindo à pessoa nascida de RA, quando tenha atingido um grau suficiente de maturidade, conhecer a identidade dos doadores de gametas. Encontram-se neste grupo a Suécia (cfr. documento do *Steering Committee of Bioethics*, de 12 de Junho de 2005, citado, págs. 60, 64 e 68), a Suíça (artigo 119.º, alínea g), da Constituição Federal) e o Reino Unido (secção 31ZA, § 2 (a), na redação do *Human Fertilisation and Embriology Act* de 2008).

A questão que se coloca é: é constitucional estabelecer, como regra, o anonimato dos doadores e, como exceção, a possibilidade de conhecimento da sua identidade? Parece-nos que não.

Em relação ao estabelecimento de filiação, alguns autores já se manifestaram favoravelmente ao não estabelecimento da mesma pois, o doador não tem nenhum “projeto de paternidade”. (ASCENSÃO, 1991, p. 34), não está preparado para assumir a responsabilidade de filhos que podem vir a existir em grande número.

Concluimos, portanto, e com base no direito comparado, que, ao contrário do que se estabelece no item IV, n.º 4, da Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º2013/2013, a identidade do dador deve ser revelada quando, pela

manifestação de vontade do nascido através de RA, o qual já deve possuir maturidade para compreender a situação, houver desejo de conhecer suas origens genéticas sem que para isso se precise estabelecer a filiação. Caso em que, por este motivo, o doador ou dadora deve estar avisado de que o seu conhecimento físico e pessoal poderá acontecer se o nascido demonstrar vontade, pelo que o respeito ao direito à Informação (art. 37, n.º 1 da CRP e art. 5º, inciso XIV da CRFB) deve prevalecer. Desta forma, garantimos a devida proteção que os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade, estabelecem entre os seres humanos.

Conclusão

O estudo feito teve o intuito de analisar normas que tratavam diretamente do direito à Identidade Genética dos seres humanos, direito este consagrado pela Constituição de Portugal no art. 26, n.º 3 e oriundo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Várias questões foram levantadas e, salvo melhor entendimento, dirimidas.

Entretanto, por ser um tema bastante contemporâneo, ainda não houve tempo hábil para que surgissem dúvidas no Brasil como as levantadas por este estudo.

A falta de legislação brasileira de certo acarretará, em breve, muitas ações judiciais, as quais serão julgadas ao melhor entendimento de cada juiz. Por isso, faz-se imprescindível a regulamentação da matéria por lei, para que haja um entendimento pacífico entre os magistrados na resolução de possíveis conflitos no futuro, principalmente do que pertine ao sigilo sobre os(as) doadores(as) de material genético.

Assim sendo, e por todo o exposto, concluímos que o direito à Identidade Genética, como um novo Direito Fundamental que é, deve ser levado em conta em relação à restrição ao nascido através de Reprodução Assistida heteróloga, para que ele não seja impedido de ter acesso ao conhecimento das suas origens genéticas, uma vez que, desrespeitado este direito, igualmente afetada estará a Dignidade da Pessoa Humana.

Referências

ARAÚJO, Fernando. **A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida**. Coimbra: Almedina, 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito e Bioética**. Direito da Saúde e Bioética, Lex, 1991.

CAMPOS, Diogo Leite de. A Procriação Medicamente Assistida Heteróloga e o Sigilo Sobre o Dador – ou Omnipotência do Sujeito. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, v. III, p. 1017-1032, dez. 2006. .

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3. ed. revista. Coimbra: Coimbra, 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2007.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. **Curso de Direito da Família**.. Centro de Direito de Família. Coimbra: Coimbra, 2006, v. II. Tomo I.

DUARTE, Tiago. **In Vitro Veritas?** A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei. Coimbra: Almedina, 2003.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos**. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

MIRANDA, Jorge. **Escritos Vários Sobre Direitos Fundamentais**. Estoril: Príncípa, 2006.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. Coimbra: Coimbra, 2005, Tomo I.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2004.

OLIVEIRA, Flávia de Paiva Medeiros de. Genoma Humano, Direito à Intimidade e o Novo Código Civil: Problemas e Soluções. **Revista da Faculdade de Direito**, Porto Alegre: PUC, v.28, ano XXV, p. 118, 2003/2.

OLIVEIRA, Guilherme de. **Crítério Jurídico de Paternidade**. Coimbra: Almedina, 1998.

PINTO, Paulo Mota. **O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade**. In Portugal - Brasil. Coimbra: Studia Lvrídica, 2000.

OTERO, Paulo. **Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano**: Um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Almedina, 1999.

REIS, Rafael Luís Vale e. **O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas**. Coimbra: Coimbra, 2008.

SEGADO, Francisco Fernandez. **Teoria jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 31 n.121, p. 69-102, jan./mar. 1994.

SILVA, José Afonso da. Dignidade da pessoa humana como valor supremo da sociedade democrática. XV Conferência Nacional da OAB. **Anais da...** p. 546-550. 1997.

Mediação de Conflitos na Promoção do Direito Fundamental do Acesso à Justiça: Da Cultura Adversarial para a Cultura Consensual no Âmbito do Poder Judiciário

Maria do Carmo Barros

Dayse Braga Martins

Jessica Souza Alves

Introdução

A essência do ser humano é viver em sociedade. A partir desta convivência é inerente à natureza humana surgir conflitos, e para sua solução se faz necessária a utilização de determinados meios de solução de conflitos. Para fins de se efetivar uma solução construtiva dos conflitos, outras formas de solução, além do clássico mecanismo judicial, foram de forma progressiva e contínua se consolidando na cultura jurídica do ordenamento brasileiro.

Um dos meios mais primitivos, usado desde as primeiras civilizações, consiste no poder do agente em resolver o conflito com as próprias mãos e ao seu modo, sem regras. É o que se denomina de autotutela. Surgida da necessidade de sobrevivência nas civilizações primitivas, representado pela prevalência do mais forte sobre o mais fraco.

Passados dois séculos, a evolução da sociedade e o surgimento e a organização do Estado, a autotutela foi retirada do convívio social e jurídico por significar um perigo para a paz social da sociedade. Entretanto, excepcionalmente, pode ser usada em casos de defesa de direitos que estejam sendo violados, como a legítima defesa. Por se tratar de exceção, deve ser utilizada em último caso, pois quando não utilizada corretamente constitui crime sujeito a sanção penal.

Na sociedade moderna e contemporânea, a heterocomposição instalou-se como mecanismo oficial de solução de conflitos, função precípua do Poder Judiciário. Método que utiliza um terceiro imparcial, o juiz, capaz de julgar a lide, ge-

rando uma sentença válida para ambas as partes. Meio utilizado também na arbitragem, Lei nº 9307/96, no qual o árbitro é a terceira pessoa imparcial, apto a julgar o conflito, produzindo uma sentença arbitral com força de sentença judicial.

Contudo, a autocomposição vem sendo cada vez mais utilizada no mundo jurídico. Trata-se de uma técnica de solução de conflitos que tem como fundamento principal a vontade das partes. Elas, por intermédio ou não de um terceiro, solucionam o conflito. Temos como exemplo a negociação, a transação, a conciliação e a mediação. O que difere a autocomposição da heterocomposição é que nesta a decisão é tomada pelo terceiro imparcial e naquela as partes solucionam o conflito com a ajuda do terceiro.

Na negociação, as próprias partes chegam a um acordo sem a intervenção de terceiros. Na transação, o acordo é feito entre os indivíduos e homologado pelo juiz de direito. Já na conciliação e na mediação o acordo é feito com o auxílio de um terceiro, sendo que na conciliação o terceiro tem autonomia maior para opinar no acordo e na mediação o mediador facilita o acordo sem propor opções de acordo.

Na jurisdição, o Estado é que tem o poder de decisão da solução do conflito. Por meio do juiz, o Estado aplica a norma jurídica vigente ao caso concreto com o objetivo de assegurar a paz e a ordem jurídica. Contudo, o que se verifica é que nem sempre a decisão, sentença proferida, é favorável e eficaz para a solução da lide. O que se verifica no Poder Judiciário é a constante insatisfação dos jurisdicionados na solução dada ao conflito, podendo se verificar o descontentamento nas inúmeras ações de execução. Outro fator que dificulta a satisfação das partes é a demora no julgamento, pois muitas vezes o objeto principal já pereceu. Como corroboram Lilia Sales e Mariana Andrade (2011, p. 44-45):

O descrédito é potencializado quando da ineficiência dos mecanismos tradicionais de defesa de direitos e nas deficiências estruturais na sustentação de meios capazes de desenvolver a cidadania: a Justiça se torna demasiadamente tardia para que sobre ela ainda pare a efetividade da prestação jurisdicional (...) As consequências sobre a cultura da litigiosidade nos tribunais brasileiros se apresentam sob a forma de inúmeros processos parados, sem resolução próxima, fomentando o descrédito na resolução satisfatória das questões, desgaste nas relações continuadas, óbices ao diálogo pacífico e à construção do consenso. A cultura da litigiosidade que leva um conflito ao Judiciário, antes mesmo de qualquer tentativa

de solução autocompositiva, também fortalece o sentimento adversarial das partes no decorrer da solução do problema na esfera jurisdicional.

Com isso, o Poder Judiciário percebeu que nem sempre a decisão unilateral de uma sentença é o melhor caminho para o acesso à justiça e a satisfação plena das partes conflitantes. Isso fez com que a cultura adversarial do perde-ganha ficasse obsoleta para proporcionar o efetivo acesso à justiça, e assim outras formas de solucionar conflitos foram buscadas, sobretudo as autocompositivas.

1. Direito Fundamental do Acesso à Justiça

Para que se possa compreender o processo de mudança da cultura adversarial para a cultura consensual do ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessário estudar o significado atual do acesso à justiça. Verifica-se que o acesso não pode se restringir ao direito de peticionar uma ação, e sim ao direito de ter sua pretensão processual solucionada na melhor forma possível e com a satisfação real dos envolvidos.

Em uma justiça justa e eficaz, encontramos jurisdicionados sendo tratados com igualdade e dignidade, e os resultados alcançados apresentam-se de forma positiva não só às partes, mas seus reflexos se propagam na sociedade. Na visão de Carreira Alvim (2013, p. 1):

[...] o acesso à justiça compreende o acesso aos órgãos encarregados de ministra-la, instrumentalizados de acordo com a nossa geografia social, e também um sistema processual adequado à veiculação das demandas, com procedimentos compatíveis com a cultura nacional, bem assim com a representação (em juízo) a cargo das próprias partes, nas ações individuais, e de entes exponenciais, nas ações coletivas, com assistência judiciária aos necessitados [...].

Em uma releitura da teoria do acesso à justiça, de Mauro Cappelletti, Carreira Alvim (2013, p. 1-3), sob o prisma dos mecanismos consensuais, interpretou as três “ondas”. A primeira onda aborda o direito de acesso ao Poder Judiciário dos hipossuficientes na forma da lei. A segunda onda alcança o acesso à justiça por meio da proteção dos direitos difusos e coletivos. Finalmente a terceira onda, e a mais importante para o presente estudo, que foi interpretada

de forma extensiva pelo citado autor, apresenta os meios alternativos de solução do conflito que visam garantir conceito de acesso a uma Justiça justa.

Antes da instituição da Defensoria Pública composta por defensores públicos que assistem aos hipossuficientes na forma da lei, os Tribunais indicavam advogados particulares pagos pelo Estado para representar os jurisdicionados de baixa renda em juízo, com a mesma garantia de advogado particular, primeira onda. Contudo, a demanda supera as condições dos Tribunais, o que prejudicava o acesso ao Judiciário.

Já na segunda onda do acesso à justiça, como já se falou, passou-se a garantir, além dos direitos individuais, os direitos coletivos e difusos, por meio da atuação do Ministério Público. Por fim, a terceira onda do acesso à justiça veio consolidar o direito de ação e de justiça, em seu sentido axiológico, real e moral, e não somente no sentido formal relacionado ao direito de petição. Assim, verifica-se que a efetivação do acesso à justiça não se dá somente em vias jurisdicionais, formais. Com a morosidade do processo judicial, o retardamento da sentença judicial em determinados processos, especialmente na seara cível, demonstra que a desarrazoada duração do processo, nesse sistema adversarial, está em decadência e com isso o estudo e a aplicação de outros meios de solução de conflitos apresentam-se, em alguns casos, como o mais adequado para ser aplicado, em detrimento da via judicial. Podendo ser por meio extrajudicial, tais como a mediação, conciliação, negociação e arbitragem.

2. Da Cultura Adversarial para a Cultura Consensual na Solução de Conflitos no Âmbito do Poder Judiciário

Quando se fala em paradigma, remete-se a algo considerado correto, eficaz, atual, algo que deve ser seguido por todos. O que acontece é que muitos paradigmas, com o tempo e as modificações nas relações sociais, em qualquer âmbito, motivam também mudança de postura e necessidade de revisão de tais paradigmas. E foi justamente o que aconteceu na cultura da prestação da função jurisdicional no Brasil.

Tinha-se um procedimento judicial pautado na natureza adversarial, que pregava a lide, onde para se ganhar necessariamente a outra parte tinha que

perder, e perder tudo. Aliado a essa cultura, a morosidade processual sedimentou a rejeição da sociedade em ver o Judiciário como não sendo o melhor meio de solução das suas lides, pois ao ingressar com uma ação a demora em seu julgamento, além de prejudicar o objeto principal da demanda, consumia as próprias partes em seu estado emocional e financeiro.

Diante dessa realidade do Judiciário, foi necessário repensar uma nova política pública que atendesse à demanda e à celebridade processual, bem como garantir o acesso à justiça na sua forma mais justa para todos. Com isso, o Poder Judiciário verificou que os meios consensuais de solução de conflitos apresentavam resultados positivos no meio extrajudicial. Assim, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 125 de 2010, inseriu a mediação como instrumento de acesso à justiça no âmbito do Poder Judiciário, instituindo-se uma nova política pública de acesso à justiça e cidadania (SALES; ANDRADE, 2011). Tendo como base a formação dos mediadores e a aplicação do instituto da mediação como forma apropriada de solução de litígios na fase pré-processual e na fase processual.

A Resolução do CNJ destaca a implementação da mediação judicial e da conciliação, esta já legalizada no Código de Processo Civil vigente. A mediação, a partir da Resolução passa a ter espaço no Poder Judiciário, enquanto a conciliação vem acompanhar a mediação neste processo de implementação, no qual serão capacitados juízes e serventuários.

Quanto à conciliação, esta renovação no estudo da mediação e da conciliação é salutar, uma vez que se observam na prática da conciliação judicial problemas em sua aplicação. Em relatos de jurisdicionados e advogados colhidos informalmente e vivenciados na prática da advocacia das autoras desta pesquisa, em grande parte das audiências de conciliação, o que se tem é a antecipação do julgamento pelo conciliador (juiz ou não), a fim de forçar o acordo entre as partes.

Isso mostra que o que era para ser um acordo consensual entre as partes torna-se um acordo imposto por um terceiro conciliador (juiz ou não). Temos então a cultura adversarial, camuflada na cultura consensual de um acordo. Diante deste quadro, o Judiciário vem (re)qualificando os profissionais que fazem parte deste processo, diante da atual política pública de tratamento de conflitos.

Destaca-se a importância da mediação ser trabalhada juntamente com a conciliação por se tratarem de procedimentos diferentes que se buscam solucionar conflitos de naturezas diferentes. O diferencial da mediação é que ela impõe ao mediador a postura de não opinar diretamente na decisão das partes,

o que é relevante quando se trata de questões de relação continuada; enquanto o conciliador deve intervir de forma mais ativa na construção das proposições de acordo, sendo mais adequada esta postura do conciliador quando se trata de questões objetivas que não envolva sentimento de (des)afeto. Para Nagib Slaibi (2006, p. 117):

[...] os princípios fundamentais, também chamados princípios estruturantes, têm relevante função na indicação dos valores que devem predominar no processo hermenêutico, isto é, o de descoberta do sentido de norma constitucional. Os princípios fundamentais estão muito além de indicadores da atuação do Estado, pois consubstanciam os valores de suprema importância na organização da sociedade brasileira.

Nagib Slaibi (2006, p. 557) complementa ainda:

[...] o direito de ação, constitucionalmente assegurado no art. 5º, XXXV, não é simplesmente o poder de iniciar o processo, deflagrando a atividade jurisdicional; compreende também, o direito de defesa (ou o poder de o demandado também pedir a tutela jurídica), como o direito de participar do processo.

O artigo 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, diz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Garante-se assim o direito de análise do direito pretendido. Segundo Roberto Alexy (2008, p. 544), “a irradiação dos direitos fundamentais como direito positivo em todos os âmbitos do sistema jurídico inclui, portanto, uma irradiação – requerida pelo direito positivo – da ideia de justiça a todos os ramos do Direito”. Nagib Slaibi (2006, p. 353) completa o pensamento:

Se existe a garantia constitucional consubstanciada no feixe de princípios que compõem o princípio geral do devido processo de lei, evidentemente existe o direito fundamental ao próprio processo, isto é, o direito de deflagrar e de participar do processo de decisão em cujo objeto esteja inserido interesse do indivíduo.

Para compreender o direito da sociedade de participar do processo de decisão, Humberto Cunha Filho (2000) apresenta a participação popular como um dos princípios constitucionais inseridos no parágrafo 1º do artigo 216 da

Constituição Federal de 1988. Observa-se que a participação popular atinge desde o direito de propositura de uma ação como também o direito de participação do processo, buscando junto ao Poder Judiciário a melhor forma de solução da lide. Afirma ainda que:

“às artes, à memória coletiva e ao repasse de saberes, que asseguram a seus titulares o conhecimento e uso do passado, interferência ativa no presente e possibilidade de previsão e decisão de opções referente ao futuro, visando sempre à dignidade da pessoa humana”. (CUNHA FILHO, 2000, p. 34).

Nesse sentido, é possível vislumbrar a importância do estudo da cultura jurídica, marcada por pensamentos adversariais, que com a evolução e mudança de comportamento da sociedade foi necessário repensar uma nova cultura para a Justiça: a cultura do consensualismo, que visa resgatar a cidadania e a dignidade da pessoa humana por meio do diálogo.

Ricardo Fonseca (2014) afirma que “A cultura jurídica é aquilo que circula, funciona e produz efeitos dentro de um determinado contexto histórico social”. Assim, a cultura jurídica se faz tão importante como um tombamento de uma casa centenária. Ambas buscam preservar a história de uma sociedade, contudo, quando se trata de uma cultura não estática no tempo, como a cultura jurídica, deve esta se adequar ao presente para que não fique em desacordo com a necessidade cultura atual, garantindo o acesso à justiça e à cidadania.

Diante do exposto, a mediação de conflitos apresenta-se como a via de concretização do acesso à justiça, garantindo a efetivação do direito fundamental básico previsto na Constituição Federal atual. Princípio este que é a base para se alcançar os demais direitos, entre eles o direito de petição perante o Poder Judiciário ou mesmo em vias extrajudiciais.

A Resolução nº 125 do CNJ, em seus considerandos, confirma a importância na mediação como meio de se efetivar o acesso à justiça, bem como afirma que tal instituto é instrumento adequado para a pacificação social, contribuindo para a solução e prevenção de futuros litígios.

CONSIDERANDO que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa;

[...]

CONSIDERANDO que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados nos países tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças;

Tal instituto é um meio de mão dupla, pois, na medida em que a mediação é um instrumento para concretizar tal princípio, é ao mesmo tempo o próprio acesso. No momento da sua prática, a mediação se revela tanto como procedimento, a forma, e como parte do integrante processo, o meio.

A Resolução representa um marco importante no Judiciário; por meio dela a mediação está sendo vista não somente como um meio de desafogar o Judiciário, e sim como meio eficaz de solução do conflito, lide, e de concretização do princípio do acesso à justiça.

3. A Mediação e a Conciliação Judicial no Projeto de Lei de Reforma do Código de Processo Civil

Com a importância da política pública do Poder Judiciário de fomento da cultura de paz e do acesso à justiça, a mediação foi inserida no Projeto de Lei que reformula o Código de Processo Civil; muitos chamam de “novo CPC”. Nele o mediador é considerado um dos auxiliares da justiça, artigo 129 do Projeto de Lei, unindo-se aos demais já legalizados no atual CPC.

O Projeto de Lei também apresenta direitos e deveres dos mediadores e conciliadores em seus artigos 144 a 153. Entre os direitos expostos, são apresentados a confidencialidade e o sigilo nas audiências por eles realizadas. No tocante à audiência de conciliação ou mediação, o “novo CPC” permite que seja marcada uma nova sessão desde que não superior a sessenta dias contada da primeira sessão.

Art. 323 – Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz deverá designar audiência de conciliação com antecedência mínima de quinze dias.

[...]

§ 2º – Poderá haver mais de uma sessão destinada à mediação e à conciliação, não excedentes a sessenta dias da primeira, desde que necessárias à composição das partes.

Como já mencionado, atualmente, o que temos de legalidade é o instituto da conciliação poder ser vislumbrado no artigo 447 ao artigo 449 do atual CPC.

Art. 447. Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento.

Parágrafo único. Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação.

Art. 448. Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo.

Art. 449. O termo de conciliação, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, terá valor de sentença.

A generalização dos processos faz com que haja a falta de separação dos casos de relação continuada e não continuada. No que se refere ao direito de família, o atual legislador vê os casos de família de modo igual a uma revisio-nal de contrato que tem por natureza uma relação sem sentimentos profundos, aparentemente envolvidos.

No projeto de lei do CPC, a mediação é inserida como um *plus*, uma alternativa para os casos em que a conciliação não se encaixe, como os casos de direito de família. Essa faculdade de escolher qual o melhor instrumento a ser usado é de fundamental importância para o andamento do processo e para a construção de um possível acordo.

Em prol do acesso a justiça, o novo CPC, esse direito aparece por meio da mediação como instrumento facilitador. Como já estudado, a mediação proporciona uma satisfação maior nos jurisdicionados e por isso é tão importante ser inserido no Poder Judiciário. Observa-se no artigo art. 135 do novo CPC:

A realização de conciliação ou mediação deverá ser estimulada por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

§ 1º O conciliador poderá sugerir soluções para o litígio.

§ 2º O mediador auxiliará as pessoas em conflito a identificarem, por si mesmas, alternativas de benefício mútuo.

Verifica que o mediador e o conciliador, quando trabalhados de forma correta, seguindo os princípios dos institutos, são figuras-chaves na redução da morosidade, determinada a função de cada um. O conciliador com o poder de sugerir e o mediador como facilitador da identificação de soluções. É inegável a contribuição da mediação para o bom andamento do processo.

Como o ciclo natural da vida, nascer, crescer e morrer. É isso que se espera de um processo; que ele ao nascer tramite com uma razoável duração e que seja julgado. Porém, não é isso que acontece no Judiciário. Não é raro encontrar caso de lides processuais que tramitam há mais de dez ou quinze anos.

O que se observa atualmente é um Judiciário mais cidadão, preocupado com a eficiência de sua função na consecução do direito fundamental do cidadão de acesso à justiça. Uma resposta a esta problemática é a implementação da mediação como meio eficaz de solução do conflito não só por meio de uma resolução, mas principalmente por meio de uma lei ordinária, a exemplo do Código de Processo Civil.

Conclusão

Diante do exposto, verifica-se que a sociedade, desde seus primórdios, vem buscando mecanismos para solucionar seus conflitos e alcançar a tão almejada pacificação social ou não violência. A heterocomposição, caracterizada pela presença de uma terceira pessoa imparcial para julgar a lide, é a regra no Estado contemporâneo. Entretanto, existem outros mecanismos, além da função jurisdicional do Estado, a exemplo da justiça privada, da arbitragem e dos demais mecanismos consensuais extrajudiciais, a exemplo da mediação e conciliação, que se tornaram opções em face da não concretização do direito fundamental do acesso à justiça pelo Estado.

Diante da prática exitosa da mediação e da conciliação no âmbito extrajudicial, o Judiciário, por meio do CNJ, resolveu implementar a política pública de tratamento adequado de conflitos, ao criar núcleos de mediação e conciliação, com vias a resgatar a cultura de solução de conflitos consensual.

Diante da importância desse processo de mudança de paradigma da cultura adversarial para a cultura consensual do processo judicial, o Conselho Nacional de Justiça, CNJ, por meio de sua Resolução nº 125/2010, instituiu a mediação e a conciliação como meios eficazes de solução de conflitos no âmbito do Poder Judiciário. No mesmo sentido, o legislativo incluiu o instituto da mediação no Projeto de Lei que institui o “novo” Código de Processo Civil.

Neste sentido, evidencia-se que o Poder Judiciário vem passando por uma transformação de cultura adversarial para a cultura consensual, buscando conhecer os reais motivos que levaram ao surgimento da lide e com a participação das partes envolvidas. Tal procedimento resulta em melhor solução para o conflito, de forma que ambos saiam satisfeitos e com a possibilidade real do cumprimento do acordo, que é formalizado mediante homologação por sentença judicial, constituindo-se em título executivo judicial.

Assim, a cultura consensual no Poder Judiciário mostra-se uma efetiva e concreta forma de solucionar determinados conflitos, consolidando-se a essência do acesso à justiça justa, capaz de transformar a sociedade adversarial em uma sociedade na cultura da não violência, da cultura do diálogo.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVIM, J. E. Carreira. **Justiça: acesso e descenso**. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/4078/justica-acesso-e-descenso>>. Acesso em: 30 jul. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal. 1988.

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 30 jul. 2014.

_____. **PL 8046/2010**. Dispõe sobre o Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 30 jul. 2014.

_____. **Lei nº 9.307/1996**. Dispõe sobre a Arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm>. Acesso em: 30 jul. 2014.

_____. **Resolução n 125 de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-dapresidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>>. Acesso em: 30 jul. 2014.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Vias da modernização jurídica brasileira: a cultura jurídica e os perfis dos juristas brasileiros no século XIX**. Disponível em: <<http://www.gnmp.com.br/publicacao/230/vias-da-modernizacao-juridica-brasileira-a-cultura-juridica-e-os-perfis-dos-juristas-brasileiros-no-seculo-xix#sthash.8k8dYITv.dpuf>>. Acesso em: 12 ago. 2014.

SLAIBI, Filho Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SALES, Lilia Maia de Moraes; ANDRADE, Mariana Dionísio de. A mediação de conflitos como efetivo contributo ao Poder Judiciário brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 48, n. 192, p. 43-54, out./nov. 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242928/000936208.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 12 ago. 2014.

O Princípio da Participação Popular e a Denúncia como Mecanismo de Controle da Administração Pública

Ebe Pimentel Gomes Luz

Lucas Pimentel Gomes Luz

Lara Fernandes Vieira

Introdução

As últimas décadas são testemunha das transformações na atuação do Estado. Estas ocorrem de forma a acenar para a valorização das bases de uma sociedade justa, igualitária e solidária, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana, a cultura da cidadania, a democracia, a ética e a paz, como instrumentos para concretização da efetiva participação do cidadão, nas resoluções que o Estado necessita dar à sociedade.

As teorias políticas contratualistas, que passam a se preocupar com a questão da legitimidade do poder exercido pela burguesia, surgem na Idade Moderna. A legitimidade do poder se encontra na origem parlamentar do poder político, vez que o preenchimento de um cargo político de maneira nenhuma deve ser a expressão de privilégios aristocráticos, mas resultar de uma escolha feita por vontade popular, expressa por intermédio do voto, que é uma das formas mais visíveis e de mais fácil aferição da participação popular.

Rousseau defende a democracia direta em pleno século XVIII. Sua ideia passava pelo contrato social, onde defende a noção de que cada indivíduo renuncie seu poder em favor do coletivo, dando guarida ao ideal de que a vontade geral jamais pode ser dada, muito menos representada.

No Brasil, o estabelecimento da cidadania tornou-se um desafio a ser enfrentado diuturnamente, decorrente de fatores como a escravidão implantada desde os primórdios de sua história. Isto ocorreu inicialmente com a colonização, com feição de exploração por Portugal, depois continuada pela Inglaterra

e seguida pelos Estados Unidos, mediante a imposição de políticas econômicas cruéis, remetendo o Brasil a uma submissão em diversas áreas. Assim, o Estado Social jamais chegou a se consolidar efetivamente no País.

A Constituição Brasileira, respaldada no princípio da participação popular, ainda estabeleceu vários outros instrumentos com a finalidade de assegurar uma participação direta do cidadão no Poder Público: a iniciativa popular, o referendo, o plebiscito, as consultas e audiências públicas, os conselhos da gestão de políticas e serviços públicos.

O presente artigo tem como objetivo uma abordagem sobre a participação popular na administração pública e seus mecanismos de controle, bem como a possibilidade do instituto da denúncia administrativa como instrumento de controle e exercício da cidadania, de modo a garantir o respeito aos valores da democracia e da justiça, a proteção e concretização dos direitos da pessoa humana e a edificação de uma sociedade fraterna pluralista e justa.

1. Participação Popular: Breves Aspectos Jurídicos e Político

Participação Popular na Administração Pública, apesar de tema atual, intimamente relacionado à ideia de interferência na realização e controle das funções estatais e na própria elaboração do Direito positivo, reúne a intenção de superar a incredulidade oriunda da ineficiência advinda do modelo representativo de democracia.

A democracia representativa está em crise, aliás, ela vive em crise, haja vista que os representantes alçados a essa condição pelo voto, a cada dia, representam menos os interesses do povo. Temos, as leis preparadas pelos legisladores, as vezes, resultando na defesa de seus próprios interesses, não correspondem de forma razoável às aspirações da sociedade, sempre órfã de líderes capazes de a representar condignamente. Essa desilusão crescente invade a seara da Administração Pública, provocando mudanças na condução dos inúmeros interesses sociais envolvidos no cumprimento das decisões administrativas. A participação dos cidadãos é importante no debate sobre a forma de legitimação da decisão a ser tomada, uma vez que deverá ser absorvida com maior facilidade pela sociedade.

O âmbito público revitalizado torna-se o palco onde sucede a ligação da vontade coletiva no sentido de respaldar as decisões políticas previamente combinadas, utilizada como ponte entre as reclamações sociais e o Estado. No Brasil, lugar onde a interferência do Estado sempre foi significativa na institucionalização dos direitos fundamentais, o reforço da esfera pública não estatal se mostra vital e um dos caminhos capazes de dar conta da imensa frutificação de novos direitos hoje reconhecidos.

A ampliação da esfera pública queda por encontrar nos privilégios processuais do Poder Público uma manifestação de resistência, pois, no processo judicial, a noção de interesse público está ligada intimamente à ideia de interesse do Estado, o que é um inadmissível retrocesso. Isso significa um distanciamento entre o discurso jurídico e a realidade social.

Dessa forma, é dever buscar nova dimensão processual da ideia de ordem pública e de interesse público, a fim de que a definição de seus reais contornos resulte de um largo debate com garantia de participação da sociedade civil. Limitar a ideia de ordem pública a interesses simplesmente institucionais administrativos é limitar o irreprimível movimento de ampliação da esfera pública.

Hoje a Participação Popular na Administração Pública deve ser considerada como mecanismo de identificação do interesse público de modo compartilhado com a população, ao decréscimo da discricionariedade, atenuação da unilateralidade na formação dos atos administrativos e às práticas contratuais baseadas no consenso, negociação e conciliação de interesses, mas também tem que ser vista como uma das linhas de evolução da Administração Pública contemporânea.

A sociedade hodierna não aceita mais a ideia positivista de que a lei deve ser exaustiva e a atuação do Executivo meramente “executiva ou regulamentar”, e não criativa. A lei não pode predeterminar de forma completa toda a atuação da Administração em uma sociedade complexa e pluralista. A Constituição é alçada ao centro do ordenamento jurídico e os vários princípios previstos em seu texto devem ser analisados maduramente na efetivação dos valores constitucionais.¹

Apesar da ampliação do catálogo complexo de atividades administrativas e de liberdade de decisões, a ideia de Participação Popular na Administração

1 Sobre a releitura do princípio da legalidade administrativa em tempos de constitucionalização do Direito Administrativo, recomendamos verificar: OTERO. Paulo, “Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2007.

Pública é utilizada como mecanismo de controle eficaz, bem como limitação do poder administrativo. (SILVA, 2003, p.401).

O procedimento administrativo necessita de um instrumento para a democratização da Administração Pública, e a participação popular revela-se como sendo esse importante mecanismo. Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva acentua que:

A participação dos privados no procedimento, ao permitir a ponderação pelas autoridades administrativas dos interesses de que são portadores, não só se traduz numa melhoria de qualidade das decisões administrativas, possibilitando à Administração uma mais correta configuração dos problemas e das diferentes perspectivas possíveis da sua solução, como também torna as decisões administrativas mais facilmente aceites pelos seus destinatários. Pelo que a participação no procedimento constitui um importante fator de legitimação e de democraticidade de atuação da Administração Pública. (SILVA. 2003, p. 402)

Outros países consagram de forma expressa o Princípio da Participação Administrativa. Como exemplo, a Espanha, onde o princípio da participação tem estatura constitucional, mas alguns doutrinadores demonstram preocupação com a disseminação do princípio da participação que estaria em “crise”. Na Constituição espanhola, o princípio está exposto no art. 9^o.2.

Na Constituição portuguesa, este se apresenta no art. 267, por ser a República Portuguesa um Estado de Direito democrático, fundado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democrática e no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais, que têm por objetivo a realização da democracia econômica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa. O artigo 48.^o, incluído no capítulo Dos direitos, liberdades e garantias de participação política, dispõe que todos os cidadãos têm o direito de tomar parte na vida política e na direção dos assuntos públicos do País, diretamente ou por intermédio dos seus representantes livremente eleitos.

Para robustecer este princípio, o artigo 109 expressa que a participação direta e ativa dos cidadãos na vida política constitui condição e instrumento fundamental da consolidação do sistema democrático, sendo tarefa fundamental do Estado Português assegurar a participação democrática dos cidadãos na resolução dos problemas nacionais.

Existem inúmeras outras disposições constitucionais que reforçam o princípio da democracia participativa.

Eduardo García de Enterría chama a atenção para a impossibilidade de se garantir a participação em todas as atividades administrativas, uma vez que a Administração “participada” é subordinada à lei. A participação administrativa não se justifica na tomada da decisão justa, pois esta já estaria delimitada pelos valores jurídicos finais consagrados pela lei, mas sim na busca da decisão oportuna dentro do exercício da discricionariedade administrativa. Vale dizer: a participação administrativa tem aplicação no campo da discricionariedade (GARCIA, 2004, p.86).

1.1. A Participação e o Ordenamento Jurídico Brasileiro

No Brasil, ainda é muito tímida a discussão em torno do princípio da participação administrativa, e isto decorre, possivelmente, da omissão deste princípio do Texto Constitucional. Apenas uma sutil alusão é feita à participação administrativa no art. 37, §3º da Constituição da República, no capítulo que se refere à Administração Pública: com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, prevendo lei que disciplina as formas de participação do usuário na administração pública, direta e indireta, regulamentando em especial: I – as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no artigo 5º, X e XXXIII; III – a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo do cargo, emprego ou função pública na administração pública. Vale ressaltar que a Constituição Federal em vários outros dispositivos faz menção à participação dos cidadãos na Administração.

A crescente previsão de mecanismos de participação administrativa pelos diplomas legais reforça a tendência de efetivação da participação administrativa. A Lei 10.257/01, ao instituir o denominado Estatuto da Cidade, consagrou uma série de normas relativas à participação administrativa, revelando um dos mais importantes diplomas legais de efetivação da democracia.

Para Moreira Neto (2003, p.182):

é através da participação, como requisito inarredável da democracia material, que se satisfaz a condição de legitimidade indispensável aos processos de produção e de aplicação de normas deslegalizadas, uma vez que ocorrida a deslegalização, aquela condição já não mais poderá ser satisfeita pela legitimação representativa, própria da democracia indireta.

Inúmeros são os diplomas legais do ordenamento jurídico brasileiro que estabelecem a participação administrativa, de modo a confirmar a tese principiológica da participação. Como exemplo, temos a Lei Complementar 101/2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal – artigos. 9º, §4º e 48; Lei 9.784/99, que trata sobre o processo administrativo federal, em seus artigos. 3º, 9º, 31, 32, dentre tantos outros.

2. Controle como Forma de Participação do Administrado

O controle é um instrumento da democracia, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu artigo 15, reza que “a sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público sobre sua administração” (ESCOBAR, 1999, p.17).

Seu principal objetivo é preservar a legalidade dos atos da gestão, buscando alcançar sua finalidade maior, que é a aplicação e a boa administração dos recursos públicos, conservando a transparência da gestão com a publicação dos atos administrativos, buscando a manutenção de uma prestação eficiente de serviço público.

2.1. Conceito de Denúncia

Denúncia, palavra de significado negativo, vinculada à conotação de traição e delação. Vivemos eternamente em tempos de crise - econômica e financeira, crise política, crises institucionais intermináveis, de valores morais e éticos que a cada dia se aprofundam, sem que haja grandes perspectivas de mudanças estruturais e profundas, muito embora a sociedade perpetuamente alimente imenso anseio por transformações, buscando um diálogo sobre essas questões, diante da inversão de valores morais e éticos.

Denúncia é tema polêmico e recheado de controvérsias, apesar de ter sua história contada através dos tempos sempre vinculada à traição, além de, dependendo do contexto histórico-social de cada época, poder ser considerada um mecanismo de busca da verdade, de restabelecimento da ordem pública, etc.

Uma das passagens mais conhecidas da história da denúncia, delação ou traição, como melhor se queira empregar o vocábulo, foi o de Judas Iscariotes. Quando se faz referência à passagem bíblica, sentimentos de desprezo continuam a invadir as pessoas que repudiam veementemente a atitude de delação, bem como do delator. A história está repleta de situações envolvendo personagens em delações, como Silvério dos Reis, outro personagem conhecido na remota história brasileira, foi Calabar², dentre outros; e o mais surpreendente é que esses comportamentos são repulsivos e abomináveis na raça humana, no entanto, são expressões peculiares a ela.

Seres humanos são os únicos que abrigam o potencial para criar e manter relações fundadas na confiança, exteriorizando sentimentos de segurança íntima, crédito e esperança. A solidificação dos relacionamentos estabelecidos entre pessoas, seja de qualquer natureza, está subordinada a vários fatores, notadamente na possibilidade de confiança recíproca; ausente esse fator, fica abalada a estrutura social, uma vez que, apesar da manutenção de interesses pessoais e do medo, seriam insuficientes para a subsistência de uma sociedade unida e ordeira.

É importante observar que, via de regra, não se exige nenhuma atitude moral do delator; pelo contrário, apesar de sua atitude ser eticamente abominável, o que se valoriza são as vantagens advindas de sua ação, sem sopesamento dos reflexos que tudo isso possa ter na sociedade, principalmente levando-se em consideração valores como a dignidade da pessoa humana, que deve ser uma realidade tangível à vida das pessoas.

O direito e a moral no conteúdo de suas exigências correspondem-se em parte. A relação entre ambos os domínios de normas reside muito mais no fato de que a moral, por um lado, é fim do direito, e, por outro, é fundamento de sua validade obrigatória (RADBRUCH, 2004, p.66).

Apesar de existirem vários tipos de denúncias, como a delação premiada, que foi disciplinada no Brasil como forma de estimular à elucidação e punição

2 Domingos Fernandes Calabar, foi um senhor de engenho na capitania de Pernambuco, aliado dos holandeses que invadiram o Nordeste do Brasil. Durante vários séculos, o nome Calabar era sinônimo de “traição”.

de crimes praticados em concurso de agentes existe previsão em vários outros instrumentos normativos do ordenamento jurídico brasileiro, dentre os quais apontamos as Leis 8.072/90 e 9.269/96; § 2º, do art. 24, da Lei 7.492/86, acrescentado pela Lei 9.080/95; § único do art. 16, da Lei 8.137/90, acrescentado pela Lei 9.080/95; art. 6º, da Lei 9.034/95 e § 5º, do art. 1º, da Lei 9.613/98, bem como o próprio Código Penal, no crime de extorsão mediante sequestro, art. 159, § 4º; a denúncia espontânea, também, está inserida no ordenamento jurídico brasileiro, prevista no art. 138 do Código Tributário Nacional, onde estabelece que o contribuinte que promove a denúncia espontânea deve ser beneficiado com a exclusão de qualquer penalidade, seja ela decorrente da falta de cumprimento da obrigação principal ou acessória; no entanto, o foco central deste estudo é a abordagem tão-somente do instituto da denúncia administrativa como mecanismo de controle social da Administração Pública.

3. A Denúncia como Mecanismo de Participação e Controle da Administração Pública

O grande complexo de órgãos e entes dotados de personalidade jurídica, dirigidos por um corpo de agentes, compõe a Administração Pública, a este cumprindo uma infinidade de atividades. Essa diversidade de atividades visa a atender os interesses e necessidades exigidos pela sociedade e conferidos pelo ordenamento.

As atividades desenvolvidas pela Administração Pública se completam entre si e são submissas continuamente a orientação e coordenação. Na dinâmica de permanente mutação pela qual passa a sociedade, a Administração tenta seguir esse compasso veloz, procurando dotar-se de instrumentos que sejam capazes de reduzir esses impactos surgidos entre a Administração e a sociedade.

Para o pleno exercício das atividades administrativas, a administração está destinada a propiciar melhores condições de vida a setores carentes da sociedade. A concreta realização da atividade administrativa se desenvolve com maior eficiência mediante a participação e o envolvimento do povo nestes processos, pois, proporcionam maior facilidade no controle por parte da sociedade como um todo.

A ideia de controle administrativo está diretamente vinculada à transparência no exercício do poder estatal, notadamente da Administração, ocorrendo de forma bem mais efetiva por intermédio dos chamados controles sociais

ou controles não institucionais, expressos pelas entidades da sociedade civil, manifestações de partidos políticos, os abaixo-assinados etc., mas muitas dessas manifestações por si só não têm o condão de dar respostas satisfatórias para o aprimoramento da Administração.

Há constante descrença a respeito dos mecanismos de controle sobre a Administração, que acarretam sua imobilidade, devendo-se, pois, abrir o debate para o tema no sentido de dar efetividade ao controle administrativo, vislumbrando a possibilidade de adaptação ou criação de instrumentos.

A denúncia pública é um instrumento usado para formalizar as insatisfações e as indignações sentidas pelo povo, quando observada a conduta dos funcionários, servidores e agentes públicos. As denúncias relativas ao funcionamento precário dos serviços públicos ou mesmo relativos à responsabilidade do agente público, quando da gestão da coisa pública, devem ser manifestamente praticadas, desde uma simples reclamação sobre um mau atendimento ao contribuinte, até as que envolvam subtração ou má aplicação de recursos públicos.

O sentido de denúncia aqui especificamente abordado diz respeito à materialização do direito de petição, para o exercício de uma insatisfação e indignação do cidadão ante a Administração Pública, no que se refere a não ou má aplicação dos recursos públicos, bem como às precárias condições das atividades e serviços públicos disponibilizados aos cidadãos.

A denúncia administrativa tem seu espaço assegurado pela legitimidade democrática direta, exteriorizando situações de ilegalidade em todos os âmbitos da Administração Pública, com a expectativa do denunciante de tomada de providências, objetivando o saneamento ou anulação do ato administrativo nocivo, posição do administrador, como a má gestão dos recursos públicos, inclusive por atos de omissão, atacado pela denúncia para evitar danos advindos da patente ilegalidade.

Não nos parece salutar e acreditamos ser por vezes bastante perigoso dar guarida no ordenamento jurídico à prática da denúncia no sentido de traição como mecanismo de controle, porém aderimos à ideia de que apresentar petições contendo denúncias sobre assuntos que versem sobre interesse público é, acima de tudo, um exercício de liberdade, de manifestação do direito inerente aos cidadãos à participação política.

Em um Estado de Direito, a norma jurídica é o último refúgio do seu povo, pois o que nela está inserida representa uma referência de organização ou mesmo de conduta das pessoas, dimensionando o âmbito de sua influência. Assim,

é inadmissível que este mesmo conjunto de regras jurídicas possa albergar a denúncia, no sentido de delação, incentivando o cidadão ao exercício de infrações de regras morais inalienáveis.

Na Administração Pública, a denúncia deve se concretizar através da conscientização de seu povo, que acredita-se ser esse mecanismo, um instrumento apto, para o exercício da defesa de valores inalienáveis, preservação da moral e da ética, proteção do erário, do meio ambiente, parte de um catálogo enorme de bens passíveis de proteção.

Sem a constante prática de comportamento estribada na ética, a humanidade será conduzida a vivenciar momentos de considerável instabilidade. Divorciado da ética, o Direito contribui para que as condutas humanas exerçam um movimento pendular entre o bem e o mal, instaurando uma instabilidade nas relações sociais, desenvolvendo sentimentos na consciência moral dos homens, de maneira a proporcionar o aparecimento de elementos fomentadores de desesperanças e descrença em tudo e em todos.

As relações jurídicas, notadamente as de Direito público, precisam ser desenvolvidas num ambiente que prepondere o auge do direito, bem como de todos os elementos valorativos que o compõem.

É Inadmissível um direito sem ética, inaceitável um direito estimulador de ilicitudes caracterizadas por ofensas aos valores e às garantias da cidadania.

A ética não é a lei propriamente dita, mas sim a posição a ser adotada pelas pessoas em específica realidade humana. A ética é um ato praticado pelo homem possuidor de razão, que objetiva a concretização do bem.

O espírito da denúncia administrativa é o de colaborar eticamente para edificação de uma sociedade mais justa, solidária e participativa, e nunca ser utilizada como veículo de satisfação de sentimentos vis e de interesses pessoais egoísticos.

Há, uma concepção filosófica sobre a ética, de inspiração em Kant, que atua e está em vigor até nossos dias, fundamentada na noção de dever. Encerra a denúncia parte das ideias da vontade e do dever, contida nessa concepção de ética, pendendo assim pela liberdade do homem, cujo conceito não é fácil de ser cientificamente definido, porém tem que ser perseguido habitualmente, uma vez que corre sério risco de o homem ser reduzido a um mero ser da natureza.

Quando se denuncia, há de agir como um dever que nos obriga a fazer o que muitas vezes não queremos ou não nos agrada; no entanto, quando o dever nos força a fazer o que favorece a liberdade do homem, em virtude de ser

o homem um ser independente, nada mais faz do que realizar o que considera como o melhor.

No momento da denúncia, para o efetivo controle da Administração Pública, é a inspiração kantiana que respalda a atividade do cidadão, pois é o comportamento reto de dever conferido ao homem como um indivíduo integrado por valores que o alça a patamares de respeito pelo seu próximo e que exerce um estado de credibilidade e confiança nas relações.

Ao se optar pela prática negativa da denúncia, realizam-se a institucionalização e a prática do denunciamento, sentimento motivado pela inveja, e não se terá como exigir dos cidadãos comportamento adverso desse sentimento repulsivo e outros sentimentos subalternos. Se somos coniventes com a institucionalização do denunciamento, compactuamos com a permissividade imoral respaldada pela lei.

É uma faca de dois gumes apoiar a cultura do denunciamento, pois os reflexos na sociedade decorrentes dessa prática são devastadores para todas as partes. O denunciamento é desprovido de qualquer caráter moral ou ético, motivado por interesses pessoais, vingança, ódio, inveja e, além de visar a fazer o mal, persegue outro tipo de sentimento, que é a satisfação sádica contra o denunciado. Num país onde valores como “moral” e “ética” nunca verdadeiramente fizeram parte do cotidiano, a denúncia irresponsável, sem provas, contra algum desafeto ou por quem não se nutra alguma simpatia, pode ser um perigo constante para a segurança jurídica.

4. Denúncia Anônima

A princípio deve-se agir com cautela a qualquer tipo de denúncia anônima. Esconder-se sob o manto do anonimato denota ausência de princípios de natureza ético-moral, ato de covardia.

A Constituição brasileira veda o anonimato, explicitado no seu art. 5º, inciso IV; no entanto, considerável parcela dos operadores do Direito admite naturalmente essa prática. Esses adeptos do anonimato se justificam, afirmando que a comunicação anônima serve unicamente para desencadear uma investigação preliminar. Alegam que o procedimento de investigação preliminar deve resultar em provas irrefutáveis de autoria para que a formalização da acusação possa ser realmente feita. Justificam ainda que é necessária a preservação do

anonimato, uma vez que o aparato do Estado é muito precário, para que possa ser assegurada a integridade do denunciante.

Existem hoje inúmeros órgãos públicos, bem como particulares, que dispuseram números especiais de telefone à população para a realização de denúncias, das mais diversas espécies, a fim de que pessoas sem rosto, escondidas no anonimato, possam com suas identidades preservadas, seguramente, dizer da autoria de crimes, ou informar sobre pessoas que cometeram ilícitos.

É importante observar que nenhuma denúncia anônima, por si só, pode servir como prova válida no processo, muito menos para fundamentar alguma condenação. Somente depois de verificada a veracidade dos fatos, com provas admitidas, é que será formalizada a acusação para que essas provas sejam submetidas ao contraditório.

Fazem confusão entre o anonimato e sigilo de informação. Este deve ser preservado para que não seja prejudicado o denunciante, muito menos a figura do denunciado. No anonimato, não raras vezes, o denunciante se esconde atrás das acusações apócrifas, para satisfação de seus devaneios; albergado pelo anonimato, pode assistir à derrocada de seu desafeto, pois, muitas vezes, as denúncias são infundadas, e motivadas por sentimentos vis; e, por ser detentora de muita fragilidade, a denúncia acarreta prejuízos ao denunciado e ao Poder Público, que poderiam, por vezes, ser de reparação difícil.

No caso do sigilo da informação, tomam-se as cautelas necessárias, para preservar as partes, de maneira que a investigação possa ser realizada de forma a não desprezar a igual possibilidade de se tratar de acusação inverídica e da tentativa de manipulação do aparelho administrativo. A vedação do anonimato, objetiva posteriormente responsabilizar aqueles que de forma excessivamente exercem a liberdade de expressão e o direito/dever de participar através do mecanismo da denúncia. Se manifesta Silva (2003, p.244):

A liberdade de manifestação do pensamento tem seu ônus, tal como de o manifestante identificar-se, assumir claramente a autoria do produto do pensamento manifestado, para, em sendo o caso, responder por eventuais danos a terceiros. Daí por que a Constituição veda o anonimato. A manifestação do pensamento, não raro, atinge situações jurídicas de outras pessoas a que acorre o direito, também fundamental individual, de resposta. [...].

Nada impede que o Poder Público, provocado por denúncia anônima, adote medidas informais destinadas a apurar, preliminarmente, por meio de averiguação prudente, discreta e sumária, o suposto fato quando em condição de ilicitude, com o objetivo de viabilizar a ulterior instauração de procedimento administrativo, que busque a autoria e a materialidade dos fatos reputados ilegais e abusivos.

Adverta-se que à denúncia anônima não pode ter caráter oficial, portanto, não é qualificada como atos de natureza processual, excluindo do Estado a obrigação de, baseado unicamente em instrumento de denúncia anônima, desencadear um procedimento administrativo, visando apurar seu teor.

À Administração Pública exige-se e aplica-se o Princípio da Legalidade em sentido estrito. Quer dizer que, quando o superior hierárquico se encontra diante de uma conduta ilegal praticada por um funcionário subordinado, pode e deve aplicar sanções nos estritos termos da lei, não podendo os agentes públicos agir com favoritismo ou perseguição. Devem agir sob o princípio da impessoalidade, estritamente vinculados à lei. Por essa razão, é possível que o processo administrativo seja instaurado de ofício.

Assim a Administração Pública não pode nem deve agir por interesses próprios, muito menos para favorecer quem quer que seja, mas agir em estrita obediência e observância da lei, e buscar em todas as circunstâncias o interesse público. Dessa forma, deve, sempre que tomar conhecimento de conduta ilegal causada por funcionários, necessariamente apurar, respeitando o devido processo legal, e aplicar a pena pertinente. Para isso, é não só recomendável mas absolutamente necessário que as pessoas denunciem.

5. Dever de Denunciar

O indivíduo é qualificado pela cidadania, condição que o capacita a interagir na estrutura política do Estado, e o faz quando participa direta ou indiretamente do seu destino. Essa participação ocorre de inúmeras formas, podendo ser pelo do voto, propondo a edição de leis previsto no art. 61 da Constituição Federal de 1988, ajuizando ações para a defesa do patrimônio público, de acordo com o artigo 5º LXXIII da CF/88, ou ainda provocando a atuação das entidades estatais, como dispõe o artigo 71, § 4º também da CF/88; fiscalizando

compras públicas de acordo com a Lei 8.666/93, artigo 15, § 6º dentre tantas outras formas.

Com raízes históricas, a expressão cidadania tem grande influência do sistema político helênico. Atenas deixou grande contributo sobre o assunto. A exemplo disso, pode-se mencionar a experiência na qual todas as decisões importantes eram tomadas em assembleia. Nem todos podem participar, no entanto, uma vez que apenas alguns membros da sociedade eram considerados cidadãos atenienses. Aos escravos, metecos, às mulheres não era dado o direito de interagir, opinar, muito menos interferir nas decisões políticas. O *Corpus Juris Civilis* foi uma das primeiras normas a tratar da cidadania. Diferentemente, o Direito Civil romano não era precisamente um ramo do Direito privado, mas dizia respeito ao direito do cidadão romano, considerado assim como direito de cidadania.

Para Herkenhof (2002, p.35), a história da cidadania, é, de certa maneira, a própria história dos direitos humanos e a história das lutas para a afirmação de valores éticos, como a igualdade, a liberdade, a dignidade de todos os seres sem exceção, a proteção legal dos direitos, a sacralidade do trabalho e do trabalhador, a democracia e a justiça.

O governo democrático, em oposição aos regimes ditatoriais, existe para acatar a vontade do povo, é feito para o povo; porém os cidadãos que fazem parte dele se obrigam e devem atender e seguir as normas e deveres aos quais estão submetidos, sendo regradados assim por deveres fundamentais ao funcionamento do Estado Democrático de Direito.

O ser cidadão consiste também na vigilância constante e apoio do povo, mas esse deve ser atuante na procura incessante do cumprimento dos ideais democráticos. Comparecer obrigatoriamente às urnas não é o suficiente para o exercício do dever de votar. O voto não é o simples apertar o botão verde na urna, mas a efetiva escolha de representante, dentre os candidatos registrados. Um povo que não possui ideal para votar nada fará quando não estiver satisfeito com os seus líderes, apenas aguardará a próxima eleição, inconformado, mas estático, para novamente tentar a sorte. Essa é a visão de (SILVA. 2003, p. 357),

Participar da vida política, seja pelo voto, direito de petição, denúncia etc., no exercício de seus direitos de modo consciente e também responsável, além de consistir na responsabilidade social de todos os indivíduos, representa um dever fundamental de cidadania.

6. Ação Popular

A ação popular nada mais é do que um dos instrumentos de defesa das condutas arbitrárias. Constitui dever fundamental, pois se encontra posto nos requisitos da democracia, supõe o dever dos indivíduos de zelarem pela legalidade dos atos da Administração Pública.

É tida como um dos instrumentos de participação política do cidadão na execução das atividades da gestão pública. Apesar de ter a ação popular natureza jurídica, é considerada uma forma de participação política do cidadão. Assim, é por intermédio da ação popular que se exerce a atividade de responsabilização dos gestores da coisa pública, considerando que a fiscalização (bem como o controle da Administração Pública) está inserida no âmbito do poder político.

O cidadão no regime democrático é detentor do dever fundamental de vigilância, e isto é alcançado por meio da ação popular, da qual é detentor de legitimidade ativa para propô-la. É tida a ação popular como um instrumento de garantia constitucional posta à disposição do cidadão para anular ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ou seja, para proteger o direito fundamental a um governo sério, honesto, eficaz e que resguarda os valores pelos quais a sociedade reputa importante e pelos quais ela vier a se interessar.

7. Dever de Apurar

Toda denúncia deve ser investigada, mesmo sem grande fundamentação, ressalvadas as cautelas devidas para a investigação preliminar e sem considerar a denúncia sem rosto como peça processual. Deve ao final dessa sumária investigação ter indícios de veracidade. Sendo os fatos objeto da denúncia apurados e, se constatados como verídicos, devem ser severamente punidos. Importante é assegurar as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa aos envolvidos.

A autoridade pública não pode se abster de investigar qualquer possível pista, logicamente excetuando aquelas claramente inverídicas, mesmo quando feita por meio de correspondência anônima ou identificada por codinome ou pseudônimo.

Como um Estado Democrático de Direito, o Brasil preserva a igualdade entre seus cidadãos e assevera que um dos seus termos é a necessidade do res-

guardo do contraditório e da ampla defesa aos litigantes em processos judiciais e administrativos.

No Brasil existem vários instrumentos adotados pela Administração Pública para apurar as denúncias, de forma a manter a cautela e verificar a verossimilhança, assim como punir com sanções administrativas os envolvidos e culpados. São eles a sindicância e o processo administrativo disciplinar.

É de responsabilidade do Poder Público investigar ilícitos, bem como aplicar as sanções previstas na lei especial. Essas sanções têm vários graus, dependendo da gravidade do ilícito.

É dever de toda a sociedade, resguardar o patrimônio público, com a tomada das providências que pretendam unicamente defender o interesse da Administração Pública. Isto inclui o cidadão comum, a quem é assegurado o direito de promover representação perante o Ministério Público para que seja instaurada investigação da prática de ato de improbidade. Esse dever é a garantia do exercício da cidadania na fiscalização da coisa pública.

Tem o Poder Público, nas suas mais diversas esferas, mediado por seus agentes, o poder-dever de agir com diligência e zelo, no uso da prerrogativa de ajuizar, por iniciativa própria, da oportunidade e dos meios adequados em proteção à ordem jurídica e ao patrimônio público, sob pena de culpa ou omissão, podendo, inclusive, no caso de omissão, responder por crime de prevaricação, capitulado no art. 319 do Código Penal Brasileiro, e também em ato de improbidade administrativa, cuja conduta está descrita pelo art. 11, I e II, da Lei 1.079 de 10 de abril de 1950. Ao passo que os atos de improbidade administrativa são objeto de ações ajuizadas diretamente pela Procuradoria dos entes públicos, os documentos que mostrem indícios de crimes de responsabilidade, bem como aqueles previstos na Lei 8.666, de 21 junho de 1993, Lei de Licitação, devem ser encaminhados ao representante do Ministério Público, para que, no exercício de suas competências, formule denúncia pelos delitos mencionados.

O contribuinte, cidadão e toda a sociedade aguardam, que o espírito de impunidade seja vencido pela prática da honestidade, que o vazio do discurso em favor da moralidade deixe de ser apenas discurso e se concretize nas ações probas dos agentes, servidores e funcionários públicos.

8. Efeitos da Denúncia

Não raro ocorrerem imprudências e imperícias quando do ato denúncia. Até porque muitas vezes o ato da denúncia se torna um momento de especulação e de espetáculo sobre o fato noticiado, em alguns chegando a aflorar um sentimento impulsivo irracional dos invejosos e vingadores. Revela-se o instante da denúncia, não raro, num momento de histeria, surgindo alguns incrédulos de alerta para imprimir dúvida, razão, serenidade e ânimo para expressar a verdade.

Muitas vezes no afã de trazer a lume situações de ilegalidade, abusos na Administração Pública, buscando com isso o primado da legalidade, dignidade humana, interesse público e outros postulados, se comete atos impensados levados pelo entusiasmo pueril, tendo não raro o apoio da imprensa falada, escrita e televisionada, que externa uma mistura de espetáculo, sensacionalismo e ao mesmo tempo espalha terror. Essa atitude é deveras perigosa, porque pode instigar pessoas a idealizarem juízos levianos, quando deveria proporcionar uma análise e reflexão perante situação de tanta gravidade.

Não são poucos os que tiram proveito da liberdade democrática para servir a interesses escusos, ocultos, não raro utilizando-se do conhecimento de que são detentores para manipular pessoas, situações e informações, objetivando criar indivíduos que tenham apenas a capacidade de repetir opiniões, desprovidos de senso crítico, privados de sabedoria e de conhecimento.

8.1. Denúncia Procedente

Em outras situações, a denúncia pode ter um sentido de dever cumprido, de exercício pleno da cidadania, de colaboração para o aprimoramento dos serviços públicos para si, bem como para a sociedade como um todo. Ela serve como instrumento de defesa do papel da Administração Pública na busca do bem comum, assim como de controle dos recursos públicos.

Esse sentimento se agiganta quando a denúncia tem fundamento em provas que respaldam a verdade, decorrendo na punição exemplar dos culpados. Necessitamos defender valores nobres como honradez, honestidade, decência, correção, tão raros na sociedade hodierna. Há hoje uma inversão de valores muito grande e cresce a legião de defensores camuflados da corrupção, malversação do erário.

O resultado da denúncia precedente acarreta consequentemente o fortalecimento de uma cidadania que passa a acreditar nas instituições como instrumento de frenagem aos abusos cometidos por seus agentes, tornando-a mais cética de que a constituição de uma sociedade justa, livre e solidária é possível, se todos imbuídos desse espírito, colaboram para sua edificação.

Quando da procedência da denúncia administrativa, temos uma situação interessante, pois são vários os desdobramentos. No Brasil, a seara administrativa não se esgota nela mesma, uma vez que seu resultado não é alcançado pelo trânsito em julgado. O denunciado, ao ser condenado e advier a sanção disciplinar, dela pode recorrer administrativamente da decisão, na modalidade de pedido de reconsideração e de recurso hierárquico. Insatisfeito com esse resultado poderá recorrer ao Poder Judiciário que analisará a situação, não adentrando no mérito.

8.2. Denúncia improcedente

A denúncia pode ter efeito devastador em inúmeros aspectos: psicológico, social, moral, político. O alvo ou vítima da denúncia, caso seja inocente, tem uma possibilidade enorme de jamais se ver livre da mágoa, do sofrimento, e, em algumas situações, desenvolve fobias, passando a desconfiar de tudo e de todos. O envolvimento de pessoas em denúncias de resultado improcedente pode destruir propositadamente sólidos vínculos de amizades e companheirismo.

Muitas vezes, de acordo com o seu grau de consciência, de comportamento e posição dentro da sociedade, a vítima se auto condena ao isolamento e, por vezes, por não suportar a vergonha de haver sido exposta a situação inverídica, mas não menos vexatória, pratica suicídio, refugiando-se nesse meio enganoso de reaver a honra.

Países da Europa e da Ásia, onde a moral se afigura mais sólida do que em países latino-americanos, são comuns noticiarem a ocorrência de suicídios de personalidades empresariais e políticos acusados de corrupção. O suicídio, em algumas culturas, é considerado como mecanismo de recobro da dignidade perdida.

A denúncia desencadeia duplo efeito em relação ao denunciante: pois, se por um ângulo é um ato que compromete a confiança entre as pessoas alvo da denúncia, por outro lado, o efeito pode ser reflexo ao denunciante, acarretando

prejuízos psicológicos, como a culpa e o remorso, ou sociais, como o isolamento e a rejeição.

Ao analisarmos os efeitos da denúncia improcedente, com o conseqüente aniquilamento moral a que são expostas as pessoas vítimas de tal expediente, se faz necessário verificar, com acuidade e serenidade, a fim de se possa ter ideia do mal irreparável que uma denúncia irresponsável, fulcrada na falta de caráter de alguns, pode ensejar na vida de um cidadão.

É importante salientar que não foge das responsabilidades civis, passível de reparação dos danos, aquele que, com dolo, praticou atos, no caso, denúncias comprovadamente falsas, com a única finalidade de atribuir a prejuízos terceiros.

9. Proteção no Ato da Denúncia

Nos primeiros textos constitucionais, havia a garantia, principalmente, à imunidade dos peticionantes no tocante à condição de denunciante, entretanto, hoje em dia, essa referida imunidade não está formalmente garantida na maioria dos países.

As petições podem ser dirigidas a qualquer órgão público, autoridade, sem que praticamente existam limitações no que se refere ao seu destinatário em nenhuma parte. Geralmente, as petições são remetidas ao Poder Legislativo, nas suas três esferas, ao *ombudsman*, provedor de justiça ou ouvidorias, onde houver, ou diretamente as Administrações Públicas. Cabe aos órgãos receptores, ou autoridades, o encaminhamento para a apuração da denúncia, com as reservas cautelares necessárias.

No âmbito penal, a legislação é vasta no sentido de proteger vítimas e testemunhas, existindo inclusive programas que conferem sustentação a essa prática. Sobre a denúncia administrativa, no entanto, essa não tem uma sustentação legal no nosso ordenamento, mas é incentivada por muitos, como forma de concretização do princípio da participação popular do cidadão no controle da Administração Pública, buscando a transparência na condução da gestão, dentre outros objetivos

O exercício da participação popular de forma plena tem suas bases fincadas inicialmente no direito de informação, uma vez que a todos é assegurado esse direito, bem como há o dever de informar da Administração Pública, assim manter o seu acesso de forma racional e ordenada a todos. As garantias asse-

guradas no ato da denúncia são as mesmas dadas ao cidadão em geral e são fulcradas em valores morais e éticos.

A legislação brasileira prevê medidas de proteção a pessoas que denunciam crimes com a diminuição de pena ou redução da sanção, quando for o caso, entretanto é silente nas demais situações, ficando abrangida a proteção no tocante a incolumidade física, direito de ser ouvida, de protocolizar petição nos órgãos competentes.

É necessária a criação de mecanismos suficientes a dar proteção aos denunciantes, tanto no ato da denúncia quanto no decorrer do processo e após este ser concluído. Esses mecanismos devem ser bastantes para coibir possíveis perseguições, mas também devem ser suficientes para assegurar o direito/dever que cada um tem de exercer em sua plenitude a cidadania.

Conclusão

Este estudo teve a pretensão de abordar a Participação Popular e o Instituto da Denúncia como mecanismo de Controle da Administração Pública. Foi elaborado de forma sucinta, porque o instrumento da denúncia na seara administrativa ainda não é exercido amplamente e isso decorre da pouca prática da participação popular.

A democracia representativa vive momentos sucessivos de crise, em virtude do comportamento de seus agentes não identificados com o senso de respeito à legalidade e com os demais princípios constitucionais. Concomitantemente a isto, presenciamos a expansão da corrupção que solapa aspectos da moral social necessária para o fortalecimento das instituições e da própria democracia. Consorciada a tudo isso, a cultura da impunidade prolifera e se expande a passos largos.

Apesar de a participação popular ter grande relevância no exercício efetivo da cidadania, esse mecanismo enfrenta grande resistência, porquanto apatia, abulia e acracia, se manifestam de forma a imobilizar a atuação da ação cidadã, uma vez que se instaura o descrédito advindo da falta de respostas eficazes aos reclamos da sociedade, mas também é obstaculizada pela falta de informações e pelo nível educacional do povo, além do excesso de formalismo dos procedimentos administrativos em geral.

No Brasil, a discussão em torno do princípio da participação administrativa é ainda muito tímida, até porque não há nenhuma previsão na Constituição Federal; somente no artigo no art. 37, §3º do capítulo que se refere à Administração Pública, é feita uma referência à participação, de maneira tênue.

O Estado Democrático de Direito não se limita mais a simples frase de efeito, mas traduz a necessidade de mudança positiva no pensamento jurídico bem como nas instituições.

Para o efetivo exercício da participação popular, o cidadão tem ao seu dispor vários instrumentos, bem como mecanismos de controle e interferência na Administração Pública: o orçamento participativo, o plebiscito e o referendo; a consulta pública, a iniciativa popular, audiência pública etc.

A abordagem a que nos propomos diz respeito exclusivamente à denúncia pública como instrumento utilizado na formalização das insatisfações e das indignações sofridas pela sociedade, diante da conduta dos funcionários, servidores e agentes públicos.

A denúncia aqui analisada diz respeito àquelas relacionadas com o mau funcionamento dos serviços públicos, responsabilidade do agente público, na gestão da coisa pública etc., e relaciona-se com a materialização do direito de petição junto a Administração Pública. É expressão de cidadania ativa num Estado Democrático de Direito.

No Brasil é vedado o anonimato, previsto no Texto Constitucional, no seu art. 5º, inciso IV, mas corrente significativa de juristas admite essa prática naturalmente.

No Direito Administrativo, encontramos poder hierárquico, que confere à autoridade atribuições para ordenar, controlar e corrigir. Esse é o poder de que o agente público dispõe para controlar os atos que o circundam, bem como o poder de corrigir as irregularidades identificadas.

Não é faculdade, mas um poder-dever, que a autoridade tem e é obrigada a exercitar. No âmbito privado, o administrador tem a faculdade de transigir sobre a conduta irregular de seus comandados, mas na Administração Pública, essa liberalidade inexistente, porquanto intimamente vinculada à supremacia do interesse público; e disso não pode dispor. A não observância da obrigação de promover a apuração de irregularidades induz a autoridade em improbidade administrativa.

Apesar de existirem vários dispositivos legais respaldando a denúncia, eles não cobrem a denúncia pública, ou denúncia administrativa, uma vez que ape-

nas dão suporte à delação ou denúncia premiada no âmbito penal e a denúncia espontânea na esfera tributária.

Defendemos aqui a adequação da legislação, bem como a criação de mecanismos de regulação deste instrumento para que possa ser eficaz o bastante para a proteção dos denunciantes, quando o caso requeira. Somos pela manutenção das cautelas necessárias à apuração de fatos que chegam ao conhecimento dos órgãos responsáveis pelo controle, como também que seja dada a devida proteção aos que possam ser atingidos pelo ato do denunciante.

Assim, a participação popular deve ser estimulada como instrumento de cidadania, em nome da coletividade, uma vez que ninguém pode mais atuar na sociedade, visando apenas a defender interesses pessoais.

Referências

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Brasília: Senado, 2104

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Brasília: Senado, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil: 1988**. Brasília: Senado, 2014

BRASIL. **Emenda Constitucional 19/1998**. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências.

BRASIL. **Lei 1.079/50**. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento.

BRASIL. **Lei 10.257/01**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.

BRASIL. **Lei 7.492/86**. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências.

BRASIL. **Lei 8.072/90**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.

BRASIL. **Lei 8.666/93**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

BRASIL. **Lei 9.080/95**. Acrescenta dispositivos às Leis nºs 7.492, de 16 de junho de 1986, e 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

BRASIL. **Lei 9.269/96**. Dá nova redação ao § 4º do art. 159 do Código Penal.

BRASIL. **Lei 9.613/98**. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências.

BRASIL. **Lei 9.784/99**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

BRASIL. **Lei Complementar 101/2000**. Lei de Responsabilidade Fiscal.

ESCOBAR, Carlos Ossa. **La Recuperacion de la confianza pública**. Informe del Controlador General al Congreso u al Presidente de la República. Contraloría General de la República, Colômbia, 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Curso de Derecho Administrativo**. Madrid: Civitas Ediciones, 2004. v. II.

HERKENHOF, João Baptista. **Ética, Educação e Cidadania**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2002.

KANT, Immanuel. **A Paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Editora 70, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política (legislativa, administrativa e judicial)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ONU. Declaração dos Direitos do Homem, 1789.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração Pública**. Coimbra: Almedina, 2007.

Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004. Título Original: Rechtsphilosophie.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**, Coimbra: Almedina, 2003.

Inclusão Social por meio da Economia Criativa: Um Modelo de Negócio Sustentável

Nathalie de Paula Carvalho

Introdução

O processo econômico, ladeado por uma tecnologia indomável, trilha uma trajetória que não se sabe onde nem como findará. Antes de teorizar acerca dessa afirmação, é necessário um mínimo desvio, que visualize o porquê dos analistas dos dias presentes ter compreendido o efeito dessa sentença inicial. De uma maneira ou de outra, qualquer indivíduo se insere num processo econômico quando compra, vende, troca, empresta, aluga, doa, recebe, enfim, quando realiza qualquer ato negocial.

A propósito disso, os processos econômicos do mundo contemporâneo não se restringem a limites territoriais e, portanto, qualquer indivíduo de hoje é um ator econômico integrado à economia de todo o planeta. Assim, a repercussão de uma prática, por mais simples que pareça, já não se exaure num encadeamento de eventos simples.

A realidade contemporânea implica no reconhecimento de que a revolução tecnológica (RIFKIN, 2012) é a orientadora das mais diversas searas: humanas, econômicas, sociais, estruturais, etc. Fala-se em organizações, incluindo as criminosas, são consideradas globais e informacionais. É a tecnologia da informação que se apresenta como a mola propulsora da sociedade informacional.

Trata-se de um sistema de comunicação que é trazido em uma língua universal digital, moldurando a vida ou sendo por ela moldada por meio, por exemplo, de redes interativas de computadores:

“neste contexto há uma abundância de bens culturais e intelectuais e diante disto a velha economia agoniza, baseada que é na defesa irracional da indústria cultural, em detrimento da cultura e dos verdadeiros produtores da cultura, os autores intelectuais”. (ROVER, 2006, p.36).

Essas mudanças confusas e descontroladas levam as pessoas a se reagruparem em torno de identidades primárias, ou seja, as religiosas, as étnicas, as territoriais ou simplesmente nacionais. A riqueza, o poder e a imagem, nesse contexto, estão materializados em um mundo de fluxos na busca de uma identidade coletiva ou individual com uma fonte de significação pessoal.

1. Uma Sociedade Informacional

Com o paradigma da integração promovida pela globalização assentado, a economia compreendeu que a participação de um ator econômico, por menor monta que tivesse, representaria uma propulsão geral das riquezas circulantes ou, em termos vulgares, o bolo econômico cresceria à medida que todos os nichos negociais se aglutinassem. E então, como num holograma, um ponto isolado passou a não representar quase nada, mas a união das suas extremidades é condição essencial à formação do todo. (MATTELART, 2002).

A partir da adoção espontânea das práticas *neoliberais* ou com a imposição delas, por intermédio das economias centrais do capitalismo, todas as estruturas econômicas do mundo se imbricaram de uma tal forma, a não existir mais empresas de um país apenas ou bolsas de valores de uma comunidade econômica restrita e, enfim, cidadãos que não sofram o influxo da macroeconomia mundial em seu cotidiano. A economia atual, ladeada pela tecnologia indomável, globalizando determinados comportamentos, estandartizando soluções econômicas e imprimindo até mesmo conceitos culturais, teria iniciado algo irreversível.

A par do contexto que há pouco se introduziu, é necessário frisar que o sistema capitalista, por quaisquer das formas que já assumiu ao longo da história, foi e é marcado por duelos, que tanto podem ser examinados isoladamente, quanto podem ser analisados uns a partir dos outros, transparecendo, assim, seu caráter de nascedouro infinito de contradições e, ao mesmo tempo, de solucionador incansável dessas mesmas contradições.

De logo, o conflito que mais interessa a esta análise é entre o capitalismo e a democracia. Isto é, o quanto a livre atuação econômica invade a seara política, tanto dos representantes eleitos como, de resto, de todos os cidadãos. Deve-se supor quanto o capitalismo, propositalmente, cadencia a educação e a participação política de todos os cidadãos.

Os indivíduos são responsáveis pela tomada de decisões estratégicas em redes de intercâmbios instrumentais responsáveis pela conexão ou desconexão de pessoas, grupos ou países. É uma sociedade estruturada entre a rede e o ser (CASTELLS, 2007), materializada por vezes em uma “esquizofrenia” estrutural.

A ausência de comunicação promove uma alienação entre os grupos sociais e indivíduos, na medida em que o “outro” seria considerado uma ameaça. Trata-se da “geração *internet*”. (TAPSCOTT, 2010). Com isso, a fragmentação social se propaga por meio de uma racionalidade, uma ação social significativa e uma política transformadora, tudo orientado pela tecnologia, o atual contexto social:

Este novo conceito de informação gerador de conhecimento não surgiu por acaso. É fruto de uma nova sociedade, tecnologicamente complexa e cuja velocidade no trânsito de dados e, por conseguinte, as necessidades urgentes do novo superam a cada minuto décadas inteiras outrora experimentadas pela humanidade. Esta nova sociedade que conduziu a um novo conceito de informação também fez surgir novas formas de controle, armazenamento e distribuição desta informação. A informação é uma palavra que enseja uma complexidade que a torna de difícil definição no contexto da Revolução da tecnologia da informação. Isto porque, para fazer uso da informação, faz-se necessário que ela exista que seja conhecida e que se encontre disponível. (WACHOWICZ, 2006, p.40).

Vale mencionar, entretanto, que a tecnologia não determina a sociedade, haja vista que uma somatória de fatores como a criatividade, a iniciativa empreendedora, a descoberta científica e a inovação tecnológica devem ser levadas em consideração nesta complexa análise.

A interação com o mundo, neste formato, representa um novo estilo de produção, comunicação, gerenciamento e vida social. (GUARREIRO, 2006). A formação de redes é o resultado imediato desta interação. Pela lente econômica, pode-se afirmar que as inovações tecnológicas são objeto de apropriação pelos países, na medida em que considera a tecnologia, a sociedade e as transformações históricas como orientadores deste processo, realidade vela pela intervenção estatal, uma fundamental força nesse âmbito (*v.g.* China, Japão e a extinta URSS).

Importante salientar a diferença entre os modos de desenvolvimento – o industrialismo e o informacionalismo – e os modos de produção – capitalismo e socialismo (ou estatismo). O chamado pós-industrialismo é o palco da tec-

nologia da informação. Poderia ser considerada uma reestruturação do sistema capitalista? Análises mais direcionadas para a era da informação apontam para uma resposta afirmativa.

Surge uma nova ordem estrutural social, ordenada pelo modo de desenvolvimento do informacionalismo. As relações sociais – produção (relações entre as classes), experiência (históricas, familiares) e poder (institucionalização da representatividade estatal) – ganham robustez no que se relaciona com a complexa rede de comunicações que conecta o mundo.

Formam-se as culturas e as identidades coletivas, por meio de uma comunicação por vezes simbólica entre os seres humanos, promovendo o relacionamento destes com a natureza e, principalmente, com o fator tecnologia. Alia-se o conhecimento à informação. Tem-se um princípio de desempenho estruturante, calcado no industrialismo – crescimento da economia e maximização da produção – e o informacionalismo – desenvolvimento tecnológico, acumulação de conhecimentos, níveis de complexidade do processamento da informação. Seria uma “*perestrojka* capitalista” para Manuel Castells (2007).

Não se deve olvidar o palco em que desfila a sociedade da informação: uma economia de mercado. O neoliberalismo consiste em um conjunto de ideias políticas e econômicas capitalistas que defende a mínima participação estatal nos rumos da economia de um país: “para manter os lucros, o capital precisa estar constantemente explorando novos mercados”. (HELD, MCGREW, 2001, p.16).

Prega-se a minimização do Estado, tornando-o mais eficiente pela abertura da economia para o capital internacional e a sua desburocratização. Contraria-se a tributação excessiva, a favor do aumento da produção, como objetivo básico de atingir o desenvolvimento econômico.

Os críticos mais atentos ao sistema afirmam que a economia neoliberal só beneficia as grandes potências econômicas e as empresas multinacionais. Os países pobres ou em processo de desenvolvimento sofrem com os resultados de uma política neoliberal, marcados por consequências devastadoras dessa ideologia: desemprego, baixos salários, aumento das diferenças sociais, monopólios, dependência do capital internacional, afastando-se de possíveis soluções para esses problemas, *v.g.* uma melhor distribuição de renda para diminuir a pobreza, melhorias na educação, a responsabilidade do capital e do trabalho, diretrizes para o bem-estar social, *etc.*

Ao seguir a orientação neoliberal, a globalização pode ser concebida como um fenômeno que possui tanto um lado positivo (desenvolvimento geral das

populações) como negativo (males sociais, políticos, econômicos, exclusão social)¹. Enquanto as distâncias físicas e virtuais encolhem, aumenta-se a velocidade da interação social, de modo que os acontecimentos mundiais possuem uma reverberação quase imediata a nível global. Fabio Wanderley Reis destaca os malefícios, ao apontar que:

Essa estrutura [globalizada] revela mesmo traços que podem ser descritos como próprios de uma sociedade de castas, em que se superpõem mundos sociais radicalmente distintos, separados por profundo fosso quanto a condições de vida e unidos somente por formas de intercâmbio antes precárias e restritas a determinadas esferas de atividade. A dinâmica tecnológica e econômica que se afirma como parte das tendências novas da globalização não autorizam qualquer otimismo no que se refere à sua eventual contribuição para melhorar esse quadro de desigualdade. Ao contrário, o que temos com ela, mesmo nos países economicamente mais avançados, são o aumento da desigualdade social, níveis inéditos de desemprego, a ‘nova pobreza’, o aumento da violência urbana. (REIS, 1997, p.49).

A globalização é um processo não pede licença. Nem precisaria. Por conta disso, será mais dispendioso para alguns, mas, com o tempo, as vantagens surgirão para a maioria. Lembra também que se trata de um dado da realidade, de modo a exigir uma visão estratégica que preveja os custos e benefícios dos seus resultados.

Pela ótica da Psicanálise social (BARGLOW, 2013), a tecnologia está ajudando a desfazer uma visão de mundo por ela desprovida no passado, por conta desta nova conectividade promovida em uma identidade partilhada, reconstruída. Quando a rede desliga o ser – individual ou coletivo – é erguido um significado sem a identificação instrumental global. Nesse contexto, a desconexão promove a exclusão social.

A necessidade da dinâmica do capitalismo de formar uma “aldeia global”² que permita maiores mercados para os países centrais impulsiona a globalização, no que diz respeito à forma como ocorre uma maior interação e aproximação

1 Cf. SILVA JÚNIOR, Ary Ramos. Globalização, Estado Nacional e Democracia: as transformações do capitalismo e seus impactos econômicos, sociais, políticos e espaciais. *Economia & Pesquisa*. Araçatuba, n. 6, mar. 2004, p. 25.

2 Cf. IANNI, Otávio. *Era do globalismo*. Rio de Janeiro: Civ. Brasileira, 1996, p. 50.

entre as nações, interligando o mundo e, para isso, levam-se em consideração os aspectos econômicos, sociais, culturais e políticos³.

Trata-se de uma realidade em que é possível a realização de transações financeiras, a expansão de negócios até então restritos a pequenos mercados de atuação para outros mais distantes e emergentes, sem necessariamente um investimento alto de capital financeiro, proporcionado pela eficiente comunicação do mundo globalizado.

George Ritzer (2007, p.01-33) define a globalização como a difusão das práticas capitalistas, expansão de relações através de continentes, organização da vida social em uma escala global e crescimento de uma consciência mundial compartilhada, a que chama “sociedade civil global”. Em outras palavras, a globalização é um fenômeno que se apresenta como um processo de internacionalização das práticas capitalistas, uma interligação de mercados nacionais e internacionais com a diminuição das barreiras alfandegárias e liberdade expressiva para o fluxo de capital no mundo.

Não há uma dissociação radical entre o “global” – representado pelas multinacionais, pelo terrorismo internacional, pela indústria do entretenimento, pela rede mundial de computadores – e o “local” – marcado pela noção de cidade, de etnicidade, de fontes tradicionais de identidade. Para corroborar seu raciocínio, enfatiza que a globalização pode ser apontada como uma das razões do ressurgimento de identidades culturais locais em várias partes do mundo.

O movimento de internacionalização do capital é excludente, por natureza. Está em curso um nítido movimento tendente à conexão dos países desenvolvidos e em desenvolvimento, haja vista que o discurso ideológico da globalização, o qual procura mostrar que a abertura econômica é uma das possíveis soluções para a crise econômica - atualmente em grande evidência - vem conseguindo cumprir seus objetivos, acentuando cada vez mais as ligações sócio-econômicas.

3 Cf. HÖFFE, Otfried. Visão republicana mundial: democracia na era da globalização. *Revista Trimestral de Filosofia da PUCRS (Veritas)*. Porto Alegre, v. 47, n. 04, dez., 2002, p. 555.

2. A Promoção da Inclusão Social por Meio da Economia Criativa: Uma Possibilidade⁴

A economia criativa surge no cenário econômico hodierno como um instrumento a favor do desenvolvimento econômico com um ingrediente diferenciado, haja vista que utiliza como principal insumo a criatividade e o talento, individual ou coletivo. (BENHAMOU, 2007). Foge dos interesses meramente especulativos comuns às atividades econômicas tradicionais, pois também integra socialmente. Deste modo, trata-se de uma meta de adequação aos anseios sociais já tão olvidados pelo Poder Público. É uma oportunidade.

Assim, as origens econômicas, castigadas pelos solavancos da história com inúmeras crises e superações, abre as portas para uma nova forma de enxergar a economia e fornecer um aparato técnico e instrumental para o implemento desta forma de exploração características tão peculiares aos seres humanos: a capacidade de criar. Afinal, “o conhecimento histórico assenta-se sobre um sujeito que também é histórico, pois o homem leva consigo a História que investiga”. (ARON, 1938, p. 49).

Ao lado disso, as mudanças de orientações pautadas pelos clamores relacionados com o Direito Ambiental na busca de um desenvolvimento sustentável, representam o cenário ideal para a proliferação destes empreendimentos de cunho inovador. A ala empresarial acompanha esta tendência e busca retirar destas práticas o que lhes convêm. Natural que assim seja, haja vista que o oportunismo caminha lado-a-lado com a busca por diferentes e eficientes alocações de esforços que resultem em recursos, de preferência em formato de lucro. A tentativa é aliar estas duas orientações. (REBOUÇAS, 2013).

Trata-se da “culturalização dos negócios”, ou seja, um modo de inovar produtos e serviços, ampliar o mercado consumidor e fidelizar bandeiras através da incorporação de elementos culturais e criativos ao negócio. (TOLILA, 2007). Desta forma, a Economia Criativa tem sido considerada uma promissora estratégia de desenvolvimento para o século XXI.

Existem várias manifestações da economia criativa no Brasil. A título de exemplo, citam-se: as “rendeiras da ilha”, em Florianópolis-SC; as “rendeiras

4 Cf. MINISTÉRIO DA CULTURA. *Plano da secretaria da Economia Criativa: políticas, diretrizes e ações*, 2011 – 2014. Brasília, Ministério da Cultura, 2011.

da Prainha”, situadas no município de Aquiraz-CE; os catadores de búzios, sururu (*Mytella charruana*), caranguejos (*Nanoplax xanthiformis*), siris (*Callinectes sapidus*), dentre outros mariscos, situados em alguns municípios do Nordeste brasileiro (v.g. Maranguape e Acaraú, ambos no Ceará); os “ecofogões” movidos a energia solar. O que estas atividades têm em comum é o fato de que geram renda, empregos, representam muitas vezes a subsistência das pessoas que dele dependem e, ainda assim, por não serem regulamentadas, permanecem à margem do setor econômico. É preciso incluí-las e, principalmente, reconhecê-las.

A proposta seria empresariá-las, ou seja, fornecer um formato empresarial adequado para a realidade, com o competente registro para finalidades oficiais (v.g. Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), implantada pela lei 12.441/11, micro-empresa (ME); empresa de pequeno porte (EPP), sociedade em nome coletivo (NC), sociedade limitada (LTDA), cooperativas etc.); formalizar as relações de emprego existentes, com todos os direitos trabalhistas legalmente reconhecidos; possibilidade de aposentadorias; orientações gerais do SEBRAE no que se relaciona com o empreendedorismo, assessoria dos órgãos de proteção ao consumidor; proporcionar o acesso a créditos para incrementar a atividade; fornecimento de Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) para fins fiscais.

O que há de comum entre estas atividades? São precipuamente econômicas; preservam diversas culturas tradicionais (um direito fundamental); utilizam técnicas de produção baseadas no trabalho manual, artístico, criativo e enaltecem os talentos inerentes a cada um dos indivíduos que laboram. São formas de economia, portanto, acrescentando-se o adjetivo “criativa”.

São propostas as seguintes orientações para a economia criativa: (i) a importância da diversidade cultural do país; (ii) a percepção da sustentabilidade como fator de desenvolvimento local e regional; (iii) a inovação como vetor de desenvolvimento da cultura e das expressões de vanguarda e (iv) a inclusão produtiva com base em uma economia cooperativa e solidária.

A ideia inicial é unir os processos de a criação, planejamento, produção, distribuição e divulgação de produtos e serviços tendo como base de origem o capital intelectual, a criatividade, nível de conhecimento e recursos materiais disponibilizados, além de modelos de gestão e de negócios. Além disso, firma-se o entendimento de que a vida social não se pode reduzir a um complexo de ações submetidas somente a leis econômicas ou sociológicas, sendo também

uma expressão de uma cultura historicamente preservada e desenvolvida, como uma manifestação própria de cada lugar do mundo.

Conclusão

O ser na sociedade informacional possui uma identidade, que se manifesta em instrumentalidades e comunicação via comunidades virtuais. Assim, o atributo mencionado apresenta o indivíduo como um ator social e constrói seu significado por um atributo cultural, referências calcadas em estruturas sociais. Todo esse processo de (re)construção recebe o incremento indispensável da globalização.

Constata-se que todos os antagonismos de interesses correspondem, na verdade, aos anseios das pessoas em sua condição de investidoras, de consumidoras e, no lado oposto da guerra hermenêutica, os almejos dessas mesmas pessoas, em sua condição de cidadãs. É compreensível que a problematização da democracia é algo muito mais complexo que o simples atendimento do impulso de consumir, já culturalmente condicionado, por isso, tão fácil a irresponsabilidade nos investimentos, na transmissão de informação (*v.g.* lei 12.527/11) e no consumo e tão enleadas as atitudes democráticas mais razoáveis.

Todavia, em algum momento histórico, a cultura precisou recondicionar seus indivíduos a encontrar o equacionamento da questão, sob pena de, qual a esfinge mitológica, a questão devorar a todos. Com todo o exposto, urge que as questões do dia-a-dia, que raramente são conectadas a esses raciocínios macropolíticos e macroeconômicos, pela maioria da população, sejam, finalmente, entendidas, por esse mesmo público.

A globalização traz em si a força de uma nova reordenação das relações mundiais. Nesse contexto, unilateralmente imposto, o discurso democrático não tem um porta-voz que o represente, tornando-se obsoleto, pois a sua proposta de diminuir as desigualdades sociais e econômicas não conseguem se impor, deficiências estas que tornam o ideal democrático inoperante.

Neste cenário, acrescente-se que “o princípio da função social não teve vida fácil. Defrontou a hostilidade do liberalismo e individualismo a que se opunha; mas foi também combatido pelo coletivismo ascendente, para o qual representava uma estratégia para obstar à supressão pura e simples da propriedade”. (ASCENSÃO, 2006, p.89). Os seus próprios discursos, carregados pelas

suas próprias contradições, apresentam-se sem capacidade para entender e justificar as novas manifestações da exclusão social que acontecem mundialmente, impedindo-os de apresentar soluções realmente viáveis.

A mídia, nesse processo, deve ser transformada, também. A responsabilidade e a ética na informação são fundamentais. Como na “sociedade de massas”, a opinião pública tornou-se o editorial do grande jornal, faz-se imprescindível que o grande jornal canalize, honestamente, o anseio cidadão.

Referências

ARON, Raymond. **La Philosophie critique del' histoire**: essai sur une theorie allemande de l' histoire. Paris: Vrin, 1938.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A função social do direito autoral e as limitações legais. In: Direito de propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Org). Curitiba: Juruá, 2006, p. 85-112.

BARGLOW, Raymond. The crisis of the self in the age of information: computers, delphins, and dreams. Disponível em: < <http://catalogo.biblioteca.iscte-iul.pt/cgi-bin/koha/opac-search.pl?q=su:Psican%C3%Allise>>. Acesso em 05 abr. 2013.

BENHAMOU, Françoise. A economia da cultura. São Paulo: Ateliê, 2007.

CASTELLS, Manuel. A era da informação: a sociedade em rede. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

GUARREIRO, Evandro Prestes. **Cidade Digital**: infoinclusão social e tecnologia em rede. São Paulo: Senac, 2006.

HÖFFE, Otfried. Visão republicana mundial: democracia na era da globalização. **Revista Trimestral de Filosofia da PUCRS (Veritas)**. Porto Alegre, v. 47, n. 04, dez., 2002.

IANNI, Otávio. **Era do globalismo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

MATTELART, Armand. **História da sociedade da informação**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002.

MINISTÉRIO DA CULTURA. **Plano da secretaria da Economia Criativa:** políticas, diretrizes e ações, 2011 – 2014. Brasília, Ministério da Cultura, 2011.

PAESANI, Liliana Minardi. **O direito na sociedade da informação.** São Paulo: Atlas, 2007.

REBOUÇAS, Fernando. **Economia criativa.** Disponível em: <<http://www.economiacriativa.com/ec/pt/ec/index.asp>>. Acesso em: 25 nov. 2013.

REIS, Fábio Wanderley. O nacional e o social em tempos globais. In: GERSCHMAN, Sílvia. VIANNA, Maria Lúcia Werneck (Org.). **A miragem da pós-modernidade:** democracia e políticas sociais no contexto da globalização. Rio de Janeiro: Fio Cruz, 1997, p. 43-51.

RIFKIN, Jeremy. **A terceira revolução industrial.** São Paulo: M. Books, 2012.

RITZER, George. Globalization: a new conceptualization. In: **The Globalization of Nothing.** Califórnia: Pine Forge Press. 2007, p.01-33.

ROVER, Aires J. O direito intelectual e seus paradoxos. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Org.). **Direito de propriedade intelectual:** estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2006, p. 33-38.

SILVA JÚNIOR, Ary Ramos. Globalização, Estado Nacional e Democracia: as transformações do capitalismo e seus impactos econômicos, sociais, políticos e espaciais. **Economia & Pesquisa.** Araçatuba, n. 6, mar. 2004, p. 11-25.

TOLILA, Paul. **Cultura e economia.** São Paulo: Iluminuras, 2007.

TAPSCOTT, Don. **A hora da geração digital:** como os jovens que cresceram usando a internet estão mudando tudo, das empresas aos governos. Trad. Marcello Lino. Rio de Janeiro: Agir negócios, 2010.

WACHOWICZ, Marcos. A revolução tecnológica da informação: os valores éticos para uma efetiva tutela jurídica dos bens intelectuais. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Org.). **Direito de propriedade intelectual:** estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2006, p.39-84.

Harmonização e Convergência na Sociedade Contemporânea: Entre os Direitos Internos e o Direito Internacional

Jonathan Barros Vita

Introdução

A complexidade e variedade de sistemas jurídicos devem ser estudadas, mas mecanismos teóricos devem ser criados para impulsionar um realinhamento destes problemas, que passam das assimetrias e às distintas formas de implementação dos sistemas jurídicos na sociedade moderna.

Esta variedade é um dos grandes problemas da sociedade contemporânea, e pode ser eliminado em grande medida através de mecanismos como a harmonização.

A partir desta importância nítida do tema, cabe elucidar que a proposta deste trabalho é (re)contextualizar e (re)definir o termo harmonização concluindo com sua (re)classificação é o objetivo deste artigo, utilizando-se de um sistema de referência distinto daquele utilizado pela doutrina tradicional.

O sistema de referência adotado¹, no caso, um baseado em um tripé composto por: *Law and Economics* de Posner² e ³, Teorias da Linguagem (especialmente utilizando-se de técnicas da Semiótica), representadas pelo Construti-

1 Para a visão mais atual deste sistema de referência proposto, além de grande parte das definições utilizadas como premissas aqui: VITA, Jonathan Barros. **Teoria Geral do Direito: Direito Internacional e Direito Tributário**. São Paulo: Quartier Latin 2011.

2 Para um apanhado geral sobre *Law and Economics*: ROEMER, Andrés. **Derecho y economía: una revisión de la literatura**. Cidade do México: ITAM, 2000.

3 Já na doutrina brasileira, como autores que trabalham com este sistema de referência, mais especificamente voltado ao direito (tributário) brasileiro, entre outros: CARVALHO, Cristiano Rosa de. **Teoria do sistema jurídico: direito, economia, tributação**. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2005; CALIENDO, Paulo. **Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009; e SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2011.

vismo Lógico-Semântico de Barros Carvalho (2008), e Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann (2004).

Esse sistema de referência permite o uso do método empírico-dialético, o qual guarda relação direta com o tema apresentado, pois há uma tentativa de aproximar teoria e prática.

Antes de delimitar o plano de trabalho deste artigo, cabe ressaltar que deixar-se-ão de lado as propostas clássicas do estudo da harmonização internacional⁴, pois o que se quer reforçar é o fato de que o sistema teórico apresentado perfaz, especialmente em suas facetas da Teoria da Linguagem e da Teoria dos Sistemas, uma interessante plataforma para a abordagem do tema proposto.

Outrossim, alerta-se para o fato de que os exemplos (propositalmente) utilizados aqui são prioritariamente de direito tributário, pois este campo do direito possui provavelmente o maior número de textos harmonizados ou que utilizam-se de modelos de referência, pois a atração/retenção da base impositiva é um dos elementos motores de todos os ordenamentos jurídicos nacionais.

A partir da citada proposta filosófico-metodológica, cada um destes sistemas de referência será utilizado para elucidar as formas de integração e convergência de sistemas jurídicos, (re)definindo harmonizações positivas⁵ entre sistemas jurídicos (públicos) internacionais e nacionais (entre si), perfazendo grandes movimentos de aplicação de um sistema de referência à prática.

Posteriormente a este movimento, formas classificatórias serão determinadas a partir: da Semiótica, do Constructivismo Lógico-Semântico e da Teoria dos Sistemas; cada uma delas enfocando elementos distintos da harmoniza-

4 Como importantes textos clássicos a respeito do tema, entre outros: CASELLA, Paulo Borba. Modalidades de harmonização, unificação e uniformização do direito: o Brasil e as convenções interamericanas de direito internacional privado. In: CASELLA, Paulo Borba; ARAÚJO, Nadia. **Integração jurídica interamericana**: as convenções interamericanas de direito internacional privado (CIDIPs) e o direito brasileiro. São Paulo : LTr, p. 77-105, 1998.; CASELLA, Paulo Borba. **Harmonização do direito internacional interamericano**. Disponível em: http://www.cacb.org.br/mediacao_arbitragem/artigos/Harmonizacao%20do%20Direito%20Internacional%20Interamericano.doc. Acesso em: 04/06/2013; OLIVEIRA, Renata Fialho. **Harmonização jurídica no direito internacional**. São Paulo: Quartier Latin, 2008; VIEGAS, Vera Lúcia. Teoria da harmonização jurídica: alguns esclarecimentos. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí: UNIVALI, v. 9, n. 3, p. 617-654, set./dez. 2004; MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v. I e II

5 Para um interessante estudo a respeito da harmonização negativa realizada pela Corte de Justiça Europeia: CARRIL, María Cruz Barreiro. **Los impuestos directos y el derecho de la Unión Europea**. La harmonización negativa realizada por el TJUE. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2012.

ção intra e inter-sistemas jurídicos, dando-se, ao final deste texto, exemplos de como as formas propostas ocorrem na prática.

1. (Re)definindo o Conceito Harmonização

Antes de iniciar as considerações a respeito da nova proposta de contextualização/definição da harmonização, é importante realizar um corte epistemológico para os fins deste trabalho.

Portanto, não se tratará aqui dos processos de harmonização ocorridos no âmbito privado^{6 e 7}, como: as regras de conduta autorreferentes/autorregulatórias das empresas, como as trabalhistas, assim como as regras internas às corporações transnacionais, de natureza de administração interna, produção de balanços ou governança corporativa; lembrando que estas regras são postas em diversos ambientes jurídicos e se mantêm como válidas, lícitas, aplicáveis aos funcionários/gestores e procedimentos internos destas corporações.

Da mesma forma, não se dialogará com o transconstitucionalismo de Marcelo Neves (2010), que possui certas distinções dos fundamentos não aceitas por este trabalho.

Tendo sido elucidados os limites utilizados para definir o conceito harmonização, cabe defini-lo em linhas simples, obviamente sem olvidar o fato que este termo possui a clássica dicotomia processo/produto.

Neste sentido, o processo da harmonização em sentido estrito é realizado com a (re)produção de estruturas jurídicas com função, forma e localização idênticas, além de uma mesma semântica programática.

Em outro giro, deve ser dito que harmonizar, em sentido estrito, é traduzir de maneira sincronizada analogicamente, é comparar estruturas reciprocamente através de suas próprias estruturas e gerar resultados que sejam compatíveis entre si, é tentar alinhar expectativas cognitivas recíprocas utilizando-se das formas normativas.

6 Para um estudo sobre esta forma de harmonização a partir do sistema de referência proposto: VITA, Jonathan Barros. **Teoria Geral do Direito: Direito Internacional e Direito Tributário**. São Paulo: Quartier Latin 2011.

7 Para uma obra específica sobre harmonização no direito privado, apesar do distinto fundamento teórico e foco mencionado: LIMA, João André. **Harmonização do direito privado**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2008.

Elucidando, estas estruturas estão localizadas em posições semelhantes no sistema jurídico (no plano centro/periferia), sendo sua irritação contida pela onda de choque da mesma forma, e operam com funções semelhantes, realizando um papel simétrico àquele da regra no outro sistema de referência.

Sob outro ponto de vista, harmonizar é um processo de determinação do mínimo denominador comum entre várias legislações, ou seja, (re)criar legislações em vários sistemas jurídicos distintos a partir de uma estrutura mínima.

Similarmente, harmonização é uma forma de convergência jurídica, um desenvolvimento paralelo pensado ou impensado, cujo produto é similar.

Mais ainda, harmonizar é homogeneizar⁸, sendo seu produto final normas jurídicas similares e, sempre, compatíveis entre si, pois a compatibilidade é a chave da harmonização, especialmente sob o ponto de vista pragmático.

Da mesma forma, compatibilidade e harmonização são termos correlatos, quase sinônimos, já que partem, sempre, de sintáticas/regras de construção e operação do sistema de criação distintas para um eixo semântico comum em dado um referencial estático, quer seja no sistema substituído, quer seja no sistema espelho/sincrônico (outro sistema parcial).

Conclusivamente, a harmonização é um elemento necessário para a sobrevivência de um dado sistema jurídico frente aos demais, uma vez que aumenta sua eficiência, capacidade de mimetização com o ambiente e, potencialmente, sua segurança jurídica, aumentando sua competitividade como jurisdição segura e importante no processo de escolha entre várias jurisdições em um dado concreto.

Isto ocorre, a exemplo, nos fatores que determinam a escolha do local da arbitragem, uma vez que o país que será escolhido é aquele considerado como tendo com um marco regulatório estável e potencializando, portanto, a atração de investimentos.

2. Classificação Semiótica da Harmonização

Sinteticamente, harmonização seria, sob o ponto de vista da semiótica, uma plataforma de adaptação intertextual conjunta em que os vários sistemas

8 Como exemplo de autor que equipara, em certa medida, harmonização e homogeneização: ANDRADE, Rogério Emílio de. **Direito homogêneo** - Mercado Global, Administração Nacional e o Processo de Harmonização Jurídica. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

jurídicos ajustariam sua semântica, sintática e pragmática a paradigmas comuns, ainda que pressupostamente.

Neste sentido, sendo a harmonização um elemento que se expressa no campo dos textos jurídicos ou de sua interpretação, a semiótica serve, em cada um de seus eixos como um bom paradigma para criar formas classificatórias do processo desta harmonização.

Portanto, especificamente, a harmonização pode ser sintática, semântica ou pragmática, lembrando que uma não exclui a possibilidade de a outra ser realizada, pois são espécies isoladas entre si.

Sob o ponto de vista sintático, as regras de construção de uma determinada língua são estudadas e, neste sentido, duas são as possíveis interpretações de tal ideia no campo da harmonização.

A primeira destas vincula-se a forma hipotético-condicional das normas jurídicas, algo pressuposto para todos os sistemas jurídicos que são, portanto, harmonizados sob este aspecto.

A segunda forma de harmonização sintática seria na forma de estruturação dos sistemas jurídicos, ou seja, os sistemas em sua formulação estrutural, podendo ser das formas *Common Law* ou *Civil Law*.

Obviamente, inexistirá uma harmonização sintática também sob este aspecto, mesmo que, atualmente, a convergência e aprendizado entre estes dois tipos de sistemas é um dos fundamentos dos desenvolvimentos dos sistemas jurídicos contemporâneos.

Vários são os elementos internalizados de um em relação ao outro, mesmo com as dificuldades imanentes de tal operação, sendo um interessante exemplo as atuais legislações (como a italiana) que tentam dar um tratamento jurídicos em sistemas *Civil Law* ao *trust*⁹, criando artificialidades como a atração da residência deste através da residência do beneficiário¹⁰, algo incompatível com os sistemas *Common Law*.

9 Sobre a definição deste conceito no direito brasileiro e na doutrina tradicional internacional: SANTOS, Raquel do Amaral de Oliveira. **Trust** : das origens a aceitação pelos países de direito romano-germânico. Dissertação (mestrado em direito) – Faculdade de Direito, PUC, São Paulo, 2009; CHALHUB, Melhim Namem. **Trust**: perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; e BUTTY, Philippe. The trust as regulated under Swiss law - Some key answers to crucial questions. **Der Schweizer Treuhänder** 1-2/2009. Zurique: Zürichsee Werbe AG, p. 92-94, 2009.

10 Esta residência do *trust* é mencionada no artigo 73 do TUIR italiano e em várias Circolari do fisco italiano.

Prosseguindo, sob o visto da harmonização semântica, ou seja, das palavras utilizadas para compor os programas/normas jurídicas, esta pode ser conceitual ou definitória, em que há uma convergência entre as classes existentes ou entre os critérios de definições de classes distintas (conotativa) ou dos objetos subsumidos a uma determinada classe (denotativo).

Em certa medida, deixa-se claro que a revolução constante não necessariamente deve ser dos textos, das palavras, mas dos significados e significações dados a elas, a semântica dos estados alcançados fazendo com que o direito acerte o passo/sincronize-se com o ambiente, perfazendo um *structural drift* (LUHMANN, 2004), tração estrutural, ou seja, dois sistemas renovando/produzindo estruturas sincronicamente e simetricamente semelhantes.

Sabe-se que tal forma é possível, mas para ser delimitada exige-se que a tradução seja realizada sob os já citados preceitos de Flusser (1969), verificando os núcleos de significados atingidos por palavras próximas sob o ponto de vista comparativo das suas funções em línguas distintas.

É dizer, neste caso, como preocupação importante, tem-se que deve haver cuidado no ato de traduzir textos legais que serão incorporados por países distintos para que estes tenham posições equivalentes em cada uma destas línguas, uma vez que há uma impossibilidade de que estes sejam idênticos, pois uma realidade vinculada a uma determinada língua é impossível de ser reproduzida exatamente em outra realidade linguística distinta.

Finalmente, quando se trata da harmonização pragmática, tem-se que os atos de aplicação e construção de um dado direito, incluindo seus usos, são (re) produzidos e incorporados em outra língua, novamente respeitando-se a necessidade da tradução.

Como exemplo de ausência de harmonização destes últimos dois tipos e que gera muitos problemas, tem-se o caso clássico da qualificação jurídica dos serviços para os fins de aplicação das convenções para evitar a dupla tributação, pois a receita federal tem um ADN COSIT 1/2000 que estabelece o enquadramento dos serviços no artigo 21 (outros rendimentos) a despeito de

serem rendimentos empresariais enquadráveis no artigo 7^o¹¹ (ou 14) ou mesmo enquadráveis no artigo 12 como *royalties*¹².

Paralelamente às possibilidades semióticas de classificação, no campo do Constructivismo Lógico-Semântico existe também duas formas possíveis de classificação das harmonizações.

Sob um primeiro ângulo, esta harmonização pode ser no campo geral e abstrato ou legal, ou seja, ela ocorre quando legislações distintas possuem centros de significações comuns, algo idêntico à espécie semântica citada.

Da mesma forma, na segunda forma de classificação, tem-se esta harmonização no campo individual e concreto, que pode ser existente: nos atos privados, no campo da pragmática administrativa ou na pragmática jurisprudencial.

Obviamente, da mesma forma que nas três versões semióticas destas subespécies de harmonização, pode ser que exista uma harmonização de direito (legal), mas não uma de fato (pragmática), especialmente quando a aplicação, a exemplo, de um tratado internacional é distorcida para beneficiar nacionais em detrimento de estrangeiros.

11 Como autores que criticam esta interpretação da Receita: ROCHA, Sergio André. **Interpretação dos Tratados contra a Bitributação da Renda**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008; e XAVIER, Alberto. O Imposto de renda na fonte e os serviços internacionais. Análise de um caso de equivocada interpretação dos arts. 7^o e 21 dos tratados. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo: Dialética, n. 49, p. 7-17, out. 1999.

12 Em algumas Convenções, como a com o México, aplica-se a os serviços de assistência técnica, por disposição expressa do protocolo o artigo 12, § 3^o, exceto se o Brasil assinar protocolo ou tratado com outro país dispendo diversamente:

Protocolo Tratado Brasil –México

6. Com referência ao parágrafo 3 do Artigo 12

a) Fica entendido que as disposições do parágrafo 3 do Artigo 12 se aplicam a qualquer espécie de pagamento recebido em razão da prestação de assistência técnica e de serviços técnicos.

b) No caso de o Brasil acordar com qualquer outro país, após a data da assinatura da presente Convenção, um dispositivo mediante o qual os rendimentos provenientes da prestação de serviços técnicos que não impliquem um direito aos que se refere o parágrafo de referência se considerem como rendimentos aos quais se aplica o Artigo 7 ou 14, dita disposição aplicar-se-á automaticamente em lugar do estabelecido no inciso anterior deste Protocolo, no momento da entrada em vigor da Convenção que a contenha.

3. Harmonização e Teoria dos Sistemas de Luhmann

Tendo compreendido os fundamentos para uma visualizar e classificar a harmonização sob o ponto de vista da semiótica e Constructivismo Lógico-Semântico, este instituto pode ser visualizado, também, sob o posto de vista da Teoria dos Sistemas.

Neste sentido, a harmonização para a Teoria dos Sistemas está vinculada a formação de um código (no sentido do lícito/ilícito e no de língua comum) e programas facilmente transportáveis de um sistema a outro, cada um possuindo uma maior capacidade de resposta global.

Esta harmonização pode ocorrer sob o ponto de vista normativo geral e abstrato (semântico) ou individual e concreto (pragmático), algo possível quando visualizado, pela chave de leitura sistêmica, como uma harmonização programática.

Entretanto, este sistema de referência permite uma outra forma de visualização, em que a harmonização é uma ferramenta que serve para produzir alinhamentos de expectativas, que pode ocorrer sob três ângulos possíveis.

Inicialmente, vários sistemas jurídicos são alinhados em suas expectativas normativas, incluindo, aquele internacional, ou seja, as aspirações de cada um destes sistemas estão alinhadas, produzindo resultados comuns para irritações semelhantes.

Estas irritações pode ser alinhadas tanto no plano da programação geral e abstrata, uma harmonização legal, quer seja no plano aplicativo, decisional, em que irritações (individuais e concretas) são decididas ao mesmo tempo e da mesma forma por vários sistemas jurídicos distintos.

É dizer, neste segundo caso, o processamento de uma irritação ocorre em cada um dos sistemas jurídicos paralelamente e convergentemente ou estes escolhem apenas um para realizar este processamento, deixando seus procedimentos e, portanto, tempos digitais analogicamente alinhados.

Neste caso, pode haver uma translação do tratamento destas expectativas normativas para um dos sistemas que será a base para que seu resultado seja internalizado pelos demais.

Outra forma de harmonização pode existir quando alinham-se as expectativas normativas e cognitivas do mesmo sistema nacional, implicando-se re-

reciprocamente em seus resultados (materiais), ou seja, as decisões tomadas no sistema jurídico refletem os anseios do sistema político ou econômico.

Obviamente, mesmo este processo sendo interessante em alguns aspectos para dar maior validação e estabilidade às relações entre os sistemas sociais internamente, é importante que se tenha cuidado para que tal processo não provoque corrupção sistêmica, ou seja, que estes alinhamentos prejudiquem o fechamento operativo (e independência) do sistema jurídico.

Como terceira forma de alinhamento destas expectativas, tem-se a possibilidade de que expectativas cruzadas entre sistemas (nacionais ou internacionais) distintos sejam alinhadas.

Este é o caso em que as expectativas normativas de um dado sistema jurídico se alinham aquelas cognitivas de outro sistema social.

Isto ocorre quando um país necessita de que medidas sejam tomadas em outro país para evitar uma entropia negativa na relação entre eles, especialmente na erosão da base tributária, fuga de capitais, contabilidade, governança corporativa, crimes transnacionais como tráfico de drogas, entre outros.

Nestes casos, especialmente os sistemas políticos de dois países se alinham e produzem em um destes países uma legislação que harmoniza as expectativas nacionais àquelas de outro país (ou do sistema internacional) no campo político com reflexos na programação geral e abstrata (semântica) do outro país.

Sinteticamente, nota-se que a harmonização entre expectativas mencionada no primeiro exemplo é jurídica, enquanto no segundo e terceiro é um instituto sistêmico, pois há um processamento pelo sistema jurídico, mas ela é realizada pressupondo a operatividade da sociedade.

4. (Re)propondo a Classificação da Harmonização

Aparte todos as subespécies de harmonização citadas anteriormente, cada uma compatível com um dado sistema de referência específico, dentro da pragmática contemporânea, outras observações são possíveis sob este fenômeno, uma vez que ele possui eixos de pressão distintos que implicam formas distintas de produção deste fenômeno.

Neste sentido, as harmonizações podem ser compulsórias ou voluntárias, em que o Estado se obriga a fazê-las ou não no plano internacional.

Sob outro ângulo, esta harmonização pode ser horizontal/unilateral ou vertical/multilateral, em que a partir de um dado referencial, vários Estados são obrigados verticalmente a adotar determinados enunciados enunciados com semânticas semelhantes ou eles se auto-obrigam compatibilizando sua legislação com outras já existentes.

Obviamente, nesta espécie verticalizada este processo é nitidamente internacional, uma vez que existe um dado texto de direito positivo internacional o qual deve ser internalizado por vários países de maneira compulsória ou voluntária.

Já na harmonização horizontal, o dado Estado faz sua legislação como forma de aumentar sua competitividade frente aos outros sistemas nacionais, sendo, sempre, voluntária.

Para verificar tais fenômenos, alguns exemplos são interessantes para verificar como tal classificação é útil para identificar os fenômenos harmonizantes em cada uma das categorias citadas.

Como primeiros exemplos, tem-se as decisões tomadas pelo Comitê Técnico de Valoração Aduaneira criado no âmbito do artigo 18 e Anexo II do AVA, a exemplo, em que estas devem ser internalizadas (não compulsoriamente) pelos países a fim de direcionar certas interpretações nesta área, sendo uma forma de harmonização vertical e voluntária, que atua no campo pragmático.

Sob outro ângulo, estes tratados internacionais informam (primariamente) a forma de preenchimento semântico de certos conceitos internacionais, como o GATS, que informa a definição do conceito de serviços (e que deve ser seguido pelo ISS e ICMS) e o TRIPS, que informa a definição do conceito de propriedade intelectual.

Estes tratados funcionam como um mínimo denominador comum da definição de conceitos, sendo uma harmonização vertical, compulsória e semântica que tem como eixo de ação a adoção destas definições no direito positivo de um dado país.

As *model laws* servem, aparentemente como um facilitador do processo paralelo de desenvolvimento dos sistemas jurídicos por meio de instrumentos unilaterais/nacionais que derivam destes modelos internacionais com certas

adaptações, perfazendo o processo de harmonização¹³ de certo sistema nacional com outros, de maneira verticalizada, mas voluntária.

Esta voluntariedade existe, pois estes textos são normalmente derivados de organizações internacionais, como a UNCITRAL, mas sua conversão em leis internas é voluntária para os países, como a lei modelo sobre arbitragem ou a lei modelo sobre falências transnacionais criadas por esta organização e adotadas por vários países, mesmo que o texto modelo não seja direito positivo em si.

Como exemplos ligeiramente distintos do apresentado, mas ainda voluntários, tem-se a chamada *Lex Mercatoria* como elemento que auxilia, com seus usos e costumes, uma forma de convergência (pragmática) entre as práticas de diversos sistemas jurídicos distintos no trato com o comércio internacional, orientando, em alguns casos (como fonte psicológica) os sistemas judiciais a verificar a validade de uma determinada conduta.

Da mesma forma, mas com um grau de concretude um pouco maior, uma vez que é escrito o seu texto, o UNIDROIT poderia perfazer uma forma de harmonização semântica, vertical e voluntária que atua como catalizador de interpretações em um dado sistema.

Simetricamente, as regras de regulamentação técnica do comércio internacional (incluindo aquelas do âmbito OMC), assim como as formas de classificação de produtos, como o Sistema Harmonizado, ou, mesmo, os INCOTERMS (*International Commercial Terms*), são aplicáveis de maneira uniforme no mundo, sendo forma de aplicação do direito internacional, diretamente, e de harmonização entre legislações, já que criam um código comum de comunicação entre sujeitos.

Diversamente, certos tratados internacionais produzem harmonizações compulsórias, especialmente aqueles constitutivos de blocos econômicos, pois vários destes tratados representam um mínimo denominador (semântico) comum que distribui competências e criam convergências, visando diminuir conflitos de competência.

Neste caso resta a evidência de que blocos de países necessitam muito mais de harmonização para sua consolidação, pois as diferenças estruturais en-

13 Para mais teorias sobre harmonização jurídica, em especial na experiência e métodos clássicos do direito internacional, partindo de premissas teóricas diversas: OLIVEIRA, Renata Fialho de. **Harmonização jurídica no direito internacional**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

tre estes sistemas devem ser mitigadas para que normas e procedimentos comuns existam entre estes países e facilitem tal integração.

Normalmente a espécie desta harmonização é determinada por normas gerais e abstratas, tratados ou convenções produzidas que direcionam os direitos internos, exercendo um papel semelhante às normas gerais em matéria tributária ou a LC 87/1996 do ICMS, a exemplos análogos que existem no direito brasileiro, em que legislações nacionais implicam direções a serem seguidas pelas ordens parciais (dos Estados federados).

A partir da ideia mencionada, no caso específicos da União Europeia, existe um interessante exemplo de harmonização forçada, normalmente negativa, (e individual e concreta) e não derivante do Legislativo, que é aquela orientada pelas decisões judiciais da CJE – Corte de Justiça Europeia¹⁴.

Este tribunal obriga, no campo individual e concreto e, em certos casos, no campo geral e abstrato, que os países adequem suas decisões ou suas leis aos princípios da União Europeia, revogando-as ou criando-as, sendo harmonização negativa ou positiva, respectivamente.

Como exemplo de harmonização horizontal e, portanto, unilateral e voluntária, o Brasil experimentou um exemplo disto, que ocorreu a mudança dos critérios jurídicos para aferição dos chamados regimes tributários privilegiados que informam as chamadas *black lists*¹⁵.

Esta mudança produzida pela Lei 11.941 seguiu os ditames da OCDE¹⁶ em diversos aspectos alinhando a legislação brasileira às práticas internacionais, ainda que não exista texto escrito para esta forma e, ainda, utilizou-se como espelho várias legislações estrangeiras.

Este mesmo fenômeno existe muito nos casos de legislações (e textos infralegais especialmente da CVM) em matéria de governança corporativa, contabilidade, com os IFRS sendo internalizados pelos CPCs (pós-Lei 11.638) e,

14 Para um interessante estudo a respeito da harmonização negativa realizada pela Corte de Justiça Europeia: CARRIL, María Cruz Barreiro. *Los impuestos directos y el derecho de la Unión Europea*. La harmonización negativa realizada por el TJUE. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2012.

15 Para mais sobre as mudanças deste sistema e o alinhamento às discussões do âmbito OCDE: VITA, Jonathan Barros. As regras dos países com tributação favorecida no direito brasileiro: (re)definindo conceitos. *Revista de Direito Tributário Internacional*, São Paulo: Quartier Latin, a. 5, v. 14, p.51-74, 2010.

16 Lembra-se que o Brasil não faz parte da OCDE nem como membro nem como observador, apesar de apor reservas aos comentários ao seu Modelo de Convenção e o utilizar na maioria de seus tratados firmados.

mais fortemente ainda, nas formas e institutos utilizados pelo direito tributário para evitar a erosão das bases tributárias, pois as iniciativas bem sucedidas em vários países são copiadas por outros, como no caso dos preços de transferência, das CFC *legislation*, *thin capitalization rules*, entre outros.

Como nota adicional, lembra-se que considera-se as mudanças unilaterais como sendo voluntárias, mesmo sabendo que, em alguns casos, existiriam sanções não jurídicas a este cumprimento, como a perda da preferência comercial no âmbito da OCDE no exemplo citado.

Obviamente, nenhum dos processos apresentados trata de uma codificação no sistema internacional¹⁷, uma vez que este processo não seria de harmonização, mas de mera consolidação do direito internacional sob um único dado texto jurídico, algo que é útil, sob o ponto de vista pragmático, mas, sob o ponto de vista teórico, não é necessário, dada a unidade do direito.

Mais ainda, no caso do chamado direito internacional público existe um texto que é considerado, como dito, uma metanorma deste ramo didaticamente autônomo do direito, a Convenção de Viena sobre o direito dos tratados que perfaz, sob certo ângulo, uma forma de codificação deste direito.

Concluindo, interessante é notar como os exemplos citados demonstram a operatividade e necessidade de uma classificação das espécies de harmonização, pois vários são os grupos existentes derivantes deste processo, sendo tal classificação uma oportunidade para verificar as convergências possíveis entres estes elementos agrupados segundo critérios comuns.

Conclusões

1. Harmonização, convergência, paralelismo e compatibilidade são termos análogos, cada um enfocando um aspecto do processo/produto da harmonização jurídica positiva.

2. A harmonização pode ser estudada por vários sistemas de referência distintos, tendo resultados importantes através da aplicação das Teorias da Linguagem (especialmente da semiótica aplicada e do Constructivismo Lógico-Semântico) e a Teoria dos Sistemas de Luhmann.

17 Para mais sobre a história da codificação no direito internacional: ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de direito internacional público**. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009. v. 1, 2 e 3.

3. A harmonização sob o ponto de vista da semiótica pode ser aferida sob os ângulos da sintática, semântica ou pragmática, sendo possível também classificar-se como geral e abstrata ou individual e concreta.

4. Sob o ponto de vista da Teoria dos Sistemas, a harmonização pode se dar no nível do código ou programático, incluindo a possibilidade de alinhamento de expectativas intra-sociedade, inter-sistemas idênticos de sociedades distintas ou inter-sistemas distintos de sociedades distintas, perfazendo forma de tração estrutural (*structural drift*) existente no processo de evolução conjunto de dois sistemas distintos.

5. Sob um outro ângulo classificatório, a partir do estudo de casos concretos, a harmonização pode ser horizontal/unilateral ou vertical/multilateral; compulsória ou voluntária, o que cria 4 subespécies distintas da combinação destas duas espécies.

Referências

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: linguagem e método**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.

FLUSSER, Vilém. Para uma teoria da tradução. **Revista Brasileira de Filosofia**, São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, v. 19, fasc. 63, p. 16-22, jan./mar. 1969.

LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

Os Efeitos da Convenção das Nações Unidas Sobre o Direito de Acessibilidade da Pessoa com Deficiência no Brasil e em Portugal

Alexsandro Rahbani Aragão Feijó

Introdução

A partir do processo de democratização do Brasil e de Portugal que ocorreu desde meados da década de 1970, tanto este, quanto aquele passou a ratificar tratados internacionais relevantes sobre o sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

Ocorreu que a Emenda Constitucional n.º. 45, de 30 de dezembro de 2004, modificou a constituição brasileira, a qual possibilitou mudanças importantes, tais quais as disposições referentes à integração do Direito Internacional Público ao direito interno, especificamente o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Sendo assim, o novo § 3º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira de 1988 possibilita que os tratados e as convenções internacionais de direitos humanos sejam equivalentes às emendas constitucionais, desde que aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos seus respectivos membros.

Por sua vez, a Constituição da República portuguesa de 1976, em seu art. 8º, inciso 2, determina a aplicação na ordem interna das normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas pelo Estado português, dentre elas as de direitos humanos, após a sua publicação oficial.

Também no inciso 3 do citado artigo, a aplicação da norma internacional é direta ao ordenamento nacional, desde que emanada dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte, como as Nações Unidas.

Dessa forma, a possibilidade dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos serem aprovados com um *quorum* qualificado e, consequentemente, serem equivalentes às emendas constitucionais ou de serem aplicados diretamente ao direito interno traz à tona um novo tipo de controle das leis.

Nesta feita, não se fala apenas do controle de constitucionalidade, mas também do controle de convencionalidade, o qual diz respeito à compatibilização vertical da produção normativa doméstica com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo governo brasileiro e português e em vigor nesses países.

Dentre tais tratados, destaca-se o primeiro tratado internacional de direitos humanos do século XXI, qual seja, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Tal convenção foi homologada pela Assembleia da Organização das Nações Unidas, em 13 de dezembro de 2006, e entrou em vigência em 3 de maio de 2008, após ultrapassar o mínimo de vinte ratificações.

Ela e o seu Protocolo Facultativo foram assinados pelo Brasil em 30 de março de 2007. A promulgação desse documento pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, ganhou destaque por ter sido a primeira convenção internacional com equivalência de emenda à constituição, por força do artigo 5º, § 3º do texto constitucional de 1988¹.

Já Portugal ratificou a Convenção e o seu Protocolo Opcional em 30 de julho de 2010, fruto da sua participação ativa na negociação multilateral, quer ao nível das Nações quer ao nível da União Europeia.

Nesse sentido, este trabalho objetiva verificar os efeitos da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, quanto ao direito de acessibilidade no direito luso-brasileiro.

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

[...]

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)". (BRASIL, 1988).

1. Teoria Geral do Controle de Convencionalidade

Ao encontrar-se diante do processo de elaboração de uma nova constituição, Brasil e Portugal passaram a valorizar a pessoa humana. Dessa forma, deixaram para trás o cerceamento, o aviltamento e a limitação de liberdades, consagrando em seus textos constitucionais rol bastante significativo de direitos fundamentais.

Com a promulgação do texto constitucional de 1988, definitivamente, o Brasil assumiu um compromisso sério frente à sociedade internacional com o respeito, a promoção e a proteção dos direitos humanos. (GUERRA, 2012). Tal fato também ocorreu com Portugal, quando da promulgação da sua constituição em abril de 1976, tendo sido ratificado pelas revisões constitucionais que sofrera posteriormente.

No Brasil, logo após a Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal passou a definir o seu entendimento em relação à posição hierárquico-normativa dos tratados internacionais de direitos humanos. O registro da primeira decisão proferida pelo Plenário (órgão julgador composto pelos onze Ministros do Tribunal) é de 1995 com o *Habeas Corpus* 72.131, que estabeleceu um precedente jurisprudencial ao adotar, por maioria dos votos, a corrente que defende a hierarquia legal desses instrumentos internacionais. (QUIXADÁ, 2009).

Convém evidenciar o entendimento de Sidney Guerra (2008) no sentido de que atualmente há interpenetração das normas internacionais de direitos humanos e as normas de direito interno, o que influencia de maneira significativa a ordem jurídica brasileira. No entanto, destaca que o processo de internacionalização dos direitos humanos é decorrente, principalmente, das barbáries praticadas por ocasião da Segunda Guerra Mundial. (GUERRA, 2008). Isto ocorreu quando a sociedade internacional viu-se “sem reação” diante da humilhação da dignidade de milhares de pessoas, sem nenhuma ação no plano internacional coordenada sobre tal fato.

Em Portugal, o próprio texto constitucional facilitou a compreensão da relação entre a norma internacional e a norma de direito interno, quando pelo seu art. 8.º, 3º, determina a aplicação direta da norma internacional ao ordenamento

2º Artigo 8.º - Direito internacional
[...]

nacional, desde que emanada dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte, como as Nações Unidas e a União Europeia.

Esse novo cenário com o Direito Internacional³ proporciona a aplicação do sistema de controle de convencionalidade das leis⁴, que representa a compatibilização vertical da produção normativa doméstica com os tratados⁵ de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor, quer no Brasil quer em Portugal.

3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos". (PORTUGAL, 1976).

- 3 Cláudio Finkelstein (2013, p. 309) reforça que “O novo direito internacional tem como base a proteção dos direitos humanos em todas as suas formas, sendo necessária a inserção do homem como sujeito. A ordem internacional passa a regulamentar e tutelar também o homem”.
- 4 Carlos María Pelayo Moller (2013) ao tratar do surgimento e desenvolvimento da doutrina do controle de convencionalidade e suas implicações no Estado Constitucional destaca não só a aplicação histórica dessa teoria pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) no caso *Almonacid vs. Chile*: “El momento histórico en donde este salto se da es el Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, resuelto el 26 de septiembre de 2006. Esta sentencia se inscribe en la línea de varios fallos de la Corte IDH en casos de leyes de auto amnistía, donde se resolvió sobre la invalidez del decreto ley que dejaba en la impunidad los crímenes de lesa humanidad en el periodo comprendido de 1973 a 1979 de la dictadura militar de Augusto Pinochet, debido a que dicho decreto resultaba incompatible con la Convención Americana careciendo de “efectos jurídicos” a la luz de dicho tratado”. Também ressalta a importância da participação do Poder Judiciário do Estado signatário para fazer valer o tratado internacional: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.
- 5 Convém lembrar que o termo tratado diz respeito a uma “expressão-gênero”, que abrange dentro de si diferentes nomenclaturas, as quais podem ser identificadas conforme o assunto, finalidade, qualidade das partes, número de contratantes entre outros. Para efeito dos termos elencados neste estudo, explicita-se o conceito de tratado, qual seja a expressão genérica eleita pela Convenção de Viena de 1969 que designa todo acordo internacional unilateral, bilateral ou multilateral, de especial cunho político; são ajustes solenes concluídos entre Estados e/ou organizações internacionais, cujo objeto, finalidade, número e poderes das partes tem maior importância. (MAZZUOLI, 2012). O tratado, portanto, é “um acordo internacional concluído por escrito entre estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”. (MAZZUOLI, 2011, p. 40). Já a Convenção denota o tratado solene e multilateral em que a vontade das partes é paralela e uniforme, são muitas vezes oriundos de conferências internacionais que versem sobre assuntos de interesse geral. Ocorre que tais

Entretanto, antes de adentrar na teoria do controle de convencionalidade é salutar ressaltar a opção constitucional por um sistema monista ou dualista⁶. O sistema brasileiro é considerado pela maioria da doutrina, conforme Flávia Piovesan (2000), como dualista, ou seja, segundo tal posição, além da celebração do tratado ou convenção, de competência do Presidente da República, e de sua aprovação pelo Congresso Nacional por meio de decreto legislativo, é necessária a edição de outro ato normativo, qual seja um decreto de execução expedido pelo Presidente da República, para que tal tratado ou convenção produza efeitos. O artigo 8º, 3 da Constituição portuguesa deixa claro a opção pela teoria monista, muito mais aceita pela doutrina internacionalista atual.

Convém registrar ainda que o controle de convencionalidade tem como referência e base o controle de constitucionalidade, o qual faz alusão à compatibilização vertical da produção doméstica com a Constituição Federal.

Conforme Valerio de Oliveira Mazzuoli (2009), a compatibilidade da lei com a Constituição não é por si só condição de garantia de validade no direito interno. Deve ser a lei compatível não só com o texto constitucional, mas também com ela e com os tratados internacionais ratificados pelo governo, havendo, portanto, um “duplo controle de verticalidade”. (GUERRA, 2012, p. 359).

Caso a norma esteja conforme a Constituição, mas não com o eventual tratado já ratificado e em vigor no plano interno, poderá ela ser considerada vigente, mas não poderá ser tida como válida, vez que não passou imune a um

expressões ainda se confundem e são adotadas muitas vezes, tal qual na Constituição Federal de 1988, com o mesmo significado. (MAZZUOLI, 2012).

Ainda sobre o termo tratado, José Augusto Fontoura (2011) assevera que o termo tratado estabelecido no artigo 2º, 1, da Convenção de Viena é inicialmente identificado como um acordo, em sentido bastante abrangente que identifica qualquer convergência de entendimentos ou vontades. Ademais, “a denominação dos acordos não tem maiores implicações, podendo o tratado receber qualquer título, como, por exemplo, tratado, convenção, pacto ou protocolo, sem que isso tenha o condão de afastar, ou determinar a cobertura pela Convenção de Viena”. (FONTOURA, 2011, p. 9).

6 É salutar asseverar que Wagner Menezes (2007) ao tratar da relação do direito interno com o direito internacional no cenário contemporâneo trabalha a transnormatividade como teoria, de modo que é caracterizada pela dissolução de fronteiras que possibilitam a interpenetração de normas jurídicas entre o global e o local em um mesmo espaço de soberania e competência normativa. Acrescenta ainda que “essa influência crescente do Direito Internacional sobre a produção normativa do Direito Interno não mais pode ser ignorada pelos Estados e indivíduos, sob pena de pecar pela ignorância, seja através da subtração de direitos, ou pela possibilidade de não exercício deles, ou ainda, no caso específico dos operadores do direito, não saber interpretar o verdadeiro sentido normativo e teleológico de muitos dispositivos que povoam a constelação normativa de seu Estado”. (MENEZES, 2007, p.143).

dos limites verticais materiais existentes: os tratados internacionais em vigor no plano interno. (MAZZUOLI, 2009). Dessa forma, pode-se perceber que ao se encontrar incompatível com os tratados internacionais em vigor no plano interno, a produção doméstica torna-se inválida no direito interno, repita-se, mesmo que compatível com a Constituição.

A validade da norma de lei ordinária ocorre desde que sua produção e conteúdo material estejam conformes à Constituição e à legitimidade conferida aos princípios constitucionais, políticos ou ético-filosóficos. (BONIFÁCIO, 2008). No entanto, Valerio de Oliveira Mazzuoli (2009) afirma que a validade não se restringe apenas à Constituição, mas também aos tratados internacionais em vigor no país, bem como aos princípios internacionais e não somente constitucionais.

Desse modo, tem-se que se uma lei é vigente é porque ela existe e, depois de conferida sua validade, analisa-se sua eficácia. Ocorre que vigência e eficácia não coincidem cronologicamente, vez que a lei que já existe e que já é válida, por estar de acordo com a Constituição e com os tratados internacionais, não é necessariamente eficaz. (KELSEN, 1998).

Acrescenta Luiz Flávio Gomes (2008) que, no bojo da atividade interpretativa, a lei pode ser o “ponto de chegada”, no entanto, sempre que entra em conflito com a Constituição ou com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, perde sua primazia, já que, neste caso, a incidência prioritária é das normas e princípios constitucionais e internacionais.

O controle de convencionalidade é visto por Sidney Guerra (2012) como uma garantia de eficácia das legislações internacionais, que permite dirimir conflitos entre direito interno e normas de direito internacional, de modo que pode ser efetuado pela própria Corte Interamericana ou Europeia de Direitos Humanos ou pelos tribunais internos dos países que fazem parte das convenções internacionais.

Corroborar com tal entendimento Valerio de Oliveira Mazzuoli (2009) ao propugnar que o controle de convencionalidade não deve ser realizado apenas pelos tribunais internos, mas também pelos tribunais internacionais criados por convenções entre Estados, onde estes se comprometem no pleno e livre exercício da sua soberania, cumprir o que foi acordado e dar sequência no plano

interno, ao cumprimento das obrigações que estão estabelecidas na sentença, sob pena de responsabilidade internacional⁷.

Na seara da responsabilidade internacional e controle de convencionalidade, André de Carvalho Ramos (2005) aponta que o Estado se torna responsável pelos atos do legislador, ainda que não tome qualquer medida concreta de aplicação da norma incompatível com o tratado, ou seja, é suficiente a possibilidade de aplicação da lei. Acrescenta que “no caso de ausência desta [da lei], a responsabilidade do Estado também é concretizada, tendo em vista o seu dever de assegurar os direitos humanos”. (RAMOS, 2005, p. 56). Destarte, procura-se alavancar a proteção ao indivíduo, vez que se está diante do descumprimento da obrigação internacional de prevenção, de modo que não se deve ficar esperando a concretização do dano ao particular.

O controle de convencionalidade, por sua vez, segue o mesmo caminho dado ao ato legislativo comum quando em confronto com a Constituição Federal, com a peculiaridade de que “as instâncias internacionais apreendem as leis internas, inclusive as normas constitucionais, como meros fatos, analisando se houve ou não violação das obrigações internacionais assumidas pelo Estado”. (RAMOS, 2005, p. 56).

Neste desiderato, Valerio de Oliveira Mazzuoli (2012) propugna que é dever do Poder Judiciário interno controlar a convencionalidade de suas leis perante os tratados internacionais humanísticos vigentes no país.

Não se pode perder de vista que o controle exercido pelos juízes e tribunais nacionais deve se moldar aos padrões estabelecidos pelas Corte Inter-

7 A responsabilidade internacional do Estado brasileiro por violação de direitos humanos já consta na agenda nacional, principalmente após o reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sendo assim, em linhas gerais, André de Carvalho Ramos (2004) aduz que a responsabilidade internacional do Estado consiste, em obrigação internacional de reparação diante violação prévia de norma internacional, de forma que representa característica essencial de sistema jurídico, que possua regras internacionais de conduta e possui fundamento no princípio da igualdade soberana entre os Estados. A reivindicação do cumprimento dos acordos e tratados por parte de todos os Estados que são beneficiados por tais acordos, faz com que eles não recusem o seu cumprimento, já que são todos iguais, ou seja, não é permitido que um Estado reivindique para si uma condição jurídica que não reconhece a outro. (RAMOS, 2004). A responsabilidade internacional possui três elementos apontados por André de Carvalho Ramos (2004), quais sejam, a existência de um fato internacionalmente ilícito (descumprimento dos deveres básicos de garantia e respeito aos direitos fundamentais inseridos nas dezenas de convenções internacionais ratificadas pelos Estados), o resultado lesivo (prejuízos materiais e morais causados à vítima e familiares) e o nexo causal entre o fato e o resultado lesivo (vínculo entre a conduta do agente e o Estado responsável).

nacionais, como a Interamericana e a Europeia de Direitos Humanos, últimas intérpretes das respectivas Convenções, o que vai repercutir no controle difuso de convencionalidade, já que se a Corte não restringe o referido controle a um “pedido expresso das partes” em determinado caso concreto e, caso os juízes e tribunais nacionais devam considerar a interpretação que fazem do tratado, significa, portanto, que o Poder Judiciário interno não deve se prender à exclusiva solicitação das partes, no entanto, deve se ater a controlar a convencionalidade das leis *ex officio*, toda vez que se apresentar perante caso concreto, cuja solução seja encontrada em tratado internacional humanístico, no qual o Estado faça parte. (MAZZUOLI, 2011).

A responsabilidade internacional do Estado por violação dos direitos humanos também é suscitada, caso exista negativa por parte do Poder Judiciário em exercer o controle difuso de convencionalidade com a alegação de que não houve solicitação pelas partes ou de que não foi possível exercê-lo *ex officio*, já que tal obrigação existe inclusive nos países em que os juízes singulares não têm competência para realizar fiscalização, ou seja, aqueles que a reservam apenas à Corte Suprema ou a Sala Constitucional da Corte Suprema. (MAZZUOLI, 2011).

Ex-juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos e advogado colombiano, Ernesto Rey Cantor (2008) obtempera que supracitado órgão é legítimo para assegurar e fazer efetiva a supremacia da Convenção, na medida em que a Corte tem competência *ratione materiae* para utilizar o controle de convencionalidade, com o fito de averiguar cumprimento dos compromissos estabelecidos pelos Estados.

Assim, Ernesto Rey Cantor (2008) diferencia a abrangência do controle de convencionalidade em sede internacional e em sede nacional. Nesta, o juiz aplica a Convenção em vez de utilizar o direito interno, mediante exame de confrontação normativo em caso concreto e elabora sentença judicial, que protege os direitos da pessoa humana, o qual representa controle difuso. Naquela, a Corte se vale de mecanismo processual para verificar se o direito interno viola algum preceito estabelecido nos tratados internacionais mediante confrontação normativa em caso concreto, dessa forma se emite sentença judicial que ordena a modificação, revogação ou reforma das normas internas, o que resulta na prevalência da eficácia do tratado internacional e em controle concentrado de convencionalidade.

Valerio de Oliveira Mazzuoli (2011) pensa de forma oposta quando afirma que no direito brasileiro o Poder Judiciário interno controla a convencionalida-

de tanto na modalidade difusa, quanto na concentrada. A operacionalização do controle concentrado perante o Supremo Tribunal Federal tem sua base jurídica garantida quando a Constituição Federal permite que os tratados internacionais de direitos humanos sejam equivalentes às emendas. Sendo assim, deve a Constituição garantir-lhes os mesmos instrumentos previstos às normas constitucionais ou emendas.

Destarte, percebe-se que as ações às quais combatem a inconstitucionalidade teriam tal termo substituído por convencionalidade/inconvencionalidade. A declaração de inconvencionalidade também pode ser decretada no Supremo Tribunal Federal por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão sempre que não tiver interna necessária para lograr efetividade a uma norma convencional. (MAZZUOLI, 2012).

Convém evidenciar que a primeira ação de controle concentrado proposta no Brasil com o intuito de fiscalizar a convencionalidade de um tratado de direitos humanos equivalente a emenda constitucional, qual seja a Convenção da Organização das Nações Unidas sobre o Direito das Pessoas com Deficiência, deu-se por meio de uma Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

2. Os Efeitos do Controle de Convencionalidade na Convenção da ONU sobre o Direito de Acessibilidade da Pessoa com Deficiência

A Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência é o primeiro tratado internacional de direitos humanos do século XXI, específico para essas pessoas. (LOPES, 2007). Antes, porém, em 2001, a Organização das Nações Unidas criou comitê *ad hoc*, cujo lema era *Nothing about us without us*, para avaliar propostas, discutir e elaborar o seu texto. (LOPES, 2007). Após cinco anos de trabalho, a convenção foi homologada pela Assembleia da Organização das Nações Unidas, em 13 de dezembro de 2006 e entrou em vigência em 3 de maio de 2008, após ultrapassar o mínimo de vinte ratificações.

Isso demonstra o consenso e o reconhecimento pela sociedade internacional (Estados, organizações internacionais governamentais e não governamentais e indivíduos) da necessidade de garantir efetivamente o respeito à pessoa

com deficiência, pois a Convenção reafirma os princípios universais (dignidade, integralidade, igualdade e não discriminação) em que se baseia e define as obrigações gerais dos Governos relativas à integração das várias dimensões da deficiência nas suas políticas, bem como as obrigações específicas relativas à sensibilização da sociedade para a deficiência, ao combate aos estereótipos e à valorização das pessoas com deficiência. (PORTUGAL, 2014).

O Brasil assinou a Convenção e o seu Protocolo Facultativo em 30 de março de 2007. A promulgação desse documento pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, ganhou destaque por ter sido a primeira convenção internacional com equivalência de emenda à constituição, por força do artigo 5º, parágrafo 3º do texto constitucional de 1988⁸.

Já Portugal ratificou a Convenção e o seu Protocolo Opcional⁹ em 30 de julho de 2010, fruto da sua participação ativa na negociação multilateral, quer nas Nações quer na União Europeia.

Portanto, essa convenção é marco histórico na garantia e promoção dos direitos humanos de todos os cidadãos, em particular das pessoas com deficiência.

O propósito previsto no preâmbulo desse documento internacional é a promoção, proteção e garantia do desfrute pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por parte de todas as pessoas com deficiência e a promoção do respeito pela sua inerente dignidade. Nessa visão, a concepção de deficiência não pode ser puramente médica, o que a associa exclusivamente à doença (MARTINS, 2008), mas deve-se reconhecer que ela

8 Merecem destaque as críticas à cláusula de abertura da Constituição Federal brasileira de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos no Brasil feitas por José Emílio Medauar Ommati (2014) e Ingo Wolfgang Sarlet (2007) quando asseguram que a melhor interpretação para este caso é proveniente da análise no art. 5º, parágrafo 2º, ou seja, que desde o advento da Constituição de 1988 os direitos fundamentais oriundos do direito internacional (tratados internacionais) se aglutinam à constituição material e acabam tendo status equivalente. José Emílio Medauar Ommati (2014, p. 62-63) entende que “a Constituição teria inclusive definido que a inclusão dos tratados de direitos humanos seria automática, pois apenas explicita que basta o Brasil fazer parte do tratado ou convenção de direitos humanos”.

9 O Instituto Nacional para a Reabilitação (2014) reforça a importância da Convenção com a ratificação do seu protocolo opcional, pois este reafirma o indivíduo como sujeito internacional, quando “reconhece, de forma inovadora, o direito de os indivíduos ou grupo de indivíduos apresentarem queixas individuais ao Comité dos Direitos das Pessoas com Deficiência”, bem como enaltece a necessidade de participação no monitoramento internacional do cumprimento deste tratado, pois “Com o objectivo de garantir eficazmente os direitos das pessoas com deficiência, é instituído um sistema de monitorização internacional da aplicação da Convenção, através da criação do Comité dos Direitos das Pessoas com Deficiência, no âmbito das Nações Unidas”.

é conceito em evolução e que a mesma resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente, que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ou seja, denuncia a relação de desigualdade imposta por esses ambientes ao corpo com impedimentos. (DINIZ; BARBOSA; SANTOS, 2009).

Nesse sentido, a compreensão da deficiência e da diversidade das pessoas com deficiência está atrelada à área de desenvolvimento social e de direitos humanos, por meio de dimensão mais personalizada e social. Essa concepção traduz a noção de que a pessoa é o principal foco a ser observado e valorizado, antes de sua deficiência, bem como sua real capacidade de ser o agente ativo de suas escolhas. (MARTINS, 2008). Imbuído desse sentimento, a Convenção tratou, no Artigo 1º, do seu propósito e nele definiu o conceito de pessoa com deficiência.

Analisando a questão, Luis Fara (2010) a destaca como instrumento vinculante de proteção específica, que assume o modelo social de deficiência, ao entender que esta resulta da interação entre as pessoas com deficiência e as barreiras originadas nas atitudes e em torno das quais se encontram imersas. Desta forma, a interação sobredita ganha destaque para definição da deficiência, pois nem todo corpo com impedimentos vivencia necessariamente a discriminação, a desigualdade ou a opressão pela deficiência, vez que, agora, há relação de dependência entre esse corpo e o grau de acessibilidade que a sociedade oferece. (DINIZ, 2007).

Dessa feita, apesar de parcialmente manter o marco conceitual do modelo biomédico, a convenção adota, com clareza e contundência, combinação dos modelos que traz enfoque dinâmico, permitindo adaptações ao longo do tempo e diversos cenários socioeconômicos, além de enfatizar que o que provoca a situação de deficiência é a interação com diversas barreiras. (DINIZ; BARBOSA; SANTOS, 2009; FARA, 2010). Isso se deve à adoção do modelo social que gera referência para o entendimento e a ação, pois concebe a exclusão social da pessoa com deficiência como processo estrutural que articula e soma diversas exclusões, cada uma com suas especificidades e lógicas discretas que complicam a agregação e representação de interesses, a constituição dessas pessoas em atores estratégicos e, conseqüentemente, que aumentam o desafio de realizar os direitos desse grupo vulnerável. (ACUÑA *et al.*, 2010).

Esse conceito, supera as legislações internas até então existentes, que normalmente enfocavam o aspecto clínico ou biomédico da deficiência, propician-

Eis o terceiro volume do Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional que pesquisadores brasileiros e portugueses reúnem com feliz regularidade. Na perspectiva atual, não há como se debater sobre o direito ambiental sem seus nexos com os aspectos políticos nacionais e internacionais. O meio ambiente diz respeito a todos e da mesma forma o uso dos recursos naturais. Esta abordagem é importante porque busca compreender que todos os povos da Terra também têm direito ao desenvolvimento de suas sociedades respectivas e aqueles que já esgotaram suas reservas deverão repetir e as escolhas soberanas de quem ainda detém grandes concentrações de água, florestas, mares e rios.

Desta maneira, nada mais oportuno que se publique obras plurais como essa, porém, a não perderem sua centralidade: o desafio internacional da regulação ambiental sob um olhar da democracia e de todos os povos do mundo.

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima é Doutor e Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Frankfurt. Professor Titular da Universidade de Fortaleza e Procurador do Município de Fortaleza.