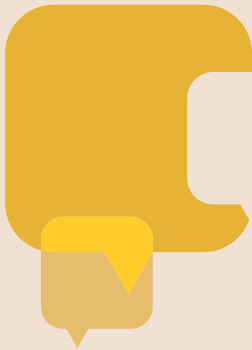




DIÁLOGO AMBIENTAL, CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

Vol. 2



Organizadores

Bleine Queiroz Caúla

Dayse Braga Martins

Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça

Valter Moura do Carmo





DIÁLOGO AMBIENTAL, CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

Vol. 2

Organizadores

Bleine Queiroz Caúla

Dayse Braga Martins

Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça

Valter Moura do Carmo



FORTALEZA – 2014



Copyright © 2014 Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça

Capa

Camila Pinheiro

Editoração Eletrônica

Bruno Melo

Revisão

Thiago Braga

Impressão e Acabamento



Rua Manuelito Moreira, 55 – Benfica
CEP 60025-210 - Fortaleza-CE
Fone: (85) 3214.8181
comercial@premiuseditora.com.br
www.premiuseditora.com.br

Conselho Editorial

Bleine Queiroz Caúla
Dayse Braga Martins
Francisco Lisboa Rodrigues
Gerardo Clésio Maia Arruda
Horácio Wanderlei Rodrigues
João Pedro Oliveira de Miranda
Jorge Miranda
Lívia Gaigher Bósio Campello
Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça
Martonio Mont'Alverne Barreto Lima
Newton de Menezes Albuquerque
Orides Mezzaroba
Susana Borrás Pentinat
Valério de Oliveira Mazzuoli
Valter Moura do Carmo
Wagner Menezes

Filiada à



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação na fonte (CIP)

D536 Diálogo ambiental, constitucional e internacional/
organizado por Bleine Q. Caúla, Dayse B. Martins,
Maria L. C. de Araújo e Mendonça e Valter M. do Carmo.
- Fortaleza: Premium, 2014.
v.2
608p.

ISBN 978-85-7924-318-9

I.Meio ambiente. I.Caúla, Bleine Queiroz. II.Martins,
Dayse Braga. III.Mendonça, Maria Lírida Calou de Araújo e.
IV.Carmo, Valter Moura do.

CDU 502

SOBRE OS ORGANIZADORES E COLABORADORES

Adriana Rossas Bertolini

Graduanda em Direito pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Bolsista pesquisadora pela Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (Funcap). Pesquisadora pelo Núcleo de Estudos Internacionais (NEI/Unifor/Funag).

Alexsandro Rahbani Aragão Feijó

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

Ana Paula Araújo de Holanda

Doutoranda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa Possui Graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza, Especialização em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina e Mestrado em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará. Coordenadora Especial de Políticas Públicas dos Direitos Humanos do Gabinete

do Governador Estado do Ceará e é Assessora da Vice-Reitoria de Graduação da UNIFOR. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direitos Humanos, Direito Civil e Direito Educacional.

Andréa de Almeida Leite Marocco

Doutoranda e mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Especialista em Direito Público, em Metodologia do Ensino de Línguas (Inglês, Português e Espanhol) e em Docência no Ensino Superior na Universidade Comunitária da Região de Chapecó (Unochapecó). Professora Titular da Unochapecó, pesquisadora do Núcleo de Estudos Conhecer Direito (NECODI) e advogada.

Antônio Alfeu da Silva

Advogado. Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Especialista em Recursos Humanos pela Unifor com atuação na área há mais de vinte anos. Negociador trabalhista.

Bleine Queiroz Caúla

Doutoranda em Direito – Área Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa sob a orientação do professor catedrático Doutor Jorge Miranda; Mestre em Administração de Empresas e especialista em Direito Processual Civil pela Unifor; Advogada e Pedagoga. Assessora do Projeto Cidadania Ativa (2005-2008) agraciada com o V Prêmio Innovare 2008 – categoria Advocacia; Professora Assistente da Graduação e da Pós-Graduação lato sensu da Unifor. Principais áreas de atuação e pesquisa: Direito Ambiental Constitucional; Educação Ambiental; Mediação Ambiental e Familiar; Cidadania e Moradia Sustentável; Responsabilidade Social das Universidades; Disseminação do Conhecimento Jurídico nas comunidades para o fortalecimento

da cidadania; Obras publicadas: O direito constitucional e a independência dos tribunais brasileiros e portugueses: aspectos relevantes. Jorge Miranda (Org.) Juruá, 2011; A lacuna entre o Direito e Gestão do Ambiente: os 20 anos de melodia das Agendas 21 Locais, Premium, 2012. Direitos Fundamentais: uma perspectiva de futuro. Jorge Miranda (Org.), Atlas, 2013. Email: bleinequeiroz@yahoo.com.br

Carlos Augusto Fernandes Eufrásio

Mestre em Direito. Professor Assistente e Coordenador da Divisão de Responsabilidade Social da Vice-Reitoria de Extensão e Comunidade Universitária da Universidade de Fortaleza (Unifor). Email: eufrasio@unifor.br

Daniel Dias Peixoto de Alencar

Administrador de Empresas, graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza, pós-graduando em Gestão Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Uniasselvi-PR. E-mail: danielalencarce@hotmail.com

Dayse Braga Martins

Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (Unifor). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Advogada, graduada em Direito e professora da pós-graduação lato sensu da Unifor e da graduação nas disciplinas de Estágio V, Soluções Extrajudiciais de Disputas, Direito Ambiental e Mediação e Conciliação na Prática. Atividades de gestão acadêmica exercidas na Unifor: supervisora do Escritório de Prática Jurídica, assessora pedagógica do Centro de Ciências Jurídicas e coordenadora do curso de Direito. Pesquisadora nos seguintes temas: direito

constitucional, direito econômico, educação jurídica, direito ambiental, direito e prática processual civil, mediação, conciliação e arbitragem.

Débora Carla Maia Gurgel Luz

Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Advogada. E-mail: deboracarlam@hotmail.com

Elane Kamila de Carvalho

Pós-graduanda em Gestão Pública Municipal. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Técnica em Meio Ambiente pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Ceará (IFCE). Assistente parlamentar da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará.

Fernanda Mara de Oliveira Macedo Carneiro Pacobahyba

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). Auditora Fiscal Jurídica da Receita Estadual do Ceará. Professora universitária. E-mail: pacmara9@yahoo.com.br

Francisco Lucistênio Rodrigues Júnior

Graduando em Direito pela Universidade de Fortaleza (Unifor).

Gerardo Clésio Maia Arruda

Doutor e mestre em Sociologia. Especialista em Geografia. Graduado em Ciências Econômicas. Diretor técnico da ONG Agência Tear. Professor da Universidade de Fortaleza (Unifor) e do Centro Universitário Christus (Unichristus).

Horácio Wanderlei Rodrigues

Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), com estágio de pós-doutorado em Filosofia na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Professor Titular do Departamento de Direito da UFSC, lecionando no curso de graduação e no Programa de Pós-Graduação – PPGD (Mestrado e Doutorado). Sócio fundador do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e da Associação Brasileira de Ensino do Direito (ABEDi). Membro do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP). Coordenador do Núcleo de Estudos Conhecer Direito (NECODI) e Pesquisador do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

José Péricles Pereira de Sousa

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Doutorando em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI pela Universidade de Coimbra. Mestrando em Filosofia e Teoria do Estado pela Universidade de Lisboa.

Júlia Alexim

Doutoranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Ciências Jurídico Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Professora do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Coordenadora-adjunta do Instituto de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Lívia Gaigher Bósio Campello

Doutora em Direito das Relações Econômicas e Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Advogada em São Paulo. Professora universitária.

Marcelio Sharles Lima da Silva

Bacharel em Administração de Empresas pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Servidor público da Caixa Econômica Federal. Especialista em Administração e Negócios pela Faculdade Ateneu.

Marcelo Ribeiro Uchôa

Mestre em Direito. Doutorando em Direito Constitucional (Unifor). Doutorando em Direito pela Universidade de Salamanca (Espanha). Professor de Direito Internacional Público e Teoria dos Direitos Humanos da graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza (Unifor). Ex-coordenador especial de Políticas Públicas dos Direitos Humanos do Governo do Ceará. Advogado sócio de Uchôa Advogados Associados.

Maria do Carmo Barros

Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Advogada, pesquisadora Pavic pela Unifor e mediadora judicial, com curso do CNJ.

Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, com estágio de pós-doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza. E-mail: liridacalou@unifor.br

Marlea Nobre da Costa Maciel

Graduada em Direito e em educação física pela UNIFOR. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Christus. Advogada atuante na área trabalhista e direitos humanos. Orienta-

dora de célula de programas e ações afirmativas de políticas dos Direitos Humanos da coordenadoria especial de políticas dos Direitos Humanos do Gabinete do Governador do Estado do Ceará. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direitos Humanos, Direito do Trabalho e educação.

Nathalie de Paula Carvalho

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Especialista em Direito e Processo Constitucional pela Unifor. Graduada em Direito pela Unifor.

Nicole de Almeida Correa

Graduanda em Direito pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Pesquisadora pelo Núcleo de Estudos Internacionais (NEI/Unifor/Funag).

Paulo Maria de Aragão

Advogado e professor. Conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Ceará.

Pedro Rafael Malveira Deocleciano

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Professor da graduação e da pós-graduação na Faculdade Católica de Quixadá.

Rodiney Rietez de Moraes

Graduado em Economia pela Universidade Federal do Ceará. Graduando em Direito pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Área de atuação: análise econômico-financeira de empresas, auditoria, perícia financeira.

Ruy Alves Henriques Filho

Doutorando pela Universidade Clássica de Lisboa. Mestre pela Universidade Federal do Paraná. Professor do Centro Universitário Curitiba e da Escola da Magistratura do Paraná. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Paraná. Autor de livros e artigos.

Susana Borràs

Professora de Direito Internacional Público e Relações Internacionais. Pesquisadora do Centro de Estudos de Direito Ambiental de Tarragona (CEDAT), Universidad Rovira i Virgili (Tarragona-Espanha).

Thaiz Singer Correia da Silva

Especialista pela Escola da Magistratura do Paraná. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba. Assessora de Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Paraná.

Valter Moura do Carmo

Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), bolsista do CNJ Acadêmico/Capes. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor).

PREFÁCIO

Jorge Miranda

1. Liberdade, responsabilidade e solidariedade constituem os valores humanos básicos e universais — liberdade das pessoas como particulares e como cidadãos, dos grupos em que se integram, dos Estados nas relações entre si e com outros sujeitos de Direito internacional¹; responsabilidade e solidariedade quer como suas condições, quer como suas consequências.

Fala-se em liberdade, responsabilidade e solidariedade no presente e em liberdade, responsabilidade e solidariedade perante o futuro. Em contrato social dentro da mesma geração e em contrato intergeracional. E, em particular, tanto em responsabilidade nos tempos atuais por parte dos que têm capacidade para decidir como em responsabilidade entre sucessivas gerações (tomando geração num sentido amplo, um pouco diferente do que é mais habitual).

Tudo isto no contexto da globalização, com os seus aspetos positivos e negativos: circulação de ideias, comunicação instantâ-

¹ Cfr., por exemplo, as visões de ROQUE CABRAL, *Responsabilidade*, in *Verbo – Edição Século XXI*, vol. 25, 2002, págs. 287 e 288; JORGE PEREIRA DA SILVA, *Breves ensaios sobre a protecção constitucional dos direitos das gerações futuras*, in *Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, obra coletiva, Coimbra, 2010, págs. 463 e segs. E, por outro lado, as de SERIO GALEOTTI, *Il valore delle solidarietà*, in *Diritto e Società*, 1996, págs. 1 e segs.; JOSÉ CASALTA NABAIS, *Algumas considerações sobre a solidariedade e a cidadania*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1999, págs. 145 e segs.; ou de FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *La solidaridad como principio constitucional*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 2º semestre de 2012, págs. 390 e segs.

nea da informação à escala mundial, apagamento de especificidades locais, peso das grandes empresas multinacionais e transnacionais, e dos grandes grupos financeiros, fácil propagação de qualquer crise do centro para a periferia². Assim como no contexto daquilo que se vem denominando sociedade de risco³.

Eis uma problemática imensa, em que avulta a degradação do meio ambiente e da natureza, por causas económicas e sociais e por transformações tecnológicas, a que vão procurando responder políticas públicas, organizações internacionais e organizações não governamentais e instrumentos jurídicos, a nível interno e internacional.

2. Por certo, a ligação do homem à natureza tinha estado presente em todas as épocas numa forma ou noutra; e, sobretudo desde o século XVI, na poesia, na música, na literatura de viagens, nas utopias, no mito do bom selvagem. Porém, com reduzida projeção, porque, entretanto, se viria a assistir a fenómenos, sem paralelo em qualquer outra época, de avanço científico, de crescimento económico, de descoberta e exploração de novas terras e de recursos tidos por inesgotáveis.

Foi só depois da segunda guerra mundial que tudo começaria a mudar, quando, para lá das devastações por ela trazidas, se tornaram mais patentes os efeitos negativos conjugados da industrialização, da urbanização e da motorização; e quando se começaram a fazer sentir, com mais nitidez, quer a interação dos fatores tecnológicos e demográficos quer a própria exiguidade e unidade

2 Cfr. MARIO TURCHETTI, *Tyrania et tiranicide de l'Antichité à nos jours*, Paris, 2003, falando de economização do mercado (pág. 973). Ou, doutro prisma, CASTANHEIRA NEVES, *O Direito hoje: uma sobrevivência ou uma renovada exigência*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Março-Abril de 2010, págs. 202 e segs., referindo-se a uma “globalização económico-jurídica com a exclusão do Direito” (págs. 205 e segs.).

3 Cfr. a síntese de MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *Sociedade de risco, política e Direito*, in *Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, I, obra coletiva, Coimbra, 2008, págs. 111 e segs.

do Planeta. A Conferência de Estocolmo de 1972 representaria um marco decisivo.

O meio ambiente e os recursos naturais vêm, por isso, concitando uma crescente preocupação, pelas ameaças paralelas que vão sofrendo tanto pelo modo de vida das sociedades ditas desenvolvidas e do homem convertido em consumidor como pelas situações de carência de sociedades pobres que não conseguem sobreviver sem o recurso à utilização, ou à destruição mesmo, dos frutos da natureza de que podem dispor sem intermediários. Conseguir ultrapassar estas dificuldades e criar um quadro duradouro de preservação ambiental é talvez o maior desafio do século XXI.

3. Ao mesmo tempo vai-se sabendo que o Estado social tem de ser também um Estado *ambiental*⁴ ou que um Estado ambiental não pode deixar de ser um Estado social, pela interconexão fortíssima entre o acesso aos bens ambientais e o acesso aos bens materiais e culturais. Na Alemanha, alude-se a um “direito a um mínimo ecológico de existência”, análogo ao “mínimo social de existência”, com base na dignidade da pessoa humana (que proíbe tomar o homem como objeto do mundo técnico-industrial).

Mais ainda: os homens e as mulheres de hoje não têm o direito de gastar todos esses recursos; donde uma limitação inerente ao objeto do direito que se vai exhibir nas condições do seu exercício. E, justamente, para um Autor, PASCALE KROMAREK, o que assinala o direito ao ambiente é que o gozo dos bens ambientais tem os seus limites no próprio ambiente⁵. Por outro lado, PETER HÄBERLE liga a dignidade da pessoa humana à solidariedade entre gerações⁶.

4 V. as expressões *Estado de Direito do ambiente*, ou *Estado de Justiça do ambiente* ou *Estado democrático do ambiente* em GOMES CANOTILHO, *Jurisdição da ecologia ou ecologização do Direito*, in *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, nº 4, dezembro de 1995, págs. 73 e segs.

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

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

Em Portugal, VASCO PEREIRA DA SILVA fala nas obrigações perante as gerações futuras e lembra que o futuro do Homem não pode deixar de estar indissociavelmente ligado ao futuro da Terra⁷ e GOMES CANOTILHO afirma que a dimensão ecológica da República justifica a expressa assunção de responsabilidade dos poderes públicos perante as gerações futuras em termos de auto-sustentabilidade ambiental⁸; MARIA DA GLÓRIA GARCIA apela a que se pense a axiologia do fazer e a responsabilidade pelo futuro e a que se tome a “questão ecológica” como “questão de destino”⁹; ANTÓNIO LEITÃO AMARO considera o princípio da sustentabilidade tributário de uma ideia de moderação¹⁰.

Tal como, no Brasil, JUAREZ FREITAS liga a sustentabilidade ao “direito ao futuro”^{11 12}.

4. Há ainda quem não se confine aos deveres e vá ao ponto de proclamar *direitos fundamentais* das gerações futuras. Eis um tema de debate que vale a pena reter.

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

8 *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, 2004, pág. 227. V. também *Sustentabilidade – um romance de cultura e de ciência, para reforçar a sustentabilidade democrática*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2012, I, págs. 1 e segs.

9 *O lugar do Direito na protecção do ambiente*, Coimbra, 2007, págs. 140-141.

10 *O princípio constitucional da sustentabilidade*, in *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, obra coletiva, II, Coimbra, 2012, págs. 405 e segs.: o princípio da sustentabilidade é tributário de uma ideia de moderação (págs. 416-417).

11 *Sustentabilidade – Direito ao futuro*, Belo Horizonte, 2011. Cfr. também *Direito Ambiental – O meio ambiente e os desafios da contemporaneidade* (coord. de Talden Farias e Francisco Seraphico da Nóbrega Coutinho), Belo Horizonte, 2010.

12 Entretanto, não é apenas a propósito do ambiente que se reconhece existirem graves problemas de sustentabilidade e que se torna necessário assumir deveres de solidariedade para com as gerações futuras.

Não menos ou não pouco importantes vêm a ser fenómenos tão diversos como:

– A difícil conciliação entre o acesso ao património cultural e a sua preservação;

– O envelhecimento das populações e a quebra da natalidade na Europa com efeitos previsíveis na subsistência futura das prestações sociais;

– Inovações tecnológicas constantes que ameaçam, sem alternativas seguras, milhares e milhares de empregos;

– A quebra da qualidade do ensino com implicações na formação dos futuros diplomados de áreas sensíveis;

– A comunicação social de massas e a globalização de estereótipos culturais que ameaçam as identidades nacionais e locais;

– O endividamento excessivo, com elevados juros a pagar no futuro.

Posição francamente favorável, embora conformando os direitos das gerações futuras não como pretensões subjetivas acionáveis, nem como realidades inscritas na dimensão jurídica objetiva dos direitos fundamentais, é a de JORGE PEREIRA DA SILVA¹³.

Subjetivamente, escreve, os direitos fundamentais fluem de forma contínua entre gerações, sem ruturas nem descontinuidades, mas numa perspetiva objetiva eles coexistem no tempo em termos tais que os direitos das gerações futuras interagem hoje mesmo com os direitos da geração presente, cerceando-os no seu alcance material ou nas suas possibilidades de exercício, e vinculando as entidades públicas à sua salvaguarda. Trata-se assim, acima de tudo, de uma dimensão jusfundamental que compromete os seus titulares presentes para com os seus titulares supervenientes e que — como certamente já se vem pressentindo — depende da efetiva assunção pelo Estado das suas responsabilidades (éticas e) jurídicas para com o futuro. Os titulares presentes dos direitos fundamentais têm que agir, até certo ponto, como administradores fiduciários daqueles que lhes hão-de suceder.

A ideia de direitos fundamentais das gerações futuras, contínua, não é apenas artifício retórico sem qualquer tradução jurídica, antes possuindo a consistência dogmática que deriva do facto de aqueles poderem já hoje produzir (pré)efeitos jurídicos delimitadores dos direitos atualmente titulados pela geração presente. Desde logo — adaptando uma ideia recorrente no que toca ao relacionamento entre direitos de sujeitos contemporâneos — os direitos das gerações presentes terminam aí onde o seu exercício irrestrito (ou abusivo) ponha em causa a subsistência dos direitos das gerações futuras, considerando sobretudo a dependência destes em face dos pressupostos naturais da vida humana na terra. Os direitos fundamentais presentes incorporam como limites

13 *Ensaio sobre a protecção constitucional das gerações futuras*, in *Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, obra coletiva (org. por Augusto de Athayde, João Caupers e Maria da Glória Garcia), Coimbra, 2010, págs. 459 e segs.

(iminentes), senão mesmo restrições, a responsabilidade dos seus atuais titulares para com todos aqueles que lhes hão-de suceder nessa posição¹⁴.

Também, em linha mais proclamatória, JUAREZ FREITAS retira do princípio da sustentabilidade o respeito consciente e pleno dos direitos daqueles que ainda não nasceram e a ligação de todos os seres acima das coisas, e define Estado sustentável como guardião da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais das gerações atuais e futuras¹⁵.

Pelo contrário, segundo MASSIMO LUCIANI, para além da ambiguidade e da polissemia da expressão, a questão dos direitos das gerações futuras é, antes de mais, a questão dos interesses do género humano. A razão essencial para não se comprometer os bens de que poderiam gozar as gerações futuras não está no pretense direito de um sujeito em potência, mas no interesse de sujeito em ato à própria sobrevivência como (parte do) género humano.

A tese dos direitos das gerações futuras não explica o que aconteceria na hipótese de conflito entre direitos destas e daquelas gerações futuras: teriam sempre razão as mais longínquas? E, se são direitos e se forem violados, como encarar um problema de responsabilidade jurídica entre gerações¹⁶?

Ou, para ANTONIO SPADARO, a tentativa de elaboração de uma teoria de direitos de gerações futuras apresenta um grau de abstracção a roçar a presunção (isto é, paternalismo ético), visto que pretende disciplinar situações jurídicas antes e sem o consentimento dos diretos interessados que, bem pelo contrário, poderiam ter direitos (e deveres) segundo outras e diversas concepções das dos atuais vivos¹⁷. Coisa bem diferente é uma promessa, um empenha-

14 *Ibidem*, págs. 459 e segs., *maxime* 486 e segs.

15 *Op. cit.*, págs. 34 e 286.

16 *Generazioni future, distribuzione temporale delle spese pubbliche e vincoli costituzionali*, in *Diritto e Società*, 2008, págs. 145 e segs.

17 *L'amore del lontano: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, *ibidem*, pág. 176.

mento individual e coletivo ou a assunção de responsabilidades atuais e difusas para com as gerações futuras¹⁸.

5. 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

18 *Ibidem*, pág. 210.

d)], pela Constituição polonesa 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 portuguesa¹⁹ 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 realçar 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 brasileira²⁰.

6. A nível internacional, encontra-se um primeiro afloramento implícito do meio ambiente no art. 22º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, ao dizer que toda pessoa como membro

19 Desde 1982, no art. 93º, nº 1, alínea d), sobre política agrícola.

20 Cfr. entre tantos AMEDEO POSTIGLIONE; *Ambiente: su significato giuridico unitario*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1985, págs. 32 e segs.; JÖRG LUTHER, *Profili costituzionali della tutela dell'ambiente in Germania*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1986, págs. 2555 e segs.; ALEXANDRE KISS, *Un aspect du "droit de vivre": le droit à l'environnement*, in *Essais sur le concept de "droit de vivre"*, obra coletiva, 1988, págs. 65 e segs. ; *Conferência Internacional – A garantia do direito ao ambiente*, obra coletiva, Lisboa, 1988; FRANCISCO LOPEZ MENUEDO, *El derecho a la protección del medio ambiente*, in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, setembro-outubro de 1991, págs. 161 e segs.; JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Direito Constitucional Ambiental*, São Paulo, 1994; RAUL LANOSA USERA, *Constitución y Medio Ambiente*, Buenos Aires-Madrid, 2000; MARCELLO CECHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milão, 2000; TIM HAYWEED, *Constitutional Environmental Rights*, Oxónia, 2005; FABRICE BIN, *La Charte Constitutionnelle de l'Environnement devant les juges constitutionnels et administratifs français*, in *Revista de Direito do Ambiente e do Ordenamento do Território*, 2011, págs. 121 e segs.

No Brasil, entre tantos, VLADIMIR PASSOS DE FREITAS, *A Constituição federal e a efetividade das normas ambientais*, 2ª ed., São Paulo, 2002; *Direito do Meio Ambiente*, obra coletiva (coord. de Graciele Corrijo Vilela e Marina Revers), Belo Horizonte, 2009; NORMA SUELI PADILHA, *Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro*, Rio de Janeiro, 2010.

da sociedade pode legitimamente exigir a satisfação dos direitos económicos, sociais e culturais indispensáveis, graças ao esforço nacional e à cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada país.

Também, algo incidentalmente, o Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais de 1966, ao contemplar o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir, estatui como uma das medidas para atingir o melhoramento de todos os aspetos de higiene do meio ambiente [art. 12º, nº 2, alínea *a*), 1ª parte].

Mais longe iria a Declaração sobre o Progresso e o Desenvolvimento no Domínio Social, de 1969, ao prescrever: “O progresso social e o crescimento económico exigem o reconhecimento do interesse comum de todas as nações na exploração, conservação, utilização e rentabilização, exclusivamente para fins pacíficos e no interesse de toda a Humanidade, de áreas do ambiente tais como o espaço extra-atmosférico e os fundos marinhos e oceânicos e respectivo subsolo, para além dos limites das jurisdições nacionais, em conformidade com os objectivos e princípios da Carta das Nações Unidas” (art. 9º, 2ª parte).

Mas o interesse redobrado pelo meio ambiente ocorreria a partir das Declarações de Estocolmo, de 1972, e do Rio de Janeiro, de 1992, de tal modo que ele se tornaria um objeto inafastável de declarações e convenções, umas vezes de âmbito universal, outras vezes de âmbito regional como a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, de 1981 — em cujo art. 24º se estabelece que todos os povos têm direito a um ambiente satisfatório e geral, favorável no seu desenvolvimento — o protocolo adicional de 1988 à Convenção Interamericana dos Direitos do Homem (art. 11º) ou a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 37º).

Nem faltam decisões de organizações internacionais — a Organização Internacional do Trabalho, a Organização Mundial

de Saúde, a Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura, a Agência Internacional de Energia Atômica. E, na União Europeia, numerosíssimos regulamentos e diretivas, a tal ponto que nos Estados que a integram o Direito Ambiental tem sobretudo aí a sua fonte principal de incremento²¹.

Enfim, um dos domínios de relevância ou de sentido objetivo da responsabilidade internacional é a responsabilidade ambiental: Convenção sobre a Responsabilidade de Operadores de Navios Nucleares de 1962, Convenção de Direito do Mar de 1982, Protocolo sobre a Responsabilidade e Indemnização por Danos Resultantes dos Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e sua Eliminação de 1999, etc.²².

7. Sim, importa, por isso, sublinhar que não é possível pensar e resolver os problemas do ambiente sem uma constante, intensa e sincera cooperação internacional.

Mas falta ainda um longo caminho a percorrer, submetendo os grandes interesses económicos e os egoísmos nacionais ao bem comum universal — porque, retomando palavras do Papa Paulo VI na encíclica *Populum Progressio*, o desenvolvimento integral do homem implica, exige o desenvolvimento solidário da humanidade.

21 Cfr., designadamente, MAGUELONNE DÉJEANT PONS, *L'insertion du droit de l'homme à l'environnement dans les systèmes regionaux de protection des droits de l'homme*, in *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, 1991, págs. 461 e segs.; LUDWIG KRÄMER, *Le droit à l'environnement et le droit communautaire*, in *Conferência Internacional*, cit., págs. 101 e segs.; ALEXANDRE KISS, *Direito Internacional do Ambiente*, in *Curso de Direito do Ambiente*, Oeiras, págs. 147 e segs.; JOSÉ MANUEL PUREZA, *Um estatuto jurídico internacional para o ambiente: património ou preocupação comum da Humanidade?*, in *Estado e Direito*, 1994, págs. 83 e segs.; PAULO CANELAS DE CASTRO, *Mutações e constâncias do Direito internacional do ambiente*, in *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, nº 2, Dezembro de 1994, págs. 145 e segs.; PIERRE-MARIE DUPUY, *Droit International Public*, 9ª ed., Paris, 2008, págs. 825 e segs.; VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, *Curso de Direito Internacional Público*, 5ª ed., São Paulo, 2011, págs. 977 e segs.; SIDNEY GUERRA, *Curso de Direito Internacional Público*, 7ª ed., São Paulo, 2013, págs. 537 e segs.

22 Cfr., por exemplo, PAULO ANTUNES, *A responsabilidade internacional objectiva dos Estados por danos ambientais*, in *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, nº 11/12, julho/dezembro de 1999, págs. 153 e segs.

SUMÁRIO

Apresentação	25
Análisis de la Contribución del Paradigma de Desarrollo Sostenible a la Justicia Ambiental, Económica y Social <i>Susana Borràs</i>	29
Solidariedade e Cooperação Internacional na Proteção do Meio Ambiente <i>Livia Gaigher Bósio Campello</i>	82
A Política Ambiental de Copenhague e os Caminhos para uma Feliz-Cidade <i>Adriana Rossas Bertolini</i> <i>Bleine Queiroz Caúla</i> <i>Nicole de Almeida Correa</i>	111
Utilização do Bioquerosene de Aviação pelas Empresas Aéreas: Vale a Pena Fomentar essa Ideia? <i>Fernanda Mara de Oliveira Macedo Carneiro Pacobahyba</i> <i>Maria Lirida Calou de Araújo e Mendonça</i>	134
O Conflito entre a Mobilidade Urbana e o Meio Ambiente: Análise da ACP nº 9019/2013 do Parque do Cocó <i>Bleine Queiroz Caúla</i> <i>Elane Kamila de Carvalho</i>	155

**Consórcios Públicos para Gestão Ambiental Sustentável
dos Resíduos Sólidos: o Caso da Região Metropolitana
do Cariri-CE**

Daniel Dias Peixoto de Alencar

Carlos Augusto Fernandes Eufrásio 186

**Liberdade de Cátedra e a Constituição Federal de 1988:
Alcance e Limites da Autonomia Docente**

Horácio Wanderlei Rodrigues

Andréa de Almeida Leite Marocco 213

**Precedentes Judiciais: Segurança Jurídica ou
Imobilização do Sistema?**

Ruy Alves Henriques Filho

Thaiz Singer Correia da Silva 239

**A Economia Criativa: as Interfaces entre o Indivíduo,
a Criatividade, a Informação, a Cultura e o Acesso**

Nathalie de Paula Carvalho 267

**A Influência da Economia no Processo Legislativo
do Ordenamento Jurídico Brasileiro**

Dayse Braga Martins

Rodiney Rietez de Moraes 286

Invasão dos Poderes

Paulo Maria de Aragão 324

Por uma Polícia Garantidora da Segurança dos Cidadãos

Adriana Rossas Bertolini

Francisco Lucistênio Rodrigues Júnior

Gerardo Clésio Maia Arruda 339

**Contexto e Perspectivas de um Direito Humano
à Participação**

José Péricles Pereira de Sousa

Pedro Rafael Malveira Deocleciano 263

**A Segurança dos Direitos Fundamentais da Criança
e do Adolescente na Medida da Responsabilidade
Civil dos Pais**

Bleine Queiroz Caúla

Débora Carla Maia Gurgel Luz

Marcelio Sharles Lima da Silva 398

**A Mediação Judicial como Instrumento de Efetivação
do Acesso à Justiça no Estado do Ceará**

Dayse Braga Martins

Maria do Carmo Barros 435

**Algumas Reflexões em Torno da Lei Espanhola
da Memória Histórica**

Júlia Alexim 461

**As Contradições da Constituição Federal de 1988 quanto
ao Direito Sindical**

Antônio Alfeu da Silva 478

**A Promoção do Ensino dos Direitos Sociais do Trabalho
pelo Sindicato como Elemento Consolidador de sua
Legitimidade junto à Categoria Profissional**

Marlea Nobre da Costa Maciel

Ana Paula Araújo de Holanda 515

A Aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade: o Caso da ADPF 182-0/800 – DF

Alexsandro Rahbani Aragão Feijó 535

As Repercussões do Direito Internacional no Pós-Constitucionalismo Brasileiro Segundo a Ótica dos Direitos Humanos

Marcelo Ribeiro Uchôa 558

APRESENTAÇÃO

A presente obra reúne uma coletânea de artigos de juristas internacionais e nacionais que ministraram palestras no IV Seminário Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional, realizado na Universidade de Fortaleza – Unifor, no mês de outubro de 2013, em comemoração aos 25 anos da promulgação da Carta Política de 1988, momento de reflexão e rediscussão de que a força normativa da Constituição não está restrita à retórica do positivismo e da responsabilidade que o jurista assume de mitigar esse desafio.

É nesse ambiente de inquietação e reanálise da eficácia normativa constitucional que entregamos à sociedade brasileira o vol. II da obra Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional, prefaciada pelo jurista português Jorge Miranda, que esteve presente na terceira edição do Seminário. A organização da presente obra coube aos professores: Bleine Queiroz Caúla (Unifor), Dayse Braga Martins (Unifor); Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça (Unifor) e Valter Moura do Carmo (UFSC).

O Seminário é uma realização do Centro de Ciências Jurídicas e conta com o apoio da Vice-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação, do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza e do Núcleo de Gestão e Estudos Ambientais – Nugea. Agradecimento especial ao apoio irrestrito de algumas instituições, a saber: Coordenação de Aperfeiçoamento de

Pessoal de Nível Superior – Capes, Fundação Escola Superior de Advocacia do Estado do Ceará – Fesac, Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Ceará e Comissão de Ensino Jurídico e de Educação e Cidadania.

O conclave reuniu professores doutores e mestres, são eles: João Pedro Oliveira de Miranda (Universidade Clássica de Lisboa – Portugal), Livia Gaigher Bósio Campello (Universidade Estácio de Sá), Horácio Wanderlei Rodrigues (UFSC), Thaís Emília de Sousa Viegas (UNDB-MA), George Marmelstein (FA7), Alessandro Rahbani Aragão Feijó (UNDB-MA), Marcelo Ribeiro Uchôa (Unifor) e Francisco Lisboa Rodrigues (Unifor).

Renomados juristas foram convocados para uma reflexão e reanálise do papel do Direito na concretização do bem-estar e da qualidade de vida com dignidade. Como disse Robert Alexy, o direito necessariamente deve ter uma “pretensão de correção”, no sentido de se aproximar da ideia de justiça.

Na quarta edição do Seminário Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional, foram debatidos temas como: Perspectivas de evolução futura do Direito da Água; O princípio da solidariedade no direito internacional do meio ambiente; O direito fundamental de manifestação: limites e possibilidades; O ambiente desafiado pelo lixo: inovações e desafios da Lei 12.305/2010; Liberdade de cátedra e a Constituição Federal de 1988: alcance e limites da autonomia docente; A influência do Direito Internacional na evolução do pós-constitucionalismo; A aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos e o controle de convencionalidade no Brasil: o caso da ADPF 182/DF; Como decide o Supremo Tribunal Federal: notas sobre sincretismo metodológico.

O internacionalista Valério de Oliveira Mazzuoli, ao prefaciar o vol. I da obra Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional, leciona: “A proteção internacional dos direitos humanos e o

direito internacional do meio ambiente são, dentro do contexto do moderno direito internacional público, os dois primeiros grandes temas da globalidade. Mas em que pese a maturidade biológica de ambos os temas, as questões relativas à inter-relação de um e outro ainda não estão totalmente maduras e devidamente esclarecidas dentro do âmbito das relações internacionais contemporâneas”.

É nesse contexto que o Centro de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza ratifica o compromisso de formar um novo jurista com um olhar contemporâneo e transversal para a Ciência do Direito na medida em que este evento consagra a interdisciplinaridade das três áreas, são elas: Ambiental, Constitucional e Internacional — entrelaçadas por desafios transcendentais à capacidade dos operadores do Direito. Oportunidade também de fomentar a pesquisa científica junto aos discentes do curso de Direito da Universidade de Fortaleza, coadjuvantes na elaboração dos artigos da obra em tela, como Adriana Rossas Bertolini, Daniel Dias Peixoto de Alencar, Elane Kamila de Carvalho, Francisco Lucistênio Rodrigues Júnior, Maria do Carmo Barros, Nicole de Almeida Correa e Rodiney Rietez de Moraes.

Na percepção de Valério Mazzuoli, “conhecer os diálogos possíveis entre a proteção ambiental, as normas constitucionais e internacionais é exatamente o objeto deste livro”. A partir desse diálogo entre as três áreas jurídicas, esperamos fomentar a pesquisa interdisciplinar na prossecução de uma reaproximação entre o direito positivo e o mundo fático.

Bleine Queiroz Caúla
Coordenadora do Seminário Diálogo Ambiental,
Constitucional e Internacional

ANÁLISIS DE LA CONTRIBUCIÓN DEL PARADIGMA DE DESARROLLO SOSTENIBLE A LA JUSTICIA AMBIENTAL, ECONÓMICA Y SOCIAL

Susana Borràs

Introducción: Desarrollo, degradación ambiental y desigualdad económica y social

El modelo desarrollo se ha caracterizado por la explotación intensiva de los recursos naturales demandando de éstos una máxima rentabilidad a corto plazo minimizando las consecuencias ecológicas del deterioro ambiental y la pérdida gradual de los recursos naturales. El resultado ha sido la generación de problemas ambientales que condicionan el bienestar del ser humano: el cambio climático producido por calentamiento global por las emisiones liberadas de gases de efecto invernadero; la contaminación del agua, el suelo y el aire debido el deterioro de su calidad original debido a la adición de sustancias y/o acciones de origen antropogénico; la deforestación y pérdida de la biodiversidad por la demanda de terrenos de cultivo, el sobre-pastoreo, los incendios y la contaminación; y la pérdida de la capa de ozono debido a la producción y uso de cloro-fluorocarbonos, halones y otros gases utilizados como refrigerantes,

son solo algunas de las consecuencias de la interferencia antropogénica sobre el sistema natural.

Los problemas generados han sido en cierto modo por la concepción misma del modelo de desarrollo. El concepto de desarrollo es aún equívoco. Según el contexto donde se utilice puede significar aumento, progreso, adelanto, mejora, crecimiento, desenvolvimiento, incremento, ampliación, bienestar, prosperidad, riqueza, perfeccionamiento, avance, auge... en todo caso, el desarrollo experimentado a lo largo de estos años se ha centrado en el incremento económico e irracional basado en la sobreexplotación de los recursos, que no solo tienen implicaciones ambientales, sino también genera desigualdades económicas y sociales, acrecentando la brecha entre países desarrollados y países menos desarrollados, acrecentando las bolsas de pobreza.

En el presente trabajo se plantean las limitaciones y las contribuciones del modelo de desarrollo sostenible en la realización de la justicia ambiental, económica y social, como nuevo paradigma surgido en respuesta de un desarrollo económico, social y ambiental labrado a lo largo de los años y generador de injusticias y desigualdades.

1. Los límites del crecimiento y el paradigma del desarrollo “sostenible”

El concepto *desarrollo sostenible* surge como respuesta esta la crisis ambiental, que si bien no es un fenómeno reciente, adquiere especial protagonismo a partir de los años sesenta y es precisamente en las últimas décadas del siglo XX cuando comienzan a evidenciarse los más graves problemas socio-ambientales generados por el neoliberalismo. Entonces la problemática ambiental surge

como síntoma de una crisis de civilización, cuestionando las bases mismas de la racionalidad económica, los valores de la modernidad y los fundamentos de las ciencias que fueron fraccionando el conocimiento sobre el mundo. De esta manera se plantea la necesidad de dar bases de sostenibilidad ecológica y de equidad social al proceso de desarrollo.

Los primeros cuestionamientos al desarrollo como directamente responsable del deterioro del medio ambiente y la destrucción de los recursos naturales es algo que comenzó a preocupar seriamente a la comunidad internacional desde 1962 cuando Rachel Carson publicó “La Primavera Silenciosa”. En esta obra se evidencian los graves problemas ocasionados por el modelo de ‘Revolución Verde’, el cual se sustentaba en la aplicación de grandes cantidades de pesticidas, fertilizantes y riego a las exigentes variedades creadas genéticamente. Desde entonces, el tema ambiental ha estado íntimamente ligado al desarrollo.

Esta voz de alerta sobre los peligros del modelo de desarrollo se constata mediante el informe *Más allá de los límites del crecimiento*, popularmente es conocido como Informe Meadows, elaborado a principios de los años setenta por un grupo de especialistas del Instituto Tecnológico de Massachusetts por encargo del Club de Roma sobre los principales problemas de la sociedad. En este Informe se desarrollan y enriquecen los conceptos maltusianos de límites absolutos de los recursos y el crecimiento exponencial de la población, con la consideración de los problemas de la contaminación, la desnutrición y el deterioro del medio ambiente natural en general. No obstante, la noción de desarrollo sostenible se formalizó y divulgó por la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo creada por la Asamblea General de las Naciones Unidas a finales de 1983²³. En su informe final publicado en 1987

23 UN Doc A/42/427 (4 Aug. 1987).

con el título “Nuestro futuro común”, más conocido como Informe Brundtland por el nombre de la presidenta de la Comisión, se define el desarrollo sostenible como:

... el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades. Encierra en sí dos conceptos fundamentales: el concepto de “necesidades”, en particular las necesidades esenciales de los pobres, a las que se debería otorgar prioridad preponderante; la idea de limitaciones impuestas por el estado de la tecnología y la organización social entre la capacidad del medio ambiente para satisfacer las necesidades presentes y futuras.

A partir de la Conferencia de Río de Janeiro, de junio de 1992, se asume esta noción para intentar solucionar contradicciones a veces irresolubles y para reconciliar las aspiraciones de los Estados del Sur en materia de desarrollo económico, en especial a partir de la constatación del fracaso del Nuevo Orden Económico Internacional, con las preocupaciones de los Estados desarrollados relativas a la protección del medio ambiente. Así, el concepto de desarrollo sostenible es el resultado de la evolución de la noción misma de desarrollo, pero también del reconocimiento de que existen límites en la biosfera y en sus recursos naturales para satisfacer las necesidades de las generaciones presentes y futuras.

Esta preocupación, tuvo su reflejo en algunos tratados internacionales y en algunas conferencias internacionales y documentos adoptados por iniciativa de las Naciones Unidas décadas atrás. Algunos tratados son la Convención internacional para la regulación de la pesca de la ballena, de 2 diciembre de 1946, que en su preámbulo de recoge el interés de conseguir un nivel óptimo de existencias de ballenas mediante un sistema de regulación de la pesca de la

ballena que permita garantizar la conservación adecuada y efectiva de las especies de ballenas y hacer posible de esa forma el desarrollo ordenado de la industria ballenera; la Convención de Ginebra sobre pesca y conservación de los recursos pesqueros de la alta mar, de 29 de abril de 1958, que reconoce en su preámbulo el peligro de sobreexplotación de tales recursos y concibe la “conservación de los recursos vivos de la alta mar” como un conjunto de medidas que permitan un rendimiento óptimo constante de estos recursos (art. 2); la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982, que en su arto 119.1.a/, relativo a la conservación de la pesca en alta mar, establece que la determinación de la captura permisible se basará en el criterio del máximo rendimiento sostenible con arreglo a los factores ambientales y económicos pertinentes;” o en el Acuerdo sobre la conservación de la naturaleza y los recursos naturales, adoptado por la ASEAN en 1985, en cuyo art. 1.1 se recoge por vez primera la expresión desarrollo sostenible.

También en la Conferencia de Estocolmo sobre el medio humano, celebrada del 5 al 16 de junio de 1972²⁴, ya se constató una percepción distinta de los problemas ambientales para los países desarrollados y los países en vías de desarrollo. Los primeros habían promovido la celebración de la conferencia para intentar dar respuesta a los efectos nocivos que su desarrollo tenía sobre el medio ambiente. Los segundos, que participaron con muchas reticencias en dicha conferencia, percibían las exigencias de adoptar medidas de protección de los recursos naturales como un obstáculo a sus posibilidades de desarrollo. La Conferencia de Estocolmo de

24 Aunque previamente el concepto de desarrollo sostenible ya fue esbozado en las reuniones preparatorias de la Conferencia Mundial sobre el Medio Humano de 1972 y muy debatido en la década de los 70. En este sentido, UNEP/UNCTAD, *Symposium on Patterns of Resource Use, Environment and development*, Cocoyoc, 1974, véase además: “The Cocoyoc Declaration”, en UNEP: *In Defense of the Earth: The basic texts on environment*, Founex, Stockholm Cocoyoc, Executive Series núm. 1.

1972, en el plano político, situó la preocupación por el medio ambiente en la agenda internacional y, en el plano jurídico, supuso el inicio del Derecho internacional del medio ambiente²⁵.

A partir de la Conferencia de Estocolmo, la conciencia ambiental se expandió a escala mundial. En ese momento se señalan los límites de la racionalidad económica y los desafíos que genera la degradación ambiental al proyecto civilizatorio de la modernidad.

En efecto, la Declaración de Estocolmo sobre el medio humano de 1972 contiene ya algunos de los elementos alrededor del concepto de *ecodesarrollo*, que el informe Brundtland y la Conferencia de Río van a enunciar con la expresión de *desarrollo sostenible*. En primer lugar, en ella se incorpora ya la dimensión intergeneracional (pár. 6 del preámbulo y principio 2), puesto que se señala que la preservación de los recursos naturales de la Tierra para las generaciones presentes y futuras se ha convertido en una meta imperiosa de la humanidad. En segundo lugar, se reconoce que la utilización de los recursos naturales, renovables y no renovables, tiene límites que han de tenerse en cuenta si se quiere evitar su futuro agotamiento (principios 4 y 5). En tercer lugar, se destaca que tanto los países desarrollados como los países en vías de desarrollo tienen problemas ambientales, aunque éstos se deban a diferentes causas, a la industrialización y el desarrollo tecnológico unos y al subdesarrollo otros (pár. 4 del preámbulo). Por ello, se propone que la mejor manera de asegurar a las personas un medio ambiente sano y de calidad y solucionar los problemas medioambientales que ge-

25 En ella se adoptaron una declaración de principios, la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano, de 16 de junio de 1972, y un Plan de acción que contenía un magnífico diagnóstico de la situación del medio ambiente y de los principales problemas ambientales que existían en el momento.” Además, la Asamblea General creó el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) mediante su Res 2997 (XXVII) (15 Dec. 1972), con el objetivo de promover la cooperación internacional en relación con el medio ambiente y coordinar los programas y proyectos relativos al mismo dentro del sistema de las Naciones Unidas.

nera el subdesarrollo es el desarrollo económico y social (principios 8 y 9). Y, por último, la Declaración de Estocolmo incorpora también la necesidad de adoptar un enfoque integrado y coordinado de la planificación del desarrollo que sea compatible con la protección del medio humano (principios 13 y 14), de forma que las políticas ambientales de los Estados deberían estar encaminadas a potenciar y no a obstaculizar el crecimiento de los países en vías de desarrollo (principio 11). Y los planes de desarrollo de estos Estados deberían recibir los recursos financieros adecuados para la conservación y mejora del medio ambiente (principio 12). A pesar de que muchos de los principios de ambos discursos, el de Estocolmo y el de Río son afines, las estrategias de poder del orden económico dominante van modificando el discurso ambiental crítico para someterlo a la racionalidad del crecimiento económico.

A una década de la celebración de la Conferencia de Estocolmo y de formulados los principios del ecodesarrollo, los países en desarrollo se vieron atrapados en la crisis de la deuda, la inflación y la recesión económica. La recuperación del crecimiento apareció entonces como una prioridad y razón de fuerza mayor de las políticas gubernamentales. En este proceso se configuraron los programas neoliberales de diferentes países, al tiempo que avanzaban y se complicaban los problemas ambientales. En ese momento empieza a caer en desuso el discurso del ecodesarrollo y a ser suplantado por la retórica del desarrollo sostenible.

Con la introducción del concepto de desarrollo sostenible en la Conferencia de Río de Janeiro de 1992 parece relajarse la tensión entre los diferentes intereses de los Estados, respecto del medio ambiente y el desarrollo, pretendiendo alcanzar una consideración de solidaridad y de equidad intergeneracional, mediante la conciliación de intereses individuales e intereses comunes, de protección del medio ambiente y desarrollo, de países desarrollados y de paí-

ses en vías de desarrollo y de generaciones presentes y generaciones futuras. Con un enfoque más holístico, la Declaración de Río se refiere a la necesidad de integrar la protección del medio ambiente y el proceso de desarrollo con el fin de lograr el desarrollo sostenible (Principio 2). Allí fue elaborado y aprobado un programa global conocido como *Agenda 21* para normar el proceso de desarrollo con base en los principios de la sostenibilidad. De esta forma se fue prefigurando una política global para disolver las contradicciones entre medio ambiente y desarrollo.

El proceso de evolución posterior derivó a la celebración de tres revisiones del proceso “Río”²⁶. La primera revisión y evaluación se produjo en 1997, en la Sesión especial de la Asamblea General, denominada “Río+5”, donde se adoptó un “Programa para la Aplicación de la Agenda 21” y se identificaron los déficits principales para el logro del desarrollo sostenible, es decir, la pobreza y la desigualdad social, debida en su mayor parte a la disminución de los niveles de ayuda oficial al desarrollo y al incremento de la deuda externa. Entre los objetivos de esta revisión se determinó la necesidad de introducir mejoras en la transferencia de tecnología, fomentar la capacitación para la participación y en temas de desarrollo; mejorar la coordinación institucional e introducir cambios en los niveles de producción y consumo²⁷. La segunda revisión del proceso de “Río”²⁸ fue, a través de la convocatoria y celebración de la Cumbre Mundial para el Desarrollo Sostenible, la llamada “Río+10”²⁹, celebrada en Johannesburgo del 26 de agosto al 4 de septiembre de 2002, que tuvo como principales objetivos la revisión y evaluación de los objetivos logrados desde 1992 y la concreción

26 En 1992, la Asamblea General de Naciones Unidas determinó la revisión y la evaluación, cada cinco años, de la Agenda 21. See Report of the United Nations Conference on Environment and Development (Rio de Janeiro 3-14 June 1992) UN Doc A/CONF.151/26/Rev.1/Vol.I.

27 UN Doc A/RES/S-19/2 (19 Sept. 1997).

28 Celebrada en Johannesburgo (Sudáfrica), del 26 de agosto al 4 de septiembre de 2002.

29 Convocada mediante UNGA Res. 55/199 (5 Feb. 2001). UN Doc A/RES/55/199.

de los compromisos que permitan la consecución de un desarrollo sostenible generalizado³⁰. Y la tercera, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible “Río + 20” celebrada, de nuevo, en Río de Janeiro, en junio de 2012 y que ha constatado las dificultades experimentadas en estos veinte años para aplicar efectivamente el concepto de desarrollo sostenible y, en definitiva, en la imposibilidad de llegar a acuerdos políticos amplios que permitan hacer frente a la gravedad de la situación ambiental del Planeta³¹.

La “garantía de la sostenibilidad ambiental” también ha sido incluida como uno de los ocho objetivos del desarrollo del Milenio declarados por las Naciones Unidas y que exige “incorporar los principios del desarrollo sostenible en las políticas y en los programas nacionales e invertir la pérdida de recursos naturales”³².

En todo caso, la noción de desarrollo sostenible es el resultado de un proceso evolutivo en el que han confluído sus tres pilares: el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección del medio ambiente, que se traducirían en tres objetivos o valores: beneficio económico, justicia social y protección del medio ambiente. De acuerdo con estos pilares, un desarrollo es sostenible si es económicamente viable, socialmente justo y ambientalmente correcto³³.

Estos tres componentes son complementarios, interdependientes y están interrelacionados entre sí; cada uno de ellos es un

30 En esta Cumbre, celebrada en Johannesburgo del 26 de agosto al 4 de septiembre de 2002, se adoptaron los siguientes documentos: la Declaración de Johannesburgo sobre el desarrollo sostenible y el Plan de Aplicación (4-5 Sept. 2002) (UN Doc A/CONF.199/20). Al desarrollo sostenible generalizado también se refiere la Declaración de la Asociación de Derecho Internacional relativa a los Principios de Derecho Internacional relativos al Desarrollo Sostenible, adoptada el 2 de abril de 2002. *Íd.* ILA New Delhi Declaration of Principles of International Law relating to Sustainable Development, de 2 de abril 2002, The 70th Conference of the International Law Association, Nueva Delhi, India, 2-6 April 2002. UN Doc. A/CONF.199/8 (9 Aug. 2002).

31 Los dos temas centrales en torno a los cuales se articuló el debate fueron la economía verde en el marco del desarrollo sostenible y la eliminación de la pobreza y el marco institucional del desarrollo sostenible. See UNGA Res. 66/288 (27 July 2012). UN Doc A/RES/66/288.

32 UNGA Res. 55/2 (16 Sept. 2000). UN Doc A/RES/55/2.

33 Esta es la famosa triplete llamada *Triple Bottom Line (la línea de los tres pilares)*, creada en 1990 por el británico John Elkington, fundador de la ONG *SustainAbility*.

objetivo parcial y requisito imprescindible para la consecución de los demás y del objetivo global del desarrollo sostenible. Su consecución exige, por tanto, un equilibrio proporcionado entre desarrollo económico, desarrollo social y protección del medio ambiente, de forma que se refuercen mutuamente si se persiguen de manera simultánea. El desarrollo económico de una sociedad exige recursos naturales y a la vez genera riqueza que puede ser destinada a incrementar la justicia social y a la conservación del medio ambiente. Una sociedad en la que existe un buen nivel de desarrollo social garantiza la libertad política y de oportunidades que favorecen el crecimiento económico y la conciencia medioambiental necesaria para llevar a cabo un uso racional de los recursos naturales y destinar inversiones a la conservación de la naturaleza. El triángulo del desarrollo es el reflejo de las tensiones y el equilibrio de sus tres vértices, que se constituyen como pilares interdependientes y sinérgicos del desarrollo sostenible. En definitiva, el objetivo del desarrollo sostenible exige una integración equilibrada de las tres dimensiones con el fin de asegurar la estabilidad del sistema: la económica, la social y la medioambiental.

Ahora bien, en la práctica se otorga prioridad a uno u otro de los componentes en función del contexto económico, social y ambiental de los distintos Estados. Los Estados desarrollados centran sus objetivos en el incremento de la justicia social y en la protección del medio ambiente, mientras que los Estados en vías de desarrollo tienen como primera meta el desarrollo económico, ya que sin él no es posible destinar recursos al desarrollo social y a la protección del medio ambiente.

La ambivalencia del discurso de la sustentabilidad surge de la polisemia del término *sustainability*, que integra dos significados: el primero, traducible como sostenible, que implica la internalización de las condiciones ecológicas de soporte del proceso eco-

nómico; el segundo aduce a la sostenibilidad o perdurabilidad del proceso económico mismo.

No obstante, la ambigüedad de la formulación misma del concepto de desarrollo sostenible ha permitido una mayor aceptación del concepto: por una parte, quienes ven en el concepto la previsión de una producción que sea soportable por el ecosistema y que pueda ser considerado a largo plazo, es decir, una limitación del crecimiento económico, la transformación radical de las pautas de producción y consumo de los países industrializados, siguiendo así el diagnóstico del Informe Meadows de los años setenta sobre la crisis ecológica y los límites del modelo de crecimiento de las sociedades industrializadas; y, por otra, quienes privilegian más el desarrollo, entendido como crecimiento económico.

Aunque ambos posicionamientos son interpretaciones posibles del concepto de desarrollo sostenible, impera la creencia de que sólo con tasas de crecimiento económico positivas será posible atender a las demandas sociales y ambientales y lograr la recuperación ambiental. De acuerdo con esta interpretación, el desarrollo sería duradero/sostenido, es decir, el crecimiento medido en términos monetarios. En consecuencia, el desarrollo se considera “naturalmente” positivo y debe avanzar a un ritmo más sostenido, hasta hacerse irreversible y evitar el desarrollo no duradero que sufren los países del sur. Los límites del desarrollo, según esta interpretación, no vendrían generados por el ecosistema, sino por el desarrollo, que condiciona la supervivencia de la sociedad³⁴. Estos planteamientos propugnan una interpretación débil del concepto de desarrollo sostenible, en tanto que reconocen la existencia de fallos del mercado, de externalidades y de costes ecológicos, preconizando su internalización a través de los instrumentos económicos convencionales.

34 G. Girst, *El desarrollo: historia de una creencia occidental* (Catarata, Madrid 2002).

El resultado de este posicionamiento es una creciente demanda sobre los recursos naturales del planeta excediendo los límites ecológicos y imprimiendo una fuerte “huella ecológica” desde los años ochenta hasta la actualidad por encima de la capacidad de regeneración de la Tierra.

Ni en el Informe Bruntland, ni en la Conferencia de Río de 1992 y los posteriores encuentros internacionales se optó por determinar cuál era la interpretación válida de desarrollo sostenible. La indefinición ha favorecido la transición de la era del apogeo ambientalista a la actual, la era de la globalización económica, sin la necesidad de inventar otra denominación del modelo de desarrollo internacional. En efecto, si como se ha analizado, en los años setenta la crisis ambiental llevó a proclamar el freno al crecimiento antes de alcanzar el colapso ecológico, en los años noventa la globalización económica aparece como su negación. En la actualidad, en cambio, el discurso neoliberal afirma la desaparición de la contradicción entre ambiente y crecimiento. Se propone así al mercado como el medio más certero para internalizar las condiciones ecológicas y los valores ambientales al proceso de crecimiento económico, guiado por el libre mercado y alejándose de la integración equilibrada del discurso del desarrollo sostenible. La falsa solución de proteger el medio ambiente a través de la economía y del mercado, la llamada *green economy*, ha sido adoptada por algunas empresas que han integrado políticas agresivas de sostenibilidad y responsabilidad social para crear una imagen acorde con la moda de proteger el medio ambiente. Precisamente, la moda de comercializar productos e imagen “verdes”, ha generado que algunas grandes empresas quieran asociar su marca a la naturaleza o a mensajes con una percepción positiva en la sociedad actual como “verde”, “responsable”, “natural”, “reciclable”, “sostenible”, “orgánico”, “bio” y otras palabras similares. Este es el llamado “*greenwashing*” es decir, un falseamiento de la protección ambiental, que

sin duda induce a error a los consumidores en relación con las prácticas ambientales de una empresa o los beneficios ambientales de un producto o servicio y sobre todo porque estas mismas empresa, en la mayor parte de los casos, son responsables de generar el problema de la degradación ambiental y la injusticia social. Este retroceso en el concepto de desarrollo sostenible hacia una suerte de “enverdecimiento” de la economía tuvo su reconocimiento en la última Conferencia de Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible 2012, “Río +20”, mediante el documento final de la Conferencia “El futuro que queremos”³⁵. La Conferencia, que pretendía ofrecer la oportunidad para debatir cómo el desarrollo sostenible podía llegar a ser una realidad, centró su atención en una economía verde y la erradicación de la pobreza como uno de los instrumentos importantes disponibles para lograr el desarrollo sostenible. El documento final de la Conferencia se refiere a que la economía verde debe contribuir a la erradicación de la pobreza y al crecimiento económico sostenido, aumentando la inclusión social, mejorando el bienestar humano y creando oportunidades de empleo y trabajo decente para todos, manteniendo al mismo tiempo el funcionamiento saludable de los ecosistemas de la Tierra. No obstante, lejos de ser una propuesta alternativa al modelo económico dominante, la economía verde tiene su razón de ser en el aumento de las bases para explotar y hacer negocio con la naturaleza.

El concepto de desarrollo sostenible ha terminado siendo un modismo retórico, que incluso, en ocasiones, se ha reducido terminológicamente a un adjetivo “sostenible” y semánticamente, ignorado los daños ambientales ocasionados. Por este motivo, hay quien defiende el abandono de este concepto, como Serge Latouche, y otros, como Riechmann, una reinterpretación del concepto reforzando la vertiente “ecológica” y no economicista del concepto

35 Resolución aprobada por la Asamblea General 66/288. El futuro que queremos, 11 de septiembre 2012.

de desarrollo sostenible³⁶. Así también, las organizaciones de justicia ambiental han intentado, ampliar el discurso predominante del medioambientalismo moderno, fundamentado en torno a la gestión medioambiental, con el propósito de incorporar consideraciones de justicia social y de equidad y así hablar de la “sostenibilidad justa” (Agyeman 2007). La imposibilidad de asimilar estas y otras propuestas críticas, la política del desarrollo sostenible está desactivando, diluyendo y pervirtiendo el concepto de ambiente, que al mismo tiempo se instrumentaliza justificando estrategias de apropiación de los recursos naturales en el marco de la globalización económica, la cual transfirió sus efectos de poder al discurso de la sostenibilidad. Así, el discurso dominante de la globalización promueve un crecimiento económico sostenido, desconociendo y negando las condiciones ecológicas y termodinámicas para la apropiación y transformación de la naturaleza. Llegados a este punto, la sostenibilidad, al igual que la ecología y la paz, pierden significado y se convierten en una oportunidad de negocio.

En todo caso, a pesar de las diferentes interpretaciones atribuidas al concepto, son numerosos los instrumentos mundiales jurídicamente vinculantes relativos al desarrollo sostenible concertados después de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, que sin duda han servido para promover los objetivos de la Agenda 21 y ampliar el marco jurídico que apoya el desarrollo sostenible como, por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular en África, 1994; la Convención sobre seguridad nuclear, de 1994; el Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Conven-

36 S. Latouche, *Sobrevivir al desarrollo* (Icaria, Barcelona 2007); J. Riechmann, ‘Desarrollo sostenible: la lucha por la interpretación’ in J. Riechmann and others (ed), *De la economía a la ecología* (Trotta, Madrid 1995) 11.

ción de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios de 1995; la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, de 1997; la Convención mixta sobre seguridad en la gestión del combustible gastado y sobre seguridad en la gestión de desechos radioactivos, de 1997; el Convenio de Rotterdam para la aplicación del procedimiento de consentimiento fundamentado previo a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional, de 1998; el Protocolo sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes del movimiento transfronterizo y la eliminación de desechos peligrosos y otros desechos, de 1999, del Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación; el Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología, de 2000; y el Convenio de Estocolmo sobre los contaminantes orgánicos persistentes, aprobado en mayo de 2001. El concepto de desarrollo sostenible se convierte así como un nuevo paradigma, que debe aplicarse a las políticas y los derechos ambientales y que abarca una realidad mucho más amplia, la temporal (intra e intergeneracional) y la espacial (local, estatal, regional y global), a pesar de no ser un concepto pacífico

2. La integración del desarrollo sostenible en el Derecho internacional del medio ambiente

La integración del concepto de desarrollo sostenible en los diferentes ámbitos normativos del Derecho internacional del medio ambiente se produce sobre todo tras la celebración de la Conferen-

cia de Río de 1992, justo cuando la sociedad internacional fija su atención en la preocupación ambiental y cuando se afirma la existencia de una nueva rama del ordenamiento jurídico internacional, el Derecho internacional del medio ambiente.

La finalidad última del Derecho internacional del medio ambiente es la protección de un interés común de la Humanidad por encima de los intereses particulares de los Estados: no ya la supervivencia del conjunto de los seres humanos, sino el “derecho” de las generaciones futuras a recibir un medio ambiente digno aparecen como elementos en la formación de principios y normas de ‘equidad intergeneracional’, de acuerdo con el concepto de desarrollo sostenible³⁷. En este sentido, el Derecho ambiental busca satisfacer no solamente los intereses individuales de los Estados en sus relaciones recíprocas, sino también y, sobre todo, el interés común de la comunidad internacional en proteger y conservar el entorno en el que la humanidad habita³⁸. Por este motivo, las normas de Derecho ambiental no reflejan, necesariamente, como lo hacen las normas en otros sectores del Derecho internacional, la reciprocidad, el equilibrio entre las obligaciones y los derechos de los Estados, sino que persiguen la realización de un fin compartido por todos. Su aplicación no se deriva un beneficio inmediato para los Estados, sino cargas y obligaciones cuya ejecución es indispensable para la obtención del fin común³⁹.

En este contexto, la traducción normativa de este concep-

37 F. Mariño, ‘La protección del medio ambiente: régimen general’ in M. Díez-Velasco (ed), *Instituciones de derecho internacional público* (12th edn Tecnos, Madrid 1999) 634.

38 La consideración de la protección del medio ambiente como interés común de la Humanidad o como interés global ha conllevado el análisis por parte de la doctrina de la posibilidad de considerar esta cláusula como una obligación general erga omnes, con la consecuencia de poder exigir a cualquier Estado no Parte en un determinado tratado el cumplimiento de dichas obligaciones. Para profundizar en la cuestión, see J. A. Frowein. ‘Reactions by Not Directly Affected States to Breaches of Public International Law’ (Collected Courses of the Academy of International Law 248 The Hague 1994) 353; A. Kiss and D. Shelton, *International Environmental Law* (Transnational Publishers, Ardsley 2004) 16ff.

39 Sobre esta cuestión consultar a R. Wolfrum. ‘The Principle of the Common Heritage of Mankind’ (1983) 43 *ZaöRV* 312, 332ff.

to se ha realizado de dos formas: una, en el plano de las técnicas normativas, mediante la incorporación en los tratados internacionales del medio ambiente de obligaciones de comportamiento, imponiendo limitaciones a las actividades y/o comportamientos que ocasionan un impacto sobre el medio ambiente; obligaciones de carácter asimétrico en su contenido en función de la categoría de Estados de que se trate, desarrollados o en vías de desarrollo; una clara relativización de compromisos jurídicos que permiten fijar unos estándares de protección ambiental obligatorios en función de determinados parámetros temporales; y obligaciones compensatorias, con el fin de procurar una transferencia de capacidades de los Estados desarrollados a los países en vías de desarrollo, con el fin de procurar el logro de los objetivos comunes y compensar las diferencias por los esfuerzos realizados en esta labor. Y una segunda forma, en el plano de los principios generales, incorporando nuevos principios que constituyen el marco jurídico de referencia para procurar el desarrollo sostenible. Todos estos nuevos principios conviven necesariamente con unos derechos y deberes soberanos de los Estados, que constituyen una base jurídica mínima, sobre la cual se rigen las relaciones y el comportamiento de los Estados en la sociedad internacional.

Así, de acuerdo con la Resolución 1803⁴⁰, los pueblos y de las naciones tienen el derecho a la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales debe ejercerse en interés del desarrollo nacional y del bienestar del pueblo del respectivo Estado. De la misma manera se expresa en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 cuando establece, en su artículo 1, párrafo 2, que “Para el logro de sus fines, todos los pueblos disponen libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica in-

40 UNGA Resolución 1803 (XVII) (14 Dec. 1962).

ternacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a ningún pueblo de sus propios medios de subsistencia⁷⁴¹.

Este derecho incluso trasciende el poder soberano del Estado cuando se trata de pueblos indígenas. Así el Convenio número 169, sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes de 1989⁴², adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, en su 76ª Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en Ginebra, en junio de 1989⁴³ se refiere a los derechos de los pueblos independientes a los recursos naturales existentes en sus tierras que sean objeto de especial protección, comprendiendo el derecho a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. Asimismo, en el contexto regional, es necesario destacar la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, adoptada por la Organización para la Unidad Africana, el 27 de junio de 1981⁴⁴, en cuyo artículo 21 se establece que “1. Los pueblos tienen la libre disposición de sus riquezas y recursos naturales”. El artículo sigue estableciendo que este derecho se ejercerá en interés exclusivo de las poblaciones y sin que éstas puedan ser privadas de su ejercicio. El derecho a la libre disposición de las riquezas y recursos naturales se ejercerá sin perjuicio de la obligación de promover una cooperación económica inter-

41 Posteriormente, el 12 de diciembre de 1974, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados. En el texto se reconoce, como principio básico, el derecho a la soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales y en su artículo 2.1 establece que “todo Estado tiene y ejerce libremente soberanía plena y permanente, incluso posesión, uso y disposición sobre toda su riqueza, recursos naturales y actividades económicas”. See UNGA Res 3281 (XXIX) (12 Dec. 1974).

42 Este Convenio se aplica a los pueblos indígenas de países independientes cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional y aquellos pueblos independientes considerados indígenas por su descendencia. *Vid.* Preámbulo del Convenio.

43 Este Convenio revisa, parcialmente, el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales de 1957, número 107.

44 *Vid.* OUA Doc. CAB/LEG/67/3 rev5, 21 *ILM* 58 (1982), entrada en vigor el 21 de octubre de 1986.

nacional fundada en el respeto mutuo, el intercambio equitativo y los principios de Derecho internacional. En este sentido, los Estados Parte en esta Carta se comprometen, tanto individual como colectivamente, a ejercer el derecho a la libre disposición de sus riquezas y de sus recursos naturales, con vistas a reforzar la unidad y solidaridad africanas. Las Partes también asumen el compromiso de eliminar todas las formas de explotación económica extranjera, especialmente, aquélla practicada por los monopolios internacionales, con el fin de prevenir a la población de cada país beneficiarse, plenamente, de las ventajas provenientes de sus recursos nacionales. En caso de despojo, la Carta prevé que el pueblo despojado tiene derecho a la legítima recuperación de sus bienes, así como a una indemnización adecuada.

El principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* es la contrapartida a este derecho soberano de los Estados es la responsabilidad de velar porque las actividades realizadas bajo su jurisdicción o control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de los límites de la jurisdicción nacional⁴⁵. Este principio de buena vecindad se basa en la prohibición de permitir comportamientos que generen un daño al medio ambiente de otros Estados o el principio de utilización equitativa, según el cual el acceso de los Estados a la explotación y uso de las aguas con las que su territorio colinda o de las aguas que cruzan por su territorio, se debe dar en términos de equidad y no discriminatorios.

Junto a la existencia de este marco normativo general que rige la actividad de los Estados en el ámbito internacional, el Dere-

45 El principio de prevención se puso de relieve en el laudo relativo a la Fundación de Trail y fue reiterado no sólo en el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo (UN Doc A/CONF.48/14/Rev.1) y en el Principio 2 de la Declaración de Río (UN Doc A/CONF.151/26/Rev.1/Vol.I), sino también en la UNGA Res 2995 (XXVII) (15 Dec. 1972), relativa a la cooperación en el campo del medio ambiente. Este principio también se recoge en el Principio 3 del Proyecto de Principios de conducta en el campo del medio ambiente para orientar a los Estados en la conservación y la explotación armoniosa de los recursos naturales compartidos por dos o más Estados. See UNEP GC Dec 6/14 (19 May 1978) (UN Doc A/33/25).

cho internacional del medio ambiente, a lo largo de su desarrollo, ha ido configurando una serie de obligaciones básicas de los Estados, formuladas a través de diversos principios jurídicos algunos de los cuales han sido formalmente reiterados por los Estados en numerosos textos jurídicos. Entre estos principios se pueden destacar el deber de protección del medio ambiente, el principio de cooperación y el principio de prevención.

El deber de proteger el medio ambiente consiste en la obligación general de los Estados de proteger el medio ambiente⁴⁶. Si bien este principio tiene un carácter general y es aplicable a todos los sectores del medio ambiente, no ha sido mencionado a menudo en los textos positivos. Ha sido proclamado con claridad en el artículo 192 del Convenio de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982, cuando establece que “todos los Estados tienen el deber de proteger y preservar medio ambiente marino”. Asimismo, el artículo 30 de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados establece, expresamente, el diferente trato que deben recibir los Estados en relación con su responsabilidad en la protección del medio ambiente. En concreto establece que “La protección, la preservación y la mejora del medio ambiente para las generaciones presentes y futuras es responsabilidad de todos los Estados. Las políticas ambientales de todos los Estados deben procurar la mejora y no afectar de modo adverso al desarrollo presente y futuro de los países en vías de desarrollo (...)”. El artículo 25 aun pone más énfasis en la necesidad de que todos los Estados deben prestar especial atención a las necesidades particulares y a los problemas de los Estados menos desarrollados, a los Estados en transición y a

46 Al respecto, Kiss entiende que “... el primero de los principios que se desprenden es el deber de todos los Estados de proteger y preservar el medio ambiente, no solamente en sus relaciones con otros Estados, sino también en los espacios sometidos a sus competencias así como en aquellos que no están sometidos a ninguna competencia territorial”. See A. Kiss. ‘Droit international de l’environnement’ (1994) 146 *Jurisclasseur de droit international* 11.

aquellos pequeños Estados insulares en vías de desarrollo⁴⁷. También, la Carta Mundial de la Naturaleza, adoptada y, solemnemente, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 37/7, de 28 de octubre de 1982 establece que la actividad humana, por sus actos o las consecuencias de éstos, dispone de los medios para transformar la naturaleza y agotar sus recursos y, por ello, debe reconocer la urgencia que requiere el mantenimiento del equilibrio, la calidad de la naturaleza y la conservación de los recursos naturales.

El principio de cooperación se refiere al deber general de los Estados de proteger el medio ambiente se vincula directamente con el principio de cooperación. Este deber se incluye en el Principio 24 de la Declaración de Estocolmo cuando establece que “Todos los países, grandes o pequeños, deben ocuparse con espíritu de cooperación y en pie de igualdad de las cuestiones internacionales relativas a la protección y mejoramiento del medio”⁴⁸. El principio de cooperación desde esta perspectiva permite afirmar el deber de intercambiar información relevante para la protección del medio ambiente y el de desarrollar actividades de promoción de la investigación científica y tecnológica, procurar asistencia técnica y financiera a los países en desarrollo, establecer programas de vigilancia, evaluación ambiental, etc. Otra manifestación del principio de cooperación es el deber de los Estados de notificar prontamente y prestar asistencia a otros Estados en situaciones de emergencia que pueden producir consecuencias ambientales dañosas. Por ejemplo, se puede citar los Convenios adoptados, bajo los auspicios del OEIA, tras el accidente de Chernobil, el 26 de abril de 1986, sobre

47 UNGA Res 3281 (XXIX) (12 Dec. 1974).

48 La misma exigencia figura en UNGA Res 3129 (XXVIII) (13 Dec. 1973); en los principios del PNUMA de 1978 sobre la cooperación ambiental relativa a los recursos naturales compartidos entre dos o más Estados (UNEP GC Dec 6/14), en el Preámbulo de la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982 y en el principio 21 de la misma (UN Doc A/RES/37/7, 28 Oct. 1982).

la pronta notificación de accidentes nucleares y sobre la asistencia en caso de accidente nuclear o emergencia radiológica, ambos adoptados el 15 de agosto de 1986. También, el Principio 18 de la Declaración de Río ha afirmado a este respecto que “Los Estados deberán notificar inmediatamente a otros Estados de los desastres naturales u otras situaciones de emergencia que puedan producir efectos nocivos súbitos en el medio ambiente de esos Estados. La Comunidad internacional deberá hacer todo lo posible para ayudar a los Estados que resulten afectados”.

El principio de prevención consiste en, por una parte, la obligación de evitar el daño ambiental *in genere* y, por otra, en no permitir que el territorio de los Estados sea utilizado de manera que cause un perjuicio a otros Estados. La fundamentación de este principio radica en la idea de la diligencia debida⁴⁹, del uso equitativo de los recursos y, en definitiva, en la buena fe⁵⁰. Esta obligación de no permitir que el territorio de los Estados sea utilizado de manera que cause un perjuicio a otros Estados fue establecida, por primera vez, por la jurisprudencia internacional en los asuntos del Estrecho de Corfú⁵¹ y, en el ámbito ambiental, de la Fundición de Trail⁵²,

49 La obligación de observar la diligencia debida constituye la norma básica de la protección del medio ambiente contra los daños, como puede deducirse de varias convenciones internacionales, así como de las resoluciones e informes de conferencias y organizaciones internacionales. Véase, por ejemplo, el art. 2 del Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono de 1987/Respecto a resoluciones e informes de conferencias y organizaciones internacionales véase, por ejemplo, el Principio 21 de la Carta Mundial de la Naturaleza (UNGA Res 37/7).

50 Según el Comentario al texto del Proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, *cit. supra*, “El principio de buena fe es parte integrante de toda obligación de consulta y negociación. (...) Las partes evidentemente intentarán primero seleccionar aquellas medidas que puedan evitar el riesgo de causar daños transfronterizos sensibles o, si esto no es posible, que minimicen el riesgo de causarlos”.

51 En este caso, la CIJ afirmó que “... ciertos principios generales bien reconocidos (establecen) la obligación de todo estado de no permitir la utilización de su territorio para la realización de actos contrarios a los derechos de otros Estados”. *Vid.* CIJ, *Recueil* 1949, p. 22.

52 El Tribunal de arbitraje del caso de la Fundición de Trail afirmó que, en particular, “... debe exigirse a la Fundición de Trail que se abstenga de causar daño alguno con sus humos en el Estado de Washington”. También entendió que “Según los principios del Derecho internacional (...), ningún Estado tiene derecho a usar o permitir que se use su territorio de modo que se causen daños (...) en el territorio de otro o a la propiedad de las personas que allí se encuentran, cuando

constituyendo los antecedentes clásicos en esta materia. También en los asuntos del Gut Dam Claims⁵³, sobre la legalidad de la amenaza o el uso de las armas nucleares⁵⁴ y Gabčíkovo-Nagymaros⁵⁵. La Declaración de Estocolmo de 1972, recoge en su Principio 21 esta obligación de prevención al igual que el Principio 2 de la Declaración de Río 1992⁵⁶. La Corte Internacional de Justicia confirmó posteriormente a través de la Opinión consultiva de 1996 sobre

se trata de un supuesto de consecuencias graves y el daño quede establecido por medio de una prueba clara y convincente”. *Vid.* Trail Smelter Arbitration Case (USA/Canadá), Award of March 11, 1941. RIAA, vol. III, pp. 1965 y ss., especialmente pp. 1974-1980.

- 53 *Vid.* Gut Dam Case (Canadá/Estados Unidos), Decisiones de 15 de enero de 1968, de 12 de febrero de 1968 y de 27 de septiembre de 1968. Lake Ontario Claims Tribunal, ILM, vol. 8 (1969), pp. 118-143.
- 54 En su dictamen consultivo de 8 de julio de 1996, el Tribunal Internacional de Justicia afirmó que “...la existencia de una obligación general a cargo de los Estados de asegurarse de que las actividades que se llevan a cabo bajo su jurisdicción y control respeten el medio ambiente de otros Estados o de zonas no sometidas a control nacional forma ya parte del *corpus* del Derecho internacional del medio ambiente”. *Vid.* *CIJ Recueil*, 1996, pp. 241-2, párrafo 29
- 55 En la Sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 25 de septiembre de 1997, el TIJ cita el principio para poner de manifiesto “... la gran significación que tiene, según su opinión, la protección del medio ambiente no sólo para los Estados sino también para toda la Humanidad”. *Vid.* Sentencia de la Corte Internacional de Justicia Gabčíkovo-Nagymaros, *C.I.J. Recueil*, 1997, párrafo 53. A pesar que estas decisiones constituyan un *obiter dicta*, con estas decisiones, para el TIJ resulta indiscutible que, en 1996-1997, los Principios 21 de la Declaración de Estocolmo y 2 de la Declaración de Río forman parte del Derecho internacional general.
- 56 En concreto dispone que “De conformidad con la Carta de Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo y la responsabilidad de velar porque las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional”. En el mismo sentido, la Parte V de la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982, los arts. 20 y ss. de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua para fines distintos de la navegación, de Nueva York, de 21 de mayo de 1997 y, en el marco del Derecho europeo, la Convención sobre protección y utilización de los cursos de agua transfronterizos y de los lagos internacionales, adoptado en Helsinki, el 17 de marzo de 1992. También se reitera en el Principio 3 del Proyecto de Principios sobre la conducta en el ámbito del medio ambiente que deben observar los Estados en la conservación y la utilización armoniosa de los recursos naturales compartidos por dos o más Estados, hecho en Nairobi, el 19 de mayo de 1978 UNGA Res 3129 (XXVIII). También la Asociación de Derecho Internacional (ILA) en su Declaración de Seúl de 1986 reitera esta obligación de los Estados. *Vid.* “Declaration on the Progressive development of Principles of Public International Law relating to a New International Economic Order”, en *ILA, The Report of the Sixty-Second Conference*, Seúl, 1986, § 5. Esta norma también se encuentra en el artículo 30 de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, de 1974 (UNGA Res 3281 (XXIX)), así como en la Acta Final de Helsinki (Conferencia sobre la Seguridad y Cooperación en Europa (CSCE-OSCE), Acta Final, de 1 de agosto de 1975, en 14 *ILM* 1292, de 1975).

la Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares que: “*La existencia de una obligación general de los Estados de asegurar que las actividades llevadas a cabo en su jurisdicción o bajo su control respeten el medio ambiente de otros Estados o de otras áreas situadas más allá del control nacional constituye parte del corpus del Derecho internacional del medio ambiente*”⁵⁷. Este mismo *dictum* fue reiterado en el Asunto Gabcikovo-Nagymaros, de 25 de septiembre de 1997, en el que se establece que “*La Corte no pierde de vista, en el ámbito de protección ambiental, que la vigilancia y la prevención se imponen en razón de su carácter, en ocasiones, irreversible, de los daños causados al medio ambiente y de los límites inherentes al mecanismo propio de reparación de este tipo de daños...*”⁵⁸.

Desde la Conferencia de Río de Janeiro de 1992, se han ido formulando otros principios que se identifican con el concepto de desarrollo sostenible. Estos son el principio de precaución, el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas, el principio de información y participación ambiental y el principio de quien contamina paga, incluidos en la Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo⁵⁹.

El principio de precaución, incluido en el Principio 15 de la Declaración, implica la obligación de los Estados de adoptar medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente, cuando exista peligro de daño grave o irreversible, a pesar de la ausencia de certeza científica absoluta de pueda o no originarse ese daño. En

57 *Vid.* Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, *I.C.J. Reports* 1996, pp. 241-242, párrafo 29.

58 *Cit. supra*. Párrafo 53 de la Sentencia. On this issue, see A. Boyle. ‘The Gabcikovo-Nagymaros Case: New Law in Old Bottles’ *ibid*13; P. Sands. ‘International Courts and the Application of the Concept of “Sustainable Development”’ (1999) 3 *Max-Planck Yearbook of United Nations Law* 389; S. Stec and G. Eckstein. ‘Of Solemn Oaths and Obligations: Environmental Impact of the ICJ’s Decision in the Case Concerning the Gabcikovo-Nagymaros Project’ (1997) 8 *Ybk Intl Envtl L* 41.

59 *Supra* n 24.

definitiva, no se debe posponer una medida por el simple hecho de que no se disponga de una información científica completa. Al respecto, es importante tener en cuenta la relación entre la capacidad científica, que poseen sobre todo todos los Estados más desarrollados, y la protección ambiental, que interesa por igual a todos los países, que se traduce en un diferente grado de obligatoriedad por parte de quién tiene una capacidad científica más avanzada en la adopción de medidas o no en la protección del medio ambiente y, por tanto, responsabilidad en la evitación del daño.

La existencia de un consenso amplio sobre la naturaleza global de los problemas ambientales, supone necesariamente reconocer también la naturaleza global de la pobreza y del desarrollo. Los países en vías de desarrollo sólo podrán llevar a cabo políticas efectivas de protección ambiental, siempre y cuando se tengan presentes sus respectivas necesidades económicas. Por este motivo, el Principio 6 de la Declaración de Río establece la necesidad de dar especial prioridad a la situación y las necesidades de los países en desarrollo, en particular los países menos adelantados y los más vulnerables desde el punto de vista ambiental. Esta es la fundamentación del principio de responsabilidades comunes, pero diferenciadas, incluido en el Principio 7 de la Declaración de Río. Dicho principio se explica a través de tres argumentos principales: en primer lugar, se entiende que los Estados en vías de desarrollo desempeñan un papel muy importante en la consecución de los objetivos ambientales acordados en los tratados internacionales en materia ambiental; en segundo lugar, los países industrializados o desarrollados tienen una “obligación moral” de proporcionar asistencia financiera y técnica a los países subdesarrollados o en vías de desarrollo; y en tercer lugar, los intereses que representan los países desarrollados suelen imponerse y suelen ser distintos a aquéllos que defienden los países en vías de desarrollo.

El principio de información y participación ambiental, previsto en el Principio 10 de la Declaración de Río, se define como el *mejor modo de tratar las cuestiones ambientales. Esto implica, siguiendo la Declaración de Río, que en toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones.*

A 20 años de la aprobación del principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, existe consenso en que este principio representa normas fundamentales de transparencia, equidad y rendición de cuentas en la toma de decisiones y que es la base de la democracia ambiental y la buena gobernanza. Así, el acceso a la información favorece la apertura y transparencia en la toma de decisiones, lo que contribuye a aumentar la eficiencia y eficacia de la regulación ambiental. Permite asimismo confiar plenamente en las decisiones adoptadas por las autoridades, demostrar la existencia de un problema no visualizado con anterioridad o plantear una solución alternativa. La participación ciudadana informada es a su vez un mecanismo para integrar las preocupaciones y el conocimiento de la ciudadanía en las decisiones de políticas públicas que afectan al ambiente. El acceso a la justicia proporciona a los individuos y organizaciones de la sociedad civil una herramienta para proteger sus derechos ambientales mediante un proceso judicial independiente y expedito, que contemple la reparación por daño ambiental. El acceso a la justicia es fundamental para velar por los derechos ambientales de aquellos que tradicionalmente han sido excluidos de la toma de decisiones.

Estos derechos tienen como contrapartida la obligación de los Estados de facilitar y fomentar la sensibilización y la partici-

pación de la población poniendo la información a disposición de todos, así como proporcionar acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.

Este principio adquiere especial relevancia en relación con los recursos naturales y las poblaciones indígenas y tiene su expresión, como se analizará más adelante, en relación al consentimiento previo, libre e informado, incluido en el Convenio n. 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes⁶⁰. El artículo 7.1 contiene uno de los más importantes principios del Convenio N°. 169. Dicha norma establece que “Los pueblos interesados deben tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”.

El principio 16 de la Declaración de Río es el principio de quien contamina paga consistente en la obligación de internalizar los costes ambientales y promover el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta que quien contamina debe asumir los costes de la contaminación. Asimismo, este principio constituye un axioma muy importante para la asignación de responsabilidades y el reconocimiento de compensaciones. El complemento a este principio

60 El Convenio de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Adoptado por la 76ª sesión de la Organización Internacional del Trabajo, en Ginebra, 7 de junio de 1989. Consultar a F. J. Palacios-Romeo. ‘El proceso normativo internacional sobre derechos de los pueblos indígenas: evolución jurídica y proyección política’ (1998) 2 Revista Aragonesa de Administración Pública 105, 118-9. Ver también el Art. 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007).

es el Principio 13 de la Declaración de Río, por la que los Estados deberán elaborar los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales relativos a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales.

Algunos de los principios reconocidos en la Declaración de Río fueron reafirmados por la Asociación de Derecho Internacional en su Declaración de Nueva Delhi sobre los principios de Derecho internacional relacionados con el Desarrollo Sostenible⁶¹, adoptada en 2002, la cual sin pretender ser exhaustiva, identifica siete principios particulares con la finalidad de ser reconocidos a nivel internacional: la obligación de los Estados de asegurar la utilización sostenible de los recursos naturales; la equidad y la erradicación de la pobreza; las responsabilidades comunes pero diferenciadas; el criterio de precaución aplicado a la salud, los recursos naturales y los ecosistemas; la participación pública y el acceso a la información y la justicia; la buena gestión de los asuntos públicos, y la integración y la interrelación de todos estos principios, en particular en materia de Derechos humanos y los objetivos económicos, sociales y ambientales.

Todos estos principios analizados pueden contribuir a la resolución de conflictos relacionados con el desarrollo sostenible, apoyando la integración del derecho y políticas en la intersección del Derecho internacional económico, social y ambiental, así como también guiar la aplicación de las medidas relativas al derecho del medio ambiente. Es más, como a continuación se procede a analizar, estos principios se relacionan directamente con situaciones generadoras de conflictos ambientales. No obstante, si bien se identifica la injusticia por el incumplimiento de los mismos, a nivel internacional estos principios aun no han adquirido la efectividad suficiente, para que por sí solos pueda solucionar los conflictos am-

61 Ibid.

bientales. Estos principios son axiomas, que a modo de un *soft law* informan la elaboración de políticas, guían el comportamiento de los Estados en sus relaciones internas e internacionales y refuerzan las normas internas e internacionales, siendo su efectividad un tanto variable y su naturaleza jurídica ambigua.

3. Las limitaciones de las normas internacionales relativas a los ámbitos más sensibles de la deuda ecológica

La deuda ecológica, como se ha indicado en la primera parte de este informe, es el resultado de un proceso histórico complejo y tiene su reflejo en múltiples sectores de la economía. No obstante, tal vez en tres de ellos es particularmente visible: el del cambio climático, el de la explotación de la biodiversidad y el de la exportación de los residuos peligrosos. Por ello es oportuno referirse a los principales instrumentos, que el Derecho internacional ha articulado, para regularlos y a las limitaciones que presentan en algunos de los aspectos más sensibles, sobre todo si se tienen en consideración los principios anteriormente analizados y que estos tratados incorporan en su regulación. Se trata de la Convención marco sobre cambio climático de 9 de mayo de 1992, la Convención sobre diversidad biológica de 5 de junio de 1992 y la Convención de Basilea sobre los movimientos transfronterizos de residuos peligrosos y su eliminación de 22 de marzo de 1989.

Estos instrumentos jurídicos internacionales en materia medioambiental tienen como objetivo evitar el denominado “ecocidio”, es decir, la destrucción extensa del medio ambiente y los recursos naturales como consecuencia de la acción directa o indirecta del humano sobre los ecosistemas, pero a su vez inciden en los impactos, sociales, económicos y culturales, que este deterioro am-

biental tiene sobre la vida y salud de las personas. En este sentido, la sectorialización de la regulación de la protección de los derechos humanos y de la protección del medio ambiente no ha promovido una acción protectora integrada de ambos bienes jurídicos.

Asimismo, estos tratados internacionales han intentado progresivamente dar respuestas a los problemas ambientales, concebidos como externalidades del sistema económico, que sin instrumentos adecuados, es incapaz de solucionar las diversas formas de contaminación del aire y de los recursos hídricos y del suelo; de la deforestación y pérdida de biodiversidad; de la erosión, desertificación y pérdida de fertilidad de la tierra; del calentamiento global y la degradación de la capa del ozono; y de la degradación de la calidad de vida de las personas.

3.1 El cambio climático: desafío global, responsabilidad desigual

La contaminación desproporcionada de la atmósfera por parte de los países industrializados por sus grandes emisiones de gases, que han causado el deterioro de la capa de ozono y el incremento del efecto invernadero pone en evidencia las responsabilidades en la generación de la alteración ambiental, en este caso, del sistema climático. Es más, se calcula que el 75% de las emisiones históricas de gases de efecto invernadero fueron producidos por los países llamados “desarrollados” donde habita el 20% de la población mundial. Esta realidad sería suficiente para aplicar el principio de quien contamina paga y el de responsabilidades comunes, pero diferenciadas y dilucidar jurídicamente responsabilidades, compromisos y compensaciones. No obstante, la fuerza jurídica de estos principios, aunque exista una aceptación generalizada de los mismos a nivel internacional, no son suficientes por si solos para concretar las consecuencias jurídicas pertinentes.

No obstante, estos mismos principios están incorporados en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático de 1992⁶², la cual además reconoce en su Preámbulo, esta realidad y responsabilidad desigual en la generación del problema, al afirmar que los países desarrollados tienen la responsabilidad histórica por dichas emisiones, y al sostener que ellos deben tomar la iniciativa para combatir el cambio climático. Al respecto, el Preámbulo de la Convención hace referencia expresa a que “... tanto históricamente como en la actualidad, la mayor parte de las emisiones de gases de efecto invernadero del mundo, han tenido origen en los países desarrollados, que las emisiones per cápita en los países en desarrollo son todavía relativamente reducidas y que la proporción del total de emisiones originada en esos países aumentará para permitirles satisfacer sus necesidades sociales y de desarrollo”. En este mismo preámbulo, se reconoce también que “... la naturaleza mundial del cambio climático requiere la cooperación más amplia posible de todos los países y su participación en una respuesta internacional efectiva y apropiada, de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas, sus capacidades respectivas y sus condiciones sociales y económicas”. Además se afirma “... que las respuestas al cambio climático deberían coordinarse de manera integrada con el desarrollo social y económico con miras a evitar efectos adversos sobre este último, teniendo plenamente en cuenta las necesidades prioritarias legítimas de los países en desarrollo para el logro de un crecimiento económico sostenido y la erradicación de la pobreza”.

Jurídicamente hablando este sería el reconocimiento a nivel jurídico de la existencia de una comúnmente denominada “deuda climática”, cuya corrección se traduce en compromisos desiguales para

62 United Nations Framework Convention on Climate Change (9 May 1992) 1771 UNTS 107, (1992) 31 *ILM* 851.

las Partes y medidas de compensación para aquellos países que sin ser responsables, sufren las consecuencias del cambio climático.

La regulación de compromisos desiguales consiste en el tratamiento desigual en cuanto a las obligaciones de reducción de emisiones, desarrollado en el Protocolo de Kioto, donde los únicos países que adquieren compromisos obligatorios de reducción de gases de efecto invernadero son los países desarrollados, comprendidos en el Anexo I de dicho Protocolo. Con el fin de cumplir con las obligaciones de reducción, el Protocolo establece los “mecanismos de flexibilidad”, es decir, el mercado de emisiones (artículo 17), la aplicación conjunta (artículo 6) y el mecanismo de desarrollo limpio (artículo 12).

Los mecanismos basados en proyectos, en particular la aplicación conjunta y el mecanismo para un desarrollo limpio son importantes para alcanzar los objetivos de reducir las emisiones globales de gases de efecto invernadero y aumentar la eficacia en términos de costes⁶³. En el ámbito internacional, estos mecanismos se dirigen a la promoción del desarrollo sostenible mediante el incremento de asistencia y recursos financieros para los Estados en vías de desarrollo y en transición, porque proporcionan un intercambio de intereses favorables tanto para el desarrollo, como para la protección del medio ambiente. Centrando la atención en mecanismo para un desarrollo limpio (MDL), el propósito es doble: por una parte, asistir a las Partes no incluidas en el Anexo I a lograr el desarrollo sostenible y por otro lado, a contribuir a lograr el objetivo último de la Convención marco sobre cambio climático, así como ayudar a las Partes incluidas en el Anexo I a dar cumpli-

63 En los Acuerdos de Marrakesh de 2001, los gobiernos adoptaron un conjunto de decisiones relativas a estos mecanismos de cooperación, así como recomendaciones para la primera Conferencia de las Partes. See Report of the 7th Conference of the Parties to the United Nations Framework Convention on the Climate Change (Marrakesh, 29 Oct.-10 Nov. 2001) UN Doc FCCC/CP/2001/13/Add.2.

miento a sus compromisos cuantificados de limitación y reducción de las emisiones. No obstante, en la práctica la efectividad real ha quedado cuestionada por demostrar ser un instrumento que lejos de contribuir con el desarrollo sostenible de países menos desarrollados, ha propiciado un déficit ecológico adicional a la deuda climática ya existente. La promoción de proyectos con un considerable impacto ambiental y social no ha compensado, ni mucho menos, los gases de efecto invernadero emitidos a la atmósfera. Así, para que el MDL promueva exitosamente el desarrollo sostenible y la protección del clima, debe excluir ciertos tipos de proyectos como: proyectos forestales (“sinks”); grandes proyectos hidroeléctricos (más de 10 MW); proyectos hidroeléctricos que no cumplan con los criterios de la Comisión Mundial sobre Embalses; y proyectos energéticos con carbón mineral.

Además de los mecanismos de flexibilidad, el artículo 4 de la Convención marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático supone que los Estados más industrializados suministrarán a los países en vías de desarrollo cooperación en tecnología, transferencia y conservación de sumideros de carbono y adaptación. El Plan de Acción de Bali acordado en 2007 también reiteró la importancia de la transferencia de nuevos fondos adicionales transparentes, cuantificables y comprobables. Se consideran “nuevos fondos” puesto que son adicionales a los objetivos oficiales de ayuda al desarrollo del 0,7% del PIB. En este sentido, la propuesta de crear un “Fondo Verde para el Clima” (FVC) para compensar los daños que sufren los países menos industrializados por las emisiones históricas y actuales de los más industrializados se aprobó en el 17.º período de sesiones de la Conferencia de las Partes (CoP 17) celebrada en Durban en 2011. Si bien parecía ser que el FVC se iba a convertir en el principal fondo para financiar la lucha contra el cambio climático, con la movilización de 100 000 millones de USD para

la protección medioambiental y la adaptación al cambio climático a partir de 2020 en beneficio de los países menos desarrollados, las naciones industrializadas solo se han comprometido a transferir 30 mil millones de dólares, en concepto de préstamo en lugar de donaciones, y priorizando la financiación para la reducción de emisiones de las economías emergentes a las necesidades de adaptación a los efectos del cambio climático de los países menos desarrollados.

3.2 La protección de la biodiversidad: la biopiratería

Otro ámbito sensible donde se produce un desequilibrio en las relaciones entre países desarrollados y menos desarrollados como consecuencia de una alteración ambiental es en la protección de la biodiversidad.

Actividades como el acceso ilegal a los recursos naturales, la apropiación y expolio de los mismos, la apropiación intelectual de los conocimientos ancestrales relacionados con las semillas, la apropiación de los beneficios derivados por el uso de plantas medicinales y de otras plantas, constituyen la llamada “biopiratería”. La biopiratería es otra dimensión de la deuda ecológica, en tanto que de nuevo los daños se infligen a países en desarrollo por actividades desarrolladas en países desarrollados.

La biopiratería es una práctica mediante la cual investigadores o empresas utilizan ilegalmente la biodiversidad de países en desarrollo y los conocimientos colectivos de pueblos indígenas o campesinos para realizar productos y servicios que se explotan, comercial y/o industrialmente, sin la autorización de sus creadores o innovadores. La biopiratería integra actividades de bioprospección con fines de extracción, de control monopólico y propiedad privada a través de sistemas de propiedad intelectual, sobre los recursos genéticos y conocimiento tradicional, que se realizan sin el conoci-

miento informado previo. Es decir, suponen el acceso a los recursos genéticos sin la autorización, protección, control y participación en la distribución de los beneficios por parte del país de origen y tampoco de las comunidades indígenas y locales de donde estas innovaciones y prácticas colectivas son originarias. No solo implica la apropiación indebida de los recursos y de los beneficios derivados de su explotación, sino también en muchas ocasiones incluye la apropiación indebida de conocimientos y prácticas ancestrales.

El Convenio de Río de Janeiro, de 5 de junio de 1992, sobre la Diversidad Biológica (CDB)⁶⁴, firmado por 193 Estados, es el primer tratado en reafirmar los derechos soberanos de los países a regular el acceso a sus recursos biológicos, con el consentimiento informado como elemento central⁶⁵. El CDB es un instrumento de Naciones Unidas que persigue la conservación de la vida en la Tierra en todos los aspectos: genético, de poblaciones, de especies, de hábitat y de ecosistemas. Es decir, pretende “la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos” (Art. 1). Es este sentido, este artículo 1 del CDB establece tres objetivos principales: a) La conservación de la diversidad biológica; b) La utilización sostenible de los componentes de la biodiversidad; y c) La distribución, de manera justa y equitativa, de los beneficios derivados de la utilización comercial y de otro tipo, de los recursos genéticos. Los aspectos más importantes del CDB son: la protección de los conocimientos tradicionales de las comunida-

64 Convention on Biological Diversity (5 June 1992) 1760 UNTS 79, (1992) 31 *ILM* 822.

65 El artículo 15(1) del CDB establece que “En reconocimiento de los derechos soberanos de los Estado sobre sus recursos naturales, la facultad de regular el acceso a los recursos genéticos incumbe a los Gobiernos nacionales y está sometida a la legislación nacional”. Y en su párrafo quinto reconoce que “El acceso a los recursos genéticos estará sometido al consentimiento fundamentado previo de la Parte Contratante que proporciona los recursos a menos que esa Parte decida otra cosa”.

des indígenas y locales asociados a la biodiversidad (art. 8j) y la regulación del acceso a los recursos genéticos y el reparto de beneficios derivados de su utilización (ABS-en sus siglas en inglés: Access and Benefit Sharing; art. 15).

Contraviniendo lo establecido en este Convenio, las actividades de biopiratería también vulneran normas y principios del Derecho internacional: del derecho soberano a los recursos naturales, del principio de quien contamina paga, del derecho al consentimiento libre, previo e informado. Así el acceso no autorizado a los recursos naturales y la apropiación indebida y su explotación constituye la vulneración del derecho soberano a los recursos naturales; la falta de una distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de esos recursos, así como la utilización de mecanismos de propiedad intelectual que garantizan el uso monopólico de los recursos apropiados, vulneran el derecho a una “distribución justa y equitativa”, siendo las comunidades locales y los pueblos indígenas quienes, paradójicamente, poseen conocimientos sobre la biodiversidad que les han permitido conservar, utilizar y mejorar la diversidad biológica. En todas estas actividades constitutivas de biopiratería se nutren también de la violación del derecho a ser informados y a participar en los temas ambientales, impidiendo otorgar el consentimiento previo, libre e informado que debe preceder en cualquier actividad que suponga la posibilidad de acceder, utilizar y beneficiarse de recursos naturales ajenos.

Al respecto, es importante tener en cuenta el componente ambiental, pero también social, de la protección de la biodiversidad frente a la biopiratería, en la medida que la mayor parte de la biodiversidad existente en el planeta condiciona el modo de vida de poblaciones indígenas, cuya subsistencia depende, directamente, de la naturaleza. En este sentido, la Declaración de las Naciones Unidas

sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007⁶⁶ contiene varios artículos relacionados con el desarrollo sostenible y el aprovechamiento de los recursos naturales y la biodiversidad, siendo el más importante el Artículo 29, que proclama que los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación alguna. Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado. Los Estados también adoptarán medidas eficaces para garantizar, según sea necesario, que se apliquen debidamente programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud de los pueblos indígenas afectados por esos materiales, programas que serán elaborados y ejecutados por esos pueblos⁶⁷.

Sin duda, sobre esta cuestión, el texto de mayor trascendencia potencial para los pueblos indígenas es el *Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica*, adoptado por la Conferencia de los Estados Parte en Nagoya, el 29 de octubre de 2010⁶⁸, en la medida en que aborda la cuestión de las condiciones de acceso a los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas cuando dichos conocimientos están relacionados con recursos genéticos, en

66 UNGA Res. 61/295 (13 Sept. 2007). UN Doc A/RES/ 61/295. La Declaración fue aprobada con 144 votos a favor, 4 en contra (Australia, Canadá, Nueva Zelanda y EE.UU) y 11 abstenciones (Azerbaiján, Bangladesh, Bután, Burundi, Colombia, Georgia, Kenia, Nigeria, la Federación Rusa, Samoa y Ucrania).

67 Si bien la Declaración no es jurídicamente vinculante, es un instrumento complementario para otros que sí lo son e incluye el reconocimiento de otros derechos que son de gran importancia.

68 Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from Their Utilisation to the Convention on Biological Diversity (29 October 2010, not yet in force). CBD Decision 10/1, UN Doc UNEP/CBD/COP/10/27 (20 January 2011).

conexión con el objetivo del Convenio sobre la diversidad biológica, relativo a la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de recursos genéticos.

El Protocolo de Nagoya parte de la “interrelación entre los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales, su naturaleza inseparable para las comunidades indígenas y locales y de la importancia de los conocimientos tradicionales para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes y para los medios de vida sostenibles de estas comunidades” y tiene presentes a las comunidades indígenas a lo largo de todas sus disposiciones, en particular cuando requiere la obtención del “consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales para el acceso a los recursos genéticos cuando estas tengan el derecho establecido a otorgar acceso a dichos recursos” así como para el acceso a los conocimientos tradicionales asociados a los mismos (Artículos 6.2 y 7)⁶⁹.

En relación con los derechos de propiedad intelectual, el Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC o también conocido por su acrónimo en inglés como TRIPs)⁷⁰, anexo al Tratado constitutivo de la Organización Mundial del Comercio (OMC)⁷¹, tiene conse-

69 También se refiere específicamente a los pueblos indígenas en cuanto a la regulación nacional de su participación en los beneficios derivados de los recursos genéticos y de los conocimientos tradicionales asociados a los mismos (art. 5(2) & (5)), a los supuestos en que los mismos conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos sean compartidos por una o más comunidades indígenas en distintos Estados partes (Artículo 11), a la información sobre las condiciones de acceso a los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales asociados a los mismo (arts 12, 13 y 14), al cumplimiento de la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales sobre acceso y participación en los beneficios para los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos (art 16), a las medidas de concienciación acerca de la importancia de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos y de las cuestiones conexas de acceso y participación en los beneficios (art 21), y a la capacitación y los recursos financieros (arts 22 y 25).

70 *Vid.* OMC, Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (TRIP's) Marrakesh, 15 de abril de 1994.

71 Al incorporarse a la OMC, los miembros suscriben 18 acuerdos específicos que figuran como anexos al Acuerdo constitutivo de la OMC. Los acuerdos anexos de mayor importancia para la

cuencias importantes en el sector de la industria biotecnológica. Esta normativa procura uniformizar los criterios de protección a la propiedad intelectual en el ámbito mundial, regulando los derechos mínimos de los que debe gozar el titular de los derechos de los que se trate. El mismo abarca todos aquellos aspectos que sean objeto de propiedad intelectual: los derechos de autor, marcas de fábrica o comercio, indicaciones geográficas, dibujos y modelos industriales y patentes de invención⁷². Las Partes en el Acuerdo sobre los ADPIC pretenden otorgar incentivos a la innovación mediante la reserva de beneficios económicos derivados de esta innovación, para aquella persona cuyo esfuerzo intelectual haya hecho posible la innovación. El ADPIC, a diferencia del CDB que reconoce a los Estados derechos soberanos sobre sus recursos biológicos, pretende regular los derechos de propiedad intelectual privados para promover el libre comercio⁷³. En este sentido, surge la paradoja en el ordenamiento jurídico internacional: el CDB tiene como objetivo la conservación, el uso sostenible de la biodiversidad y la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados del acceso a los recursos genéticos, mientras que los ADPIC promueven la propiedad

salud son: el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC); el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF); el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC); el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). De estos Acuerdos, se espera que sea el Acuerdo sobre los ADPIC el que tenga mayores repercusiones en el sector farmacéutico.

- 72 El objetivo del Acuerdo sobre los ADPIC figura en el artículo 7, en el que se dispone que la protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de los derechos y las obligaciones. En principio, el Acuerdo abarca todas las formas de propiedad intelectual y trata de armonizar y fortalecer las normas de protección y de facilitar la observancia eficaz a nivel nacional e internacional.
- 73 Los acuerdos de propiedad intelectual relativos al comercio permiten por lo tanto la apropiación de seres vivos y sólo otorgan valor a las invenciones industriales, sin considerar el valor de las innovaciones desarrolladas de forma comunitaria por los campesinos y pueblos indígenas durante cientos de años. En este sentido, los Estados que sean signatarios de la CDB y de los ADPIC deben tomar en consideración lo estipulado en ambos instrumentos al formular su propia legislación.

intelectual de las innovaciones, la protección y la observancia de estos derechos. Una fórmula tradicional para ello es la de la patente, pero los Estados tienen diferentes regímenes jurídicos sobre estos procesos para los casos de invenciones y para los susceptibles de ser patentados. Esta previsión otorga a los Estados libertad para excluir plantas, animales y procesos biológicos de la patentabilidad y deben proveer en todo caso, una protección efectiva a las variedades de plantas, por ejemplo, en el caso del esfuerzo intelectual llevado a cabo para desarrollar una nueva variedad de planta⁷⁴.

El Acuerdo sobre los ADPIC exige que los Estados miembros otorguen patentes en todos los campos de la tecnología, sean de producto o de proceso (artículo 27), con exclusión de los métodos terapéuticos y de diagnóstico para el tratamiento de humanos y animales; y las invenciones cuya explotación comercial debe ser prevenida para proteger el orden público, la moral o que puedan causar perjuicios a la salud humana, animal o vegetal y al ambiente y se añade que “las obtenciones vegetales deben ser objeto de protección mediante patente o mediante un sistema especial”⁷⁵. El problema principal es que aunque la protección por patente puede acarrear beneficios

74 En el caso de una variedad de planta protegida, su protección supone que su utilización requiere de una licencia u otro tipo de permiso de la persona titular, por ejemplo, el titular de la patente. La cuestión acerca de si debe y en qué medida aceptarse el reconocimiento de dicha protección en otra jurisdicción es una cuestión diferente. La OMC también recomienda, como modelo de normativa para los derechos de propiedad intelectual relacionados con vegetales, la regulación contenida en el Convenio de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV), por el hecho de ser funcional al interés de las grandes empresas transnacionales de producción de semillas, biotecnológicas y farmacéuticas, en la búsqueda de patentes para proteger sus invenciones. *Vid.* WTO, Consejo para los aspectos comerciales de los derechos de propiedad intelectual, *Implementation Issues Referred to the Council for TRIPS, Report by the Chairman of the Council on his own Responsibility*, IP/C/21, 4 diciembre de 2000.

75 El artículo 27.3 del Acuerdo sobre los ADPIC establece que “Los Miembros podrán excluir asimismo de la patentabilidad: (...) b) las plantas y los animales excepto los microorganismos y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos. Sin embargo, los Miembros otorgarán protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz sui generis o mediante una combinación de aquéllas y éste”. La instrumentación de este artículo 27.3 (b) sigue siendo uno de los temas más controvertidos en el seno de la OMC.

sociales a través del descubrimiento de nuevos medicamentos, las normas del Acuerdo sobre los ADPIC se derivan de las de los países industrializados y no son necesariamente las más adecuadas al nivel de desarrollo de todos los países. Por este motivo, deben tenerse en cuenta los intereses de salud pública a la hora de aplicar el Acuerdo de tal modo que sus objetivos nacionales de protección de la propiedad intelectual sean también consonantes con los otros sectores de la actividad del Estado que éste considere necesarios, siempre que ello no signifique contravención del Acuerdo.

Los ADPIC, en tanto procuran proteger mediante un sistema monopólico de propiedad intelectual o de patentes a las variedades vegetales⁷⁶, afectan especialmente los derechos de pueblos indígenas, que han conservado el conocimiento acumulado sobre las propiedades alimenticias, medicinales y espirituales de las plantas y animales que los rodean y que a partir del otorgamiento de una patente restringe su uso tradicional y anula los derechos básicos de estas poblaciones locales a utilizar sus recursos naturales⁷⁷. En este sentido, si bien el CDB reconoce el valor del conocimiento tradicional, las innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales, los ADPIC sólo reconocen como inventivo y digno de la protección de las patentes aquello que es considerado nuevo, útil y con aplicación industrial. Con el fin de evitar esta realidad, algunos países en desarrollo procuran que se aplique el CDB, que exige a quien pretenda patentar material ge-

76 Una alternativa a los derechos de propiedad intelectual sobre las plantas es el reconocimiento de los “derechos del obtentor”, tal y como se definen en los Convenios de 1978 y 1991 de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV).

77 Por ejemplo, el descubrimiento mundial del polvo obtenido de la corteza tostada del árbol del tepalcahuite (*Mimosa tenuiflora*) que tiene propiedades curativas sobre las quemaduras de la piel y que se utilizaba en Chiapas (México) por cientos de años entre los indígenas, generó la bioprospección del árbol y determinó que se redujera el acceso por parte de las poblaciones locales que deben competir por su uso con quienes lo comercializan en México. Este es sólo un ejemplo de cómo un sistema de patentes y protección de la propiedad intelectual aplicado a vegetales puede afectar a los derechos básicos de las poblaciones locales y a la biodiversidad.

nético, el origen y el consentimiento previo del país o comunidad local de donde fue obtenido el mismo.

Además, como ya se ha analizado, el CDB reconoce que el uso de recursos genéticos debe implicar un reparto justo y equitativo de los beneficios obtenidos en condiciones mutuamente acordadas, mientras que los ADPIC no contemplan el reparto de beneficios entre el titular de la patente y el país de origen de los recursos o del conocimiento tradicional utilizados, ni tampoco hay alguna disposición que exija el consentimiento fundamentado previo del país de origen ni de la comunidad indígena o propietaria del conocimiento, innovación o práctica tradicional utilizado.

Junto con la apropiación de derechos vinculados a la propiedad intelectual de los recursos naturales, la Unión Europea, por su parte, contribuye a la privatización de la naturaleza, ya que su legislación actual sólo permite las semillas seleccionadas para el cultivo con grandes cantidades de productos químicos. Esto afecta a la conservación de la biodiversidad agrícola, la salud, el medio ambiente y la autonomía de los agricultores. Las semillas patentadas son una amenaza al derecho a la alimentación en beneficio económico de unas pocas multinacionales, ya que disminuye el acceso a las semillas para su uso en el hogar y restringe los cultivos de los agricultores. La normativa de la Unión Europea tiene por finalidad la privatización de todo el mercado de semillas de especies vegetales y árboles. De acuerdo con esta nueva legislación, será ilegal cultivar, cultivar o comercializar cualquier semilla vegetal no aprobada previamente por la nueva “Agencia de Variedades Vegetales de la Unión Europea”, bajo el pretexto de obtener una mayor protección para los consumidores. Esta Agencia va a elaborar una lista con las plantas autorizadas y se deberá pagar una tarifa anual a la Agencia para mantener esas semillas en la lista, si no se paga, significa que se deja de cumplir con la normativa y queda por lo tanto

prohibido su cultivo. Estas medidas favorecen, consecuentemente, a las grandes corporaciones transnacionales de la biotecnología, a través de la extensión de los derechos de propiedad intelectual y la promoción de nuevas tecnologías para el control de todas las variedades vegetales comerciales. Sin duda la Unión Europea ha sucumbido a las presiones de la industria de semillas, como Monsanto, Bayer y Syngenta, las cuales, aparte de la industria química y biotecnológica se han expandido rápidamente en el campo del comercio de semillas y que argumentando pérdidas económicas de hasta un 40% de los mercados potenciales a causa de “reproducciones ilegales” y de la producción de semillas de variedades no inscritas, ejercen como lobby una intensa presión a la UE, exigiendo el fortalecimiento de los derechos de propiedad intelectual y su protección⁷⁸. La protección de la biodiversidad constituye, sin duda, uno de los ámbitos más preocupantes no solo para evitar la deuda ecológica, que en términos económicos es evidente, sino también para evitar el expolio de los recursos naturales y la destrucción de los pueblos indígenas.

3.3 El traslado transfronterizo de residuos tóxicos

Finalmente, el traslado transfronterizo de residuos tóxicos originados en los países industrializados y depositado en los países más pobres constituyen otra manifestación de la deuda ecológica.

El sistema industrial produce una gran cantidad de residuos, con diferentes grados de toxicidad. Tratar esos residuos es un proceso muy caro, cuyo precio depende de las normativas ambientales del país donde se lleva a cabo. Por esa razón, las empresas del Norte

⁷⁸ Consultar la Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the production and making available on the market of plant reproductive material (plant reproductive material law) Brussels, 6.5.2013 COM(2013) 262 final. Disponible en: http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/pressroom/docs/proposal_aphp_en.pdf, (última visita 17 julio 2013).

han encontrado conveniente exportar sus residuos tóxicos hacia los llamados “paraísos ambientales”, es decir, países donde la legislación ambiental es menos severa y donde se pidan menores medidas de seguridad, para que desechar los residuos sea más económico. Un ejemplo es el transporte de residuos eléctricos y electrónicos.

Así, los residuos tóxicos originados en los países del Norte han sido exportados a los países empobrecidos donde es más barato tratarlos o simplemente son depositados utilizando estos países como vertederos. El libre comercio de residuos deja a las poblaciones empobrecidas ante la disyuntiva de continuar en la pobreza o aceptar el residuo peligroso, aunque pongan en riesgo su salud.

Sobre el traslado de la contaminación a “paraísos ambientales” fue justificado como una oportunidad por Lawrence H. Summers, ex economista jefe del Banco Mundial, en su Memorando de publicado en diciembre de 1991⁷⁹, quien justificaba el traslado de residuos a países más pobres afirmando que «la lógica de una decisión de verter los residuos tóxicos en África es una lógica impecable. Es preciso contaminar los países menos contaminados, y África está subcontaminada; es preciso colocar los residuos tóxicos en los países donde los salarios son más bajos». Esta lógica de Summers, que vislumbra la teoría del liberalismo llevada su máxima expresión, se basa en el siguiente razonamiento: en un país con un nivel salarial y con una esperanza de vida bajos, la muerte prematura de las personas a causa de la degradación ambiental no representará una pérdida económica importante, si se compara con la de los países industrializados. Así, verter residuos tóxicos en áreas donde la gente ya tiene vidas más cortas no tiene mayor relevancia y la redistribución de los residuos a zonas en donde hay subcontaminación es contemplado como un mal menor. En este

79 Memorandum interno del Banco Mundial, recogido en *The Economist* (1992) ‘Let Them Eat Pollution’, 08 February, p.82 (UK edition).

sentido, Summers entendía además que los países de baja densidad de población en África están infinitamente subcontaminados; que es probable que la calidad de su aire sea ineficientemente más baja en contaminantes, en comparación con Los Ángeles o Ciudad de México. La conclusión es que hay que verter los residuos tóxicos en los países subcontaminados en los que la esperanza de vida es baja y en los que los salarios también son bajos. Esta lógica, sin duda, reduce el valor de los seres y de las cosas a su valor monetario. La limitación más importante a esta lógica económica que justifica que se vierta un volumen de residuos tóxicos en el país de salarios más bajos fue “Convención de Basilea para el control de los movimientos transnacionales de los residuos tóxicos peligrosos y su eliminación”, adoptada en 1989 y en vigor en 1992⁸⁰. La Convención fue creada para tratar las preocupaciones sobre la gestión, la eliminación y los movimientos transfronterizos de un estimado de 400 millones de toneladas de desechos peligrosos que son producidos mundialmente cada año.

La Convención tiene por objeto reducir el volumen de los intercambios de residuos con el fin de proteger la salud humana y el medio ambiente estableciendo un sistema de control de las exportaciones e importaciones de residuos peligrosos así como su eliminación. Los principios guía sostienen que los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos deben: ser reducidos al mínimo; gestionados de un modo ambientalmente racional; tratados y eliminados lo más cerca posible de la fuente que los generó; y ser minimizados en su origen.

El Convenio, actualmente con 178 partes, contempla como obligaciones generales: la prohibición de la exportación o importación de residuos peligrosos y otros residuos con destino a o

80 Basel Convention on the Transboundary Movement of Hazardous Wastes and their Disposal (22 March 1989) 1673 UNTS 57, (1989) 28 ILM 649.

procedentes un Estado que no sea parte del Convenio; la prohibición de la exportación de residuos si el Estado de importación no ha dado por escrito su aprobación específica para la importación de estos residuos; la comunicación a los Estados afectados la información sobre los movimientos transfronterizos propuestos por medio de un formulario de notificación a fin de que puedan evaluar las consecuencias de los movimientos de que se trata para la salud humana y el medio ambiente; la autorización de los movimientos transfronterizos de residuos únicamente cuando su transporte y eliminación estén exentos de peligro; la obligación de embalar, etiquetar y transportar los residuos con arreglo a las normas internacionales e ir acompañados de un documento de movimiento desde el lugar de origen del movimiento hasta el lugar de eliminación; y la posibilidad de que toda parte del Convenio podrá imponer condiciones suplementarias siempre y cuando sean compatibles con el Convenio.

Este Convenio fue criticado inicialmente por grupos ambientalistas que consideraban que dicho acuerdo era incapaz de llevar a cabo una prohibición efectiva a la exportación masiva de residuos a los países no industrializados y/o empobrecidos con legislaciones mucho más débiles. Además del hecho de que Estados Unidos, el principal productor de basura tóxica del mundo, no sea firmante del Convenio limita notablemente los alcances del mismo.

No obstante, en 1995, en la tercera Conferencia de las Partes en el Convenio de Basilea (COP 3), celebrada en Ginebra, adoptó, mediante la Decisión III/1, una enmienda al Convenio para prohibir toda exportación de desechos peligrosos para su eliminación final y reciclado desde los conocidos como países del anexo VII (Partes en el Convenio de Basilea que son miembros de la UE y la OCDE, así como Liechtenstein) hacia países no incluidos en ese anexo VII (todas las demás Partes en el Convenio), en lo sucesivo denominada

“Enmienda sobre la Prohibición”⁸¹. El problema que se planteó fue en relación a su entrada en vigor, puesto que de acuerdo al Artículo 17 del Convenio, la entrada en vigor de las enmiendas se produce tras la ratificación de al menos tres cuartos de los Estados Parte “que las aceptaron”. Sin embargo, en ese momento existieron diferentes interpretaciones sobre el número de ratificaciones necesarias para que la prohibición entrara en vigor, ya que algunas Partes sugerían que el número debería ser mayor que 62 Partes, que es tres cuartos de las Partes en el momento de la adopción de la Enmienda de Prohibición. Hasta la fecha, la Enmienda de Prohibición fue ratificada por 71 Partes. No es hasta la décima reunión de la Conferencia de las Partes, celebrada en 2011 en Cartagena, Colombia, que se determina que la “Enmienda sobre la Prohibición” entrará en vigor cuando 17 Partes más ratifiquen la enmienda⁸².

En base al Principio 13 de la Declaración de Río, se adoptó, en 1999, el Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, con el objetivo de establecer un régimen global de responsabilidad e indemnización pronta y adecuada por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y otros desechos y su eliminación, incluido el tráfico ilícito de esos desechos.

No obstante, a pesar de estos acuerdos, en la actualidad, se siguen llevando a cabo dichas prácticas, como son el desmantela-

81 La Comisión de Derechos Humanos, en su Resolución 1996/14 relativa a “Efectos nocivos para el goce de los derechos humanos del traslado y vertimiento ilícitos de productos y desechos tóxicos y peligrosos”, acogió con satisfacción la decisión adoptada por los Estados Partes en el Convenio de Basilea de introducir esta enmienda al Convenio e instó a todos los Estados Partes en el Convenio de Basilea a ratificar la enmienda para facilitar su pronta entrada en vigor. Disponible en línea en: <http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/bf1e61b20897192b8025668a0057c3d4?Opendocument> (acceso el 15 de abril 2013).

82 Esta decisión fue posible gracias a la **“Iniciativa patrocinada por Indonesia y Suiza (CLI) para mejorar la eficacia del Convenio de Basilea”, presentada a la Secretaría del Convenio y que permitió la adopción de la** Decisión general sobre la CLI de Indonesia y Suiza para mejorar la eficacia del Convenio de Basilea (UNEP/CHW.10/CRP.25).

miento de barcos, el reciclaje de los aparatos eléctricos y electrónicos, la incineración de plásticos, la creación de piscinas de ácido y el vertido incontrolado en las áreas rurales de países con legislación más débil. Los países industrializados producen cerca del 80% de los 400 millones de toneladas de basura tóxica generados anualmente en el mundo, y de esa proporción exportan el 10%, en su gran mayoría a países subdesarrollados con grandes necesidades económicas. Todas estas actividades no solo vulneran, en la mayor parte de los casos, el Convenio de Basilea, sino también los principios del desarrollo sostenible, en concreto: del principio de quien contamina paga, en tanto el generador de la contaminación, en este caso el residuo, no internaliza los costes de su gestión y/o eliminación; del principio de prevención, por el daño ambiental que supone el traslado y depósito no autorizado de residuos especialmente tóxicos, afectando la salud y bienestar de las poblaciones receptoras; y del principio de consentimiento libre, previo e informado, como manifestación del principio de información y participación ambiental.

Por el conjunto de exportaciones de residuos los países industrializados han adquirido una deuda con los no industrializados que debe ser reconocida y pagada. La cuantificación de esta deuda es difícil de calcular, pero si se calcula el coste que supone para una economía “desarrollada” el reciclado y depuración de los residuos sólidos y aguas contaminadas, tanto a nivel monetario y energético, seguramente nos daremos cuenta de que la flexibilidad de las normas y restricciones de los países con niveles económicos menores para atraer la inversión extranjera, también se justifica por el interés de los países contaminantes para sostener su nivel de crecimiento económico y aumentar la rentabilidad de sus procesos productivos. De nuevo, el desarrollo sostenible parece ser un espectro ante la realidad cotidiana de muchos países.

Consideraciones finales: Las limitaciones del desarrollo sostenible

El planteamiento de un concepto tal como el de desarrollo sostenible es aparentemente contradictorio. En primer lugar, porque como se ha analizado, el desarrollo y sostenibilidad obedecen a lógicas contrapuestas. El desarrollo realmente existente es lineal, creciente, explota la naturaleza y privilegia la acumulación privada. La categoría sostenibilidad, por el contrario, proviene de las ciencias de la vida y de la ecología, cuya lógica es circular e incluyente. Representa la tendencia de los ecosistemas al equilibrio dinámico, a la interdependencia y a la cooperación de todos con todos. Como se deduce, son lógicas antagónicas: una privilegia al individuo, la otra al colectivo; una promueve la competición, la otra la cooperación; una la evolución del más apto, la otra la evolución de todos interconectados.

La sostenibilidad ha llevado a propugnar un crecimiento sostenido, pero sin una justificación rigurosa acerca de la capacidad del sistema económico para internalizar las condiciones ecológicas y sociales de equidad, justicia y democracia en este proceso. La sustentabilidad ecológica es una condición ineludible de la sostenibilidad del proceso económico. Sin embargo, el discurso dominante afirma el propósito de recuperar y mantener un crecimiento económico sostenible, sin explicitar la posible internalización de las condiciones de sostenibilidad ecológica mediante los mecanismos del mercado. En este sentido, la naturaleza está siendo incorporada al orden económico mundial mediante una doble estrategia: por una parte se intenta internalizar los costos ambientales del progreso y, por otra, se concibe al individuo, a la cultura y a la naturaleza como una nueva especie de capital (capital humano, capital cultural y capital natural), susceptible de apropiación y constituyendo parte protagonista del proceso de expansión de la economía. El concepto

de desarrollo sostenible, paradójicamente, ha desencadenado así la inercia del crecimiento, negando los límites del crecimiento y diluyendo las identidades culturales, el valor de la vida y la naturaleza en la lógica de la economía y del mercado.

Tal desarrollo sería sostenible si vinculara las decisiones económicas con el bienestar social y ecológico, es decir, vincular la calidad de vida con la calidad del medio ambiente y, por lo tanto, con la racionalidad económica y el bienestar social. En otras palabras, el desarrollo es sostenible si mejora el nivel y la calidad de la vida humana al tiempo que garantiza y conserva los recursos naturales del planeta. Esto exige, no sólo la integración en la contabilidad económica de los costes ecológicos, es decir, la fijación de precios que reflejen en la medida de lo posible el costo real de reposición y de renovación de los recursos naturales consumidos. Pero esto no significa que “pagar” dé derecho a contaminar, pues de lo que se trata ante todo es de no destruir recursos naturales que no puedan regenerarse. Por tanto exige también un replanteamiento de los patrones de producción y consumo en el Norte que revierta la tendencia a un incremento constante del consumo de recursos y energía.

En segundo lugar, el concepto propugna una perspectiva diacrónica entre las generaciones presentes y futuras, caracterizando su relación como solidaria. No obstante, el concepto no determina la asunción de responsabilidades compensatorias no sólo por el esfuerzo que representa para muchos Estados asumir este paradigma de desarrollo y la renuncia a determinados modelos alternativos de desarrollo, sino también porque no determina las responsabilidades históricas, que en definitiva fueron el detonante de la crisis ambiental que derivó en este nuevo paradigma del desarrollo sostenible.

En tercer lugar, la persistencia de la pobreza que aflige a una parte sustancial de la población mundial junto al proceso de

acumulación creciente de la riqueza mundial en cada vez menos manos, muestra las enormes dificultades del sistema para conciliar la dimensión económica con la dimensión social del desarrollo sostenible, es decir para plasmar en la práctica la equidad, en el plano intrageneracional, repercutiendo en el cumplimiento de los Objetivos del Milenio⁸³.

Finalmente, es necesario apuntar que el desarrollo sostenible no se logrará sino no se interiorizan los principios antes analizados, puesto que representan el patrón de comportamiento básico, que deben guiar a los Estados en sus políticas internas e internacionales.

REFERENCIAS

AGYEMAN, J., “Environmental Justice and Sustainability”, en Atkinson, G, Dietz, S and Neumayer, E (eds) *Handbook of Sustainable Development*. London. Edward Elgar, 2007.

ARTARAZ, M., “Teoría de las tres dimensiones de desarrollo sostenible”, en *Ecosistemas: Revista científica y técnica de ecología y medio ambiente*, Vol. 11, No. 2, 2002. Recuperado el 14 de mayo de 2012, de <http://www.aet.org/ecosistemas/022/informe1.htm>.

BARRAL, V., “Sustainable development in international law”, en *European journal of international law*, 23(2012), 2.

DECLERIS, M., *The law of sustainable development*. – Athens: Sakkoulas [u.a.], 2010.

83 *Vid.* Economistas sin Fronteras (EsF), *Perspectivas de cumplimiento de los Objetivos del Milenio: de mal en peor*, 2009. Disponible en línea en: http://www.2015ymas.org/documentos_ver.asp?id=39 (acceso el 15 de abril 2013). Y también EsF: “La situación de los Objetivos del Milenio a mitad de camino para 2015”, en *Plataforma 2015 y El perfil social del desarrollo*, Icaria Editorial, 2007.

ECONOMISTAS SIN FRONTERAS (EsF), “La situación de los Objetivos del Milenio a mitad de camino para 2015”, en Plataforma 2015 y *El perfil social del desarrollo*, Icaria Editorial, 2007.

Perspectivas de cumplimiento de los Objetivos del Milenio: de mal en peor, 2009.

FROWEIN. J. A., “Reactions by Not Directly Affected States to Breaches of Public International Law”, Collected Courses of the Academy of International Law 248 The Hague 1994.

FRENCH, D.(ed.), *Global justice and sustainable development*, Leiden [u.a.]: Nijhoff, 2010.

“Managing global change for sustainable development”, en *South African yearbook of international law*, 32 (2007).

GIRST, G., *El desarrollo: historia de una creencia occidental*, Catarata, Madrid 2002.

JASROTIA, A., “Environmental protection and sustainable development”, en *Journal of the Indian Law Institute*, Indian Law Institute, 49(2007), 1.

KISS, A., SHELTON, D., *International Environmental Law* (Transnational Publishers, Ardsley 2004).

LATOUCHE, S., *Sobrevivir al desarrollo*, Icaria, Barcelona, 2007.

MALANCZUK, P., “Sustainable Development: Some Critical Thoughts in the Light of the Rio Conference”, en Ginther, K.; Denters, E.; De Waart, P.J.I.M.(eds.), *Sustainable Development and Good Governance*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1995.

MUNASINGHE, M., *Environmental Economics and Sustainable development*, Environmental Paper No. 3, International Bank for Reconstruction and Development, Work Bank, Washington D.C., 1993.

PAWLOWSKI, A., “How many dimensions does sustainable development have?”, en *Sustainable Development*, Vol. 16, Issue 2, 2008, pp. 81-90. Recuperado el 20 de junio de 2012, de: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/sd.339/pdf>.

RIECHMANN, J., “Desarrollo sostenible: la lucha por la interpretación”, en J. Riechmann and others (ed), *De la economía a la ecología*, Trotta, Madrid, 1995.

RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J., “El principio de integración de los aspectos económicos, sociales y medioambientales del desarrollo sostenible”, en *Revista española de derecho internacional*, 64 (2012), 2.

ROGERS, P.; JALAL, K.; BOYD, J., *An Introduction to Sustainable Development*, Earthscan Publications, London, 2008.

SANWAL, M., “Sustainable development, the Rio Declaration and multilateral cooperation”, en *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Vol. 4, No. 1, 1993.

SCHRIJVER, N., *The Evolution of Sustainable Development in International Law: Inception, Meaning and Status*, The Pocket Books of the Hague Academy of International Law, Martinus Nijhoff, Leiden, 2008.

TLADI, D., *Sustainable development in international law*, Pretoria: Pretoria University Law Press, 2007.

TRZYNA, T.; OSBORN, J., (eds.), *A sustainable world: defining and measuring sustainable development*, Published for IUCN-The World Conservation Union, Sacramento, California 1995.

WOLFRUM., R., ‘The Principle of the Common Heritage of Mankind’ (1983) 43 *ZaöRV* 312.

ZENGERLING, C., “Sustainable development and international (environmental) law”, en *EurUP*, 8(2010), 4.

SOLIDARIEDADE E COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

Livia Gaigher Bósio Campello

INTRODUÇÃO

Considera-se o valor solidariedade um corolário do sistema internacional desde a metade do século XX. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 utilizou o termo “fraternidade” para identificar um vínculo coletivo, relacionado às necessidades comuns a toda a humanidade, configurando uma responsabilidade de todas as pessoas em trabalhar para o bem comum. Antes mesmo da Declaração de 1948, o sentido da solidariedade já podia ser extraído de metas afirmadas no preâmbulo da Carta das Nações Unidas de 1945, como a prática da tolerância e a união de forças para a manutenção da paz internacional.

Outra meta fundamental apresentada pela Carta da ONU é a cooperação internacional para a promoção dos Direitos Humanos e para a resolução de problemas econômicos, sociais, culturais e humanitários. Nesse sentido, torna-se relevante, para a compreensão do funcionamento da sociedade internacional contemporânea, investigar de que forma se relacionam o valor da solidariedade e o instituto da cooperação internacional.

A conscientização quanto à existência de uma crise ambiental de dimensões planetárias fez evoluir enormemente, ao longo das últimas décadas do século passado, o tema da proteção ao meio ambiente humano, enquanto expressão dos interesses comuns da humanidade, consolidando um compromisso comum pela conten-

ção da progressiva degradação ambiental. O Direito Internacional tem progressivamente se dedicado às questões relativas a um dos maiores desafios da atualidade enfrentados pela sociedade internacional: a “degradação progressiva e inexorável do meio ambiente humano”, expressão utilizada pela primeira vez no preâmbulo da Declaração de Estocolmo de 1972.

Por sua vez, nos diversos regimes internacionais que se criaram para a resolução dos problemas ambientais, a cooperação entre os Estados assumiu o papel de instrumento fundamental para cumprir com essa responsabilidade comum. Nesse sentido, o objetivo do presente artigo é demonstrar como e em que medida a solidariedade tem fundamentado as atividades de cooperação entre os Estados no lidar com as mais variadas questões ambientais.

Assim, no primeiro capítulo, busca-se identificar, no processo histórico de afirmação dos Direitos Humanos, o direito a um meio ambiente equilibrado, imposto pela conscientização quanto à existência de uma crise de dimensões planetárias. A partir daí, discute-se de que modo o princípio da solidariedade, inspirador do Direito Internacional do Meio Ambiente, foi sendo concretizado pela normativa internacional. Em seguida, é analisado o instituto da cooperação internacional, enquanto princípio instrumental do Direito Internacional Público e, particularmente, do Direito Internacional do Meio Ambiente e sua relação com o valor solidariedade.

1. Meio ambiente: terceira geração/dimensão dos Direitos Humanos

Os Direitos Humanos aparecem em sucessivas gerações ou dimensões, determinados temporalmente pelos seus contextos, que lhes conferem certo perfil ideológico. Nesse passo, nasceram com

a marca individualista dentro de uma atmosfera iluminista que inspirou as revoluções burguesas do século XVIII. Essa matriz ideológica sofreu um amplo processo de impugnação com as lutas sociais do século XIX, que evidenciaram a necessidade de se aperfeiçoar o rol com a inclusão dos direitos econômicos, sociais e culturais. Na fase atual, novos direitos são clamados por sua incidência universal na vida de todos os homens, passando a serem exigidos esforços e responsabilidades em escala planetária.⁸⁴ Nesse sentido, Vladimir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano (2010, p. 200) inferem que:

Os Direitos Humanos nascem, se desenvolvem e se modificam — mas não morrem — nas gerações ou dimensões seguintes, obedecendo a um núcleo existencial traduzido e sedimentado num período inserido no contexto social, a partir da ideia de dignidade da pessoa humana.

Esses autores demonstram que a construção histórica dos Direitos Humanos está ligada ao conteúdo ético desses direitos e, por conseguinte, aos valores axiológicos expressados nessas normas (SILVEIRA; MENDEZ ROCASOLANO, 2010, pp. 191-192). Sendo assim, o processo contínuo pelo qual valores imersos na sociedade aos poucos ganham relevância no seu contexto temporal, denominado “*dinamogênese* dos valores e do direito”,

84 Deve-se destacar a perspectiva histórica baseada na doutrina de Willis Santiago Guerra Filho (2005, p. 47) que recusa a existência de geração de direitos. Para o autor “[...] ao invés de gerações é de se falar em dimensões de direitos fundamentais, nesse contexto não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Mais importante é que os direitos gestados em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos de geração sucessiva, assumem outra dimensão, pois os direitos da geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, conseqüentemente, também para melhor realizá-los. Assim, por exemplo, o direito individual da propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua função social, e com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental”.

cumpra as seguintes etapas: (i) “conhecimento-descobrimto dos valores pela sociedade”; (ii) “posterior adesão social aos valores e a consequência imediata”; e, (iii) “concretização dos valores por intermédio do direito em sua produção normativa e institucional” (SILVEIRA; MENDEZ ROCASOLANO, 2010, p. 191).

Resumidamente, os Direitos Humanos de primeira fase, geração ou dimensão nasceram com perfil individualista e objetivam tutelar as liberdades individuais ou liberdades públicas negativas. Essa matriz, como já foi dito, sofreu duras críticas nos processos das lutas sociais pela concretização da igualdade do século XIX, que ensejaram o complemento do catálogo com a segunda geração de direitos — a saber, os direitos econômicos, sociais e culturais — pelos quais se buscou a satisfação das necessidades mínimas dos indivíduos. Na atualidade, os direitos de terceira geração/dimensão são aspirados globalmente a partir de uma visão totalitária das necessidades humanas. São os direitos difusos - nomeadamente, os direitos de paz, direito ao desenvolvimento, luta contra o terrorismo, desarme nuclear e a proteção do meio ambiente.

A revolução tecnológica dos tempos atuais tem redimensionado as relações dos homens entre si em seu marco cultural de convivência e com a natureza. De fato, a noção de meio ambiente humano, que nos remete à relação do homem com o seu meio ambiente, condicionando a existência deste último e podendo chegar a destruí-lo, tem sido uma questão central, que desperta imensa inquietude da sociedade.

A relação do homem com a natureza se encontra em posição de aberta contradição, na medida em que as novas tecnologias concebem o domínio e a exploração sem limites, em prol do desenvolvimento desenfreado. Os resultados dessas práticas são motivos de preocupação cotidiana, que fez surgir a convicção de uma nova geração/dimensão de Direitos Humanos, complementar às outras duas.

A necessidade de proteção do meio ambiente e de uso equilibrado da natureza, portanto, representa o marco global para uma mudança de postura e um novo enfoque das relações do homem com seu entorno. Desse modo, a incidência do meio ambiente sobre o ser humano e vice-versa, como aspecto decisivo ao próprio desenvolvimento humano, justifica a inclusão do direito ao meio ambiente ao rol de Direitos Humanos, como direito de terceira geração/dimensão.

Nessa perspectiva, se a liberdade é o valor que orienta os direitos de primeira geração, como é a igualdade para os direitos da segunda, os direitos de terceira geração/dimensão têm como valor de referência a solidariedade. Isso se justifica porquanto as aspirações da humanidade, na busca de soluções para os problemas globais ou transfronteiriços, só podem ser satisfeitas mediante um espírito solidário de sinergia, isto é, de cooperação e sacrifício coletivo.

Em outras palavras, diante desta sequência de valores-guia de cada geração/dimensões de direitos — liberdade, igualdade e solidariedade — pode-se dizer que os primeiros direitos confiam ao homem o poder de eleger, os segundos conferem o poder de exigir e os terceiros, direitos de solidariedade, convertem-se em direitos-obrigações (RIVERO, 1985, pp. 189-202).

Os direitos de terceira geração/dimensão, portanto, se voltam à tutela da solidariedade, passando a considerar o homem não como vinculado a esta ou àquela categoria, a este ou àquele Estado, mas como um gênero com anseios e necessidades comuns. A solidariedade, desse modo, é evidenciada em uma comunidade com interesses comuns.⁸⁵

85 Nas palavras de Fabio Konder Comparato (2006, p. 577) suas palavras: “[...] é o fecho de abóbada do sistema de princípios éticos, pois complementa e aperfeiçoa a liberdade, a igualdade e a segurança. Enquanto a liberdade e a igualdade põem as pessoas umas diante das outras, a solidariedade as reúne, todas, no seio de uma mesma comunidade. Na perspectiva da igualdade e da liberdade, cada qual reivindica o que lhe é próprio. No plano da solidariedade, todos são convocados a defender o que lhes é comum. Quanto à segurança, ela só pode realizar-se em sua plenitude quanto cada qual zela pelo bem de todos e a sociedade pelo bem de cada um de seus membros.”

Um dos aspectos mais característicos da terceira geração/dimensão dos Direitos Humanos se refere, sem dúvida, ao redimensionamento e ampliação de suas formas de titularidade. Assim, é necessário reconhecer a generalidade de sujeitos⁸⁶ que estão legitimados a defender-se das agressões aos bens coletivos ou interesses difusos que, por sua própria natureza, não se configuram por uma lesão individualizada.

Com efeito, a estratégia reivindicativa de concretização dos valores nas normas de Direitos Humanos de terceira geração/dimensão não olvida a necessidade de proteção do meio ambiente e o direito à qualidade de vida do ser humano. Por outro lado, a compreensão da natureza como nicho vital ao ser humano tende a conduzir a consciência humana à proteção de objetivos comuns.⁸⁷

Sendo assim, o fundamento imediato do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado consiste na necessidade de assegurar o meio ambiente em condições que permitam a qualidade de vida das futuras gerações e a própria sobrevivência da espécie humana. Enquanto pilar dos direitos de terceira geração/dimensão, a solidariedade aponta para a racionalização da utilização dos recursos naturais e para a substituição do modelo de crescimento desenfreado, com vistas ao desenvolvimento sustentável.

Como se pode inferir, tal necessidade de proteção do meio ambiente representa o marco histórico para um redirecionamento

86 A partir da percepção do meio ambiente como direito de terceira dimensão, possuindo como destinatário toda a humanidade, a Norma Sueli Padilha (2010, p. 177) ainda observa que: “É um direito voltado à tutela da solidariedade e à fraternidade, como a paz, a autodeterminação dos povos, o desenvolvimento”.

87 Nesse sentido, Miguel Reale (2000, p. 105) inclui o meio ambiente dentre os valores que considera invariáveis, por significarem “a máxima expressão e salvaguarda da existência e da dignidade do homem”. Desse modo, só podem ser adjetivados como “permanentes” e “intocáveis.” Em suas palavras: “[...] dessa preocupação resultou um novo retorno à natureza, não em sentido de admiração romântica, mas antes pela compreensão de que, subvertida ela, comprometida está para todo o sempre a existência do homem sobre a face da Terra. É essa a razão básica da projeção de um valor novo de primeira grandeza, o valor ecológico, ou do meio ambiente, que se situa, hoje em dia, entre os que denomino invariantes axiológicas.”

das relações do homem com o seu entorno e a base para a progressiva ampliação e concretização das suas normas nos níveis interno e internacional.

2. Solidariedade no Direito Internacional do Meio Ambiente

A partir dos dados catastróficos de degradação ambiental, seja quanto a questão das mudanças climáticas, sobre-exploração de peixes, declínio da biodiversidade, entre outros, a única conclusão que se pode chegar é que a conservação do meio ambiente é interesse comum a todos os Estados. Uma verdadeira meta a qual a humanidade precisa alcançar para sua própria sobrevivência.

Se a solidariedade é um corolário no sistema internacional, especialmente em vista de interesses comuns na comunidade de Estados, o princípio da solidariedade igualmente há de ser reconhecido no Direito Internacional Ambiental, pois, na grande maioria dos casos relacionados aos cuidados com o meio ambiente, os interesses de cada Estado da sociedade internacional estão direta e incontestavelmente envolvidos.

A solidariedade, na qualidade de princípio fundamental do Direito Internacional, foi anunciada por Emer de Vattel em meados do século XVIII. Esse autor defende que os Estados têm o dever de assistência mútua, a fim de melhorar a sua situação e as relações em geral com os demais Estados. Vattel⁸⁸ assevera que as Nações estão

88 Nas palavras de Emer de Vattel (2004, pp. 193-194): “A natureza e a essência do homem, incapaz de ser suficiente para si mesmo, de se aperfeiçoar e de viver feliz sem a assistência de seus semelhantes, deixam claro que o seu destino é viver em uma sociedade de ajuda mútua e, por conseguinte, que todos os homens são obrigados, pela sua própria natureza e essência, a trabalharem conjuntamente e em comum para o aperfeiçoamento do próprio ser e do Estado a que pertencem. O mais seguro meio de conseguir este propósito é que cada qual trabalhe primeiramente para si próprio e em seguida para os outros, levando-nos a concluir que tudo o

mutuamente obrigadas a todos os deveres que a segurança e o bem-estar da sociedade requerem. Assim, proclama o princípio geral de todos os deveres recíprocos das Nações.

No sentido explicitado por Vattel, a solidariedade passa a ser condição básica de existência de uma comunidade de Estados. Uma espécie de lei natural, obrigatória e imutável, que não poderia ser abolida. Essa concepção de solidariedade, assim, se converteria em norma de *jus cogens*, por não estar à disposição das Partes contratantes, devido ao seu papel fundamental na manutenção da sociedade internacional.

Gabriel Real Ferrer (2003, pp. 135-136) explica que a solidariedade está na origem de qualquer sociedade:

Entendida, em uma primeira instância, não como o sentimento altruísta que de imediato nos sugere a expressão, mas como o vínculo coletivo próprio de todo corpo político. A solidariedade, o ato de solidariedade, está na origem: é a técnica necessária para traduzir o Contrato Social ideal e idealizado, materialmente inexistente mas latente, que está na origem da sociedade; da sociedade politicamente organizada, dessa comunidade de interesses que é o Estado. Um pacto que se renova regularmente, diariamente. [...] A solidariedade converte a ação dispersa em ação coletiva, o privado em público.⁸⁹

que devemos a nós mesmos, o devemos também para os outros, à medida que tenham realmente necessidade de ajuda e que possamos dá-la sem negligenciar a nós mesmos. Desde que, pois, uma Nação deve, à sua maneira, para outra Nação, o que um homem deve para outro, podemos formular ousadamente o seguinte princípio geral: cada Estado deve a outro Estado o que ele deve a si mesmo à medida que este outro tenha necessidade real de ajuda, e que ele possa conceder essa ajuda sem negligenciar os deveres para consigo mesmo.”

89 Texto original, em espanhol: “Entendida, en una primera instancia y como se verá, no como el sentimiento altruista que de inmediato nos sugiere la expresión, sino como el vínculo colectivo propio de todo cuerpo político. La solidaridad, el actuar solidario, está en el origen: es la técnica necesaria para plasmar ese ideal e idealizado, materialmente inexistente pero latente Contrato Social que está en el origen de la sociedad; de la sociedad políticamente organizada, de esa comunidad de intereses que es el Estado. Un pacto que se renueva periódicamente, diariamente, diría. [...] La solidaridad convierte la acción dispersa en acción colectiva, lo privado en público.”

Segundo tal definição, não é possível conceber uma verdadeira sociedade internacional sem reconhecer a existência de um vínculo solidário a unir os diferentes Estados nacionais. Nesse sentido, falando sobre a organização da sociedade estatal, mas em lição que pode ser perfeitamente aplicada à comunidade de Estados, reitera o autor (FERRER, 2003, p. 144):

Para um agregado de pessoas se torne um grupo, uma sociedade, é necessária a “faísca” da solidariedade. Trata-se da emulsão que converte em unidade seus elementos dispersos. Uma vez existente, há objetivos comuns, há uma função a executar, que se caracterizará precisamente por ser coletiva e assumida solidariamente. E será necessária uma organização, igualmente única, por ser de todos e para todos. E um direito que vá além da resolução de conflitos intersubjetivos, um direito [...] poderoso, capaz de sacrificar os interesses não solidários em benefício do grupo. Um direito, enfim, que terá como objeto direto a realização efetiva dessa “solidariedade coletiva”.⁹⁰

Por outro lado, o equilíbrio ambiental apresenta limites variáveis, que podem ser facilmente ultrapassados. A contaminação não conhece fronteiras e necessita de soluções a nível global quando afeta a Terra em seu conjunto, ainda que essas soluções se choquem com interesses particulares de Estados em busca de benefícios imediatos, sem levar em consideração um problema que mais tarde todos terão que enfrentar.

90 Texto original, em espanhol: “Para que un agregado de personas se convierta en grupo, en sociedad, hace falta la «chispa» de la solidaridad. Es la emulsión que convierte en unidad a los elementos dispersos. Y en cuanto existe, existen objetivos comunes; hay función a realizar, que se caracterizará, precisamente, porque es colectiva y asumida solidariamente. Y hará falta una organización igualmente singular porque es la de todos y para todos. Y necesitará de un Derecho que vaya más allá de la resolución de conflictos intersubjetivos, un Derecho [...] poderoso capaz de sacrificar los intereses insolidarios en beneficio del grupo. Un Derecho, en fin, que tendrá como directo objeto la realización efectiva de esa «solidaridad colectiva».”

Como dito anteriormente, os direitos de solidariedade se consubstanciam em direitos-obrigações. Portanto, enquanto princípio estruturante do Direito Internacional Ambiental, a solidariedade impõe obrigações aos sujeitos de direito. No desenvolvimento histórico do Direito Internacional Ambiental, fica evidente o reconhecimento e aplicação do princípio da solidariedade, primeiro ensejando obrigações negativas aos Estados e, nas últimas décadas, cada vez mais impulsionando obrigações estatais positivas.

Pode-se dizer que em uma primeira geração de direitos ambientais no âmbito internacional, a solidariedade impunha aos Estados a obrigação de prevenir ou evitar danos aos Estados vizinhos. Nesse sentido, cabe mencionar a decisão emblemática no caso *Trail Smelter* (EUA vs. Canadá)⁹¹, bem como o Princípio 21 da Declaração de Estocolmo de 1972.⁹² Nesse estágio, a solidariedade no seu sentido negativo é clara — os Estados devem evitar ações que podem causar danos ao meio ambiente, não apenas em seus territórios, mas levando em consideração também os territórios vizinhos.

A partir de 1990, o Direito Internacional do Meio Ambiente entrou em seu segundo estágio de desenvolvimento, no qual o princípio estruturante da solidariedade passou a ter um sentido positivo. Na abalizada opinião de Gabriel Real Ferrer (1994, pp. 77-84):

[...] uma das mais importantes transformações das

91 A empresa *Consolidate Mining and Smelting Company* (CMSC), de Trail, Canadá, situada às margens do Rio Columbia, ao norte da fronteira com o Estado de Washington, EUA, emitia altos níveis de sulfato de enxofre durante suas atividades de fundição de zinco e couro, causando supostos danos às florestas e plantações em *Kettle Falls*, Washington, no vale do Rio Columbia. Após participarem de um mal sucedido primeiro procedimento arbitral, Canadá e Estados Unidos decidiram pela assinatura de uma Convenção sobre emissão de gases em 15 de abril de 1935, que previa a criação de um Tribunal Arbitral para solucionar a questão. A sentença do Tribunal determinou à CMSC que se abstivesse de causar quaisquer danos ambientais transfronteiriços futuros ao Estado de Washington com suas emissões e estipulou uma compensação financeira a ser paga pelo governo canadense aos dois Estados Unidos.

92 “Em conformidade com a Carta das Nações Unidas e com os princípios de direito internacional, os Estados têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos em aplicação de sua própria política ambiental e a obrigação de assegurar-se de que as atividades que se levam a cabo, dentro de sua jurisdição, ou sob seu controle, não prejudiquem o meio ambiente de outros Estados ou de zonas situadas fora de toda jurisdição nacional.”

estruturas tradicionais, mas que se mostra inevitável, é a generalização do princípio da solidariedade como um autêntico princípio jurídico formalizado, gerador de obrigações exigíveis no seio das relações sociais, até mesmo aquelas que parecem extremamente fracas segundo os critérios pelos quais operamos hoje. Este princípio de solidariedade superaria o estado das considerações éticas e de pseudo-caridade, que agora o acompanham, para se estabelecer no terreno jurídico.⁹³

Um exemplo bastante significativo pode ser representado pela incorporação do princípio das responsabilidades comuns, porém diferenciadas, segundo o qual países mais desenvolvidos devem suportar certa responsabilidade financeira para com os países menos desenvolvidos.⁹⁴

A solidariedade ficou muito bem aclarada pelo conceito de desenvolvimento sustentável, com vistas à proteção ambiental para as presentes e futuras gerações. Diante desse conceito, composto por quatro elementos, fica nítida em cada um deles a noção de solidariedade (KOROMA, 2011, p. 112). De tal modo, pelo desenvolvimento sustentável devemos: (i) preservar os recursos naturais para o benefício das gerações futuras; (ii) explorar os recursos naturais de maneira racional; (iii) utilizar equitativamente os recursos

93 No original, em espanhol: “[...] una de las más importantes transformaciones trastocadoras de las estructuras tradicionales, pero que resulta ineludible, es la generalización del principio de solidaridad como auténtico principio jurídico formalizado, generador de obligaciones exigibles en el seno de las relaciones sociales, incluso en aquellas que aparecen como sumamente débiles para los criterios con los que hoy operamos. Este principio de solidaridad sobrepasaría el estado de las consideraciones éticas, pseudo-caritativas, que ahora lo acompañan, para instalarse en el terreno de lo jurídico.”

94 Nos termos do Princípio 7 da Declaração da Rio-92: “Os Estados irão cooperar, em espírito de parceria global, para a conservação, proteção e restauração da saúde e da integridade do ecossistema terrestre. Considerando as diversas contribuições para a degradação do meio ambiente global, os Estados têm responsabilidades comuns, porém diferenciadas. Os países desenvolvidos reconhecem a responsabilidade que lhes cabe na busca internacional do desenvolvimento sustentável, tendo em vista as pressões exercidas por suas sociedades sobre o meio ambiente global e as tecnologias e recursos financeiros que controlam.”

naturais, isto é, levando em consideração as necessidades de outros Estados e, (iv) integrar o meio ambiente nos planos de desenvolvimento ou políticas públicas.

O primeiro elemento, a “equidade intergeracional”, justifica o raciocínio jurídico que toma em consideração o longo prazo e reconhece o direito das gerações futuras ao meio ambiente. O termo “direito intergeracional” foi formulado por Edith Brown-Weiss no final da década de 80. Esse conceito engloba várias ideias, desde a perspectiva de pertencimento do ser humano na natureza até o consequente reconhecimento de que a degradação ambiental afeta diretamente a vida humana. Nos dizeres de Edith Brown-Weiss (1990, pp. 198-207), “cada geração deve entregar o planeta à próxima em condições não piores do que as em que o recebeu e garantir o direito de acesso equivalente a suas riquezas e benefícios”. Há, sem dúvida, uma conexão entre as gerações, que devem ser vistas como em posição de igualdade, ou seja, as gerações futuras possuindo os mesmos direitos dos quais dispõem as gerações presentes.

Com efeito, a solidariedade visa às gerações que virão, na sucessão de tempo. Daí poder se falar em “solidariedade intergeracional”⁹⁵, segundo Édis Milaré (2011, p. 1066), “porque traduz os vínculos solidários entre as gerações”. Curioso observar nesse ponto que Gregorio Peces-Barba (1995, p. 184), em lugar de falar em direito ao meio ambiente, se pronuncia a favor de “direitos relativos ao meio ambiente”, sendo que estes direitos a seu juízo, “expressam uma solidariedade não somente entre contemporâneos, mas também em relação às gerações futuras [...]”.

Segundo Wambert Gomes Di Lorenzo (2010, p. 147), a solidariedade entre gerações consiste em “vínculos de responsabilidade que obrigam as pessoas precedentes às ulteriores”, nos quais os primeiros têm deveres objetivos em face dos porvindou-

95 Para solidariedade intergeracional, ver o artigo de Dinah Shelton (2010, pp. 123-162).

ros, deveres esses fundados na solidariedade, uma vez que exigem um esforço concreto para que as pessoas das futuras gerações realizem sua dignidade.

Na Declaração de Estocolmo (1972), em vista da finitude dos bens ambientais, foi estabelecido o dever de preservá-los em benefício das presentes e futuras gerações. Na Declaração do Rio (1992) ficou consagrado, nos termos do Princípio 3º, que o direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades das gerações presentes e futuras.⁹⁶

O segundo elemento, a exploração racional dos recursos naturais, envolve a solidariedade entre todos os Estados e indivíduos, que estão sob esta mesma obrigação. Nesse sentido, convém recordar que os recursos da natureza são finitos e limitados, e que, portanto, no cerne do conceito de desenvolvimento sustentável se encontram os pressupostos de produção e consumo sustentáveis, respectivamente, em seus aspectos quantitativos e qualitativos.

Já o elemento de utilização equitativa envolve claramente a solidariedade, uma vez que exige a cooperação em igualdade. Assim, não há que se desconsiderar o fato de que uma das áreas mais manifestas de interdependência entre as nações é a proteção do meio ambiente, vez que as agressões ao meio ambiente não se circunscrevem em limites territoriais. Daí realçarmos a importância do inter-relacionamento entre países, intercâmbio de experiências científicas e auxílio financeiro e tecnológico mútuos para combater os problemas ambientais globais.

O quarto componente, a integração de assuntos ambientais nas políticas de desenvolvimento, obriga os Estados a considerar o interesse no ambiente, mesmo ao abordar a necessidade de desen-

96 No Brasil, a Constituição Federal de 1988 impôs no artigo 225, *caput*, como dever ao Poder Público e à coletividade, a preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

volvimento. Nesse sentido, o Poder Público está obrigado a criar ou aperfeiçoar o ordenamento jurídico e as políticas públicas para a proteção ambiental em um cenário de busca pelo desenvolvimento, que engloba a erradicação da pobreza, proteção da saúde humana, promoção de assentamentos humanos, entre outras missões.

Outras aplicações positivas do princípio da solidariedade, que representam deveres concretos dos Estados de proteger o meio ambiente, podem ser identificadas nas modernas Convenções internacionais multilaterais de proteção ambiental. Por exemplo, o Protocolo de Montreal de 1990 prevê uma redução no consumo e na produção de clorofluorcarbonos, e ainda limita o comércio de tais substâncias com Estados que não são Partes nessa Convenção. No mesmo sentido, o Protocolo de Quioto de 1992 estabelece obrigações vinculantes para a redução dos gases de efeito estufa. Mais especificamente, o artigo 3º, b), da Convenção das Nações Unidas para o Combate à Desertificação, dispõe: “[...] as Partes deverão, num espírito de solidariedade internacional e de parceria, melhorar a cooperação e a coordenação aos níveis sub-regional, regional e internacional e concentrar os recursos financeiros, humanos, organizacionais e técnicos onde eles forem mais necessários;”

A combinação desses vários componentes não deixa dúvidas de que há um princípio estruturante que, em um primeiro momento, fez com que sujeitos formalmente iguais passassem a ter obrigações negativas ao se absterem de ações que interferissem significativamente ou prejudicassem o meio ambiente dos países vizinhos; e, no segundo estágio, impôs obrigações positivas para a realização e manutenção dos objetivos comuns da sociedade internacional como um todo.

Nesse sentido, o Direito Internacional do Meio Ambiente contemporâneo reflete a preocupação global da sociedade internacional, fato que condicionou a independência soberana do Estado

ao interesse da humanidade na preservação ambiental. De tal modo, a noção de solidariedade internacional ambiental passou de uma mera aspiração para se manifestar concretamente e estruturalmente, como no conceito de desenvolvimento sustentável e nas obrigações decorrentes dos Tratados multilaterais, especialmente quanto à relação entre países desenvolvidos e em desenvolvimento.

3. Cooperação internacional na proteção do meio ambiente

O princípio estruturante da solidariedade internacional é a base para interpretação do princípio instrumental da cooperação internacional para o meio ambiente⁹⁷, sobretudo na compatibilização entre desenvolvimento econômico e meio ambiente, sendo também o valor-base deste direito difuso que é também um direito humano, por isso, assim chamado de terceira geração/dimensão, a consagrar como direitos a qualidade de vida e o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A cooperação é um dos temas mais importantes na construção do Direito Internacional Público a partir da II Guerra Mundial. O surgimento da Organização das Nações Unidas - ONU em 1945 marcou definitivamente uma nova concepção de mundo e a interpretação dos problemas internacionais, trazendo novos objetivos para este órgão máximo da comunidade internacional e esclarecendo os meios para realizá-los, dentre os quais se destaca a cooperação internacional.

Para se fazer uma análise desse princípio, é necessário traçar uma breve contextualização em meio às disposições de direito internacional geral, para, posteriormente, abordá-lo como critério necessário no Direito Internacional do Meio Ambiente.

97 Os Tratados de meio ambiente requerem cooperação e o princípio correspondente é o da solidariedade internacional, diferentemente do que ocorre com outros Tratados internacionais em que princípio correspondente é o da reciprocidade, em que há possibilidade de retaliação.

3.1. A cooperação no Direito Internacional Público

Com a criação da ONU, a cooperação internacional teve um incremento em um amplo número de áreas. Em um primeiro momento, sobressaiu sua inclusão como meio e propósito para realizar os objetivos consagrados na Carta das Nações Unidas, quais sejam, “unir as forças para a manutenção da paz e da segurança internacionais” e “adotar medidas coletivas e eficazes para prevenir e eliminar ameaças à paz”. Tais objetivos estão relacionados com a noção de coletividade, enquanto conceito fundamental na construção de uma nova ordem mundial.

O Capítulo IX da Carta das Nações está destinado exclusivamente à cooperação internacional, econômica e social, conferindo às Nações Unidas o dever de promovê-la, de acordo com objetivo de se criar condições de “estabilidade e bem-estar” fundamentais para as “relações pacíficas e amistosas entre as Nações”.

Este mandamento tem sido desenvolvido e aplicado em diferentes campos no âmbito das relações internacionais, tais como o desenvolvimento econômico, a proteção dos Direitos Humanos, a política monetária e a proteção do meio ambiente. Tal processo é incrementado pelo crescente número de organizações internacionais, programas de ação para os Estados, secretarias, convenções, protocolos etc.

Do ponto de vista prático, o dever de cooperação entre os Estados se concretiza pelo compromisso coletivo — portanto, solidário — de atuarem para a criação de condições dignas de vida para os povos e países, por exemplo, ao proporcionar ajuda econômica e viabilizar projetos de assistência técnica. Esta regulação repercutiu diretamente nas normas estabelecidas para a proteção do meio ambiente. Alguns conceitos fundamentais, como o caráter transnacional dos recursos naturais, elevam a cooperação interna-

cional ao patamar de meio indispensável para realização objetivos de proteção e conservação do meio ambiente.

3.2. A cooperação no Direito Internacional do Meio ambiente

O desenvolvimento do Direito Internacional do Meio Ambiente vem marcado pela evolução de alguns conceitos particulares desse campo. Dentre eles, encontra-se a noção de área ou interesse comum, o que permite compreender o meio ambiente como um bem material que se localiza fora da jurisdição dos Estados, mas é comum a todos eles. Isto quer dizer que há um espaço que pertence a cada um dos Estados e, ao mesmo tempo, concerne a toda a humanidade.

Nos termos da Declaração de Estocolmo de 1972, visou-se a “necessidade de estabelecer uma visão global e princípios comuns, que sirvam de inspiração e orientação à humanidade, para a preservação e melhoria do ambiente humano.”⁹⁸ Na verdade, o sucesso da Conferência de Estocolmo foi atribuído à crescente percepção de que o Direito Internacional Público de coexistência passou a ser complementado pelo Direito Público Internacional de cooperação.

Nesse sentido, a cooperação entre os Estados constitui uma das bases da proteção internacional do meio ambiente, porque reflete essa característica importante do Direito Internacional contemporâneo. Como afirmam Kiss e Beurier (2004, p. 128): “No direito convencional, o princípio da cooperação é subjacente à maioria das obrigações estipuladas pelos Estados”.

98 Pode ser referido o princípio 24 da Declaração de Estocolmo: Todos os países, grandes ou pequenos, devem empenhar-se com espírito de cooperação e em pé de igualdade na solução das questões internacionais relativas à proteção e melhora do meio. É indispensável cooperar mediante acordos multilaterais e bilaterais e por outros meios apropriados a fim de evitar, eliminar ou reduzir e controlar eficazmente os efeitos prejudiciais que as atividades que se realizem em qualquer esfera possam acarretar para o meio, levando na devida conta a soberania e os interesses de todos os Estados.

No Direito Internacional clássico, como principal função básica, elevava-se a coexistência entre Estados soberanos e juridicamente iguais.⁹⁹ Diversamente, o Direito Internacional contemporâneo contempla como uma de suas principais funções a cooperação para proteção do meio ambiente, enquanto interesse geral da humanidade, que não pode ser abordado de forma unilateral pelos Estados e se concretiza na existência de várias normas que limitam o exercício da soberania.

A aceitação de que os Estados possuem uma obrigação jurídica de cooperar é resultado de uma reestruturação fundamental da sociedade e do Direito Internacional. Assim, a cooperação internacional para o meio ambiente pode ser entendida como ação coordenada entre dois ou mais Estados, ou conjunção de esforços para lograr a satisfação de interesses comuns na proteção do meio ambiente.

Segundo Alexandre Kiss e Jean-Pierre Beurier (2004, p. 128):

Ao desempenhar seu dever de proteção do meio ambiente, os Estados devem cooperar não somente para prevenir e combater a poluição transfronteiriça, mas também para a conservação do meio ambiente em sua totalidade. [...] A obrigação geral dos Estados membros da ONU de cooperar de boa-fé com a organização e entre eles, compreende também seu dever de cooperar especificamente para conservar o meio ambiente.

O interesse particular de cada um dos Estados fez com que o meio ambiente se tornasse um assunto que requer imprescindivelmente a ação conjunta e a cooperação internacional em seu tratamento. De fato, os problemas comuns são reflexos do caráter transnacional e interdependente da questão ambiental que só podem ser solucionados por meio de esforços comuns dos Estados e das instituições internacionais criadas com esse propósito.

⁹⁹ A coexistência de Estados se baseava, principalmente, em relações de respeito aos interesses soberanos dos Estados.

Por outro lado, a necessidade de cooperação também sofre influência pelo valor que se dá à disponibilidade futura dos recursos naturais, implicando em um custo efetivo para a preservação desses recursos em benefício de todos os Estados. Além disso, o esgotamento de um determinado recurso por parte de um dos Estados pode afetar o uso do mesmo recurso por parte de outros Estados, ocasionando riscos de conflitos entre os países (SCOTT; REYNOLDS et al, 1996. pp. 34-35).

Discussões práticas têm sido empreendidas por alguns autores, que ressaltam a importância de se criar agências de assistência e a obrigação dos países desenvolvidos para com os países menos desenvolvidos no intuito de melhorar sua capacidade de proteger e administrar seus recursos naturais.¹⁰⁰

Na medida em que a cooperação persegue os fins de justiça social, tendendo para proteção ambiental, bem como para redução das diferenças econômicas e sociais entre os Estados, não

100 Conforme leciona Peter Sand (1996, p. 780): “A assistência técnica para a implementação de tratados (pela produção normativa e capacitação administrativa nacionais) tem uma tradição de longa data em diversas organizações internacionais — a começar pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), que envidou esforços para a modernização da normativa trabalhista relacionada ao meio ambiente de trabalho; a Organização Mundial da Saúde (OMS), por trabalhar pela harmonização das regulações sanitárias; a Agência Internacional de Energia Atômica (AIEA), pelo cumprimento com padrões de segurança nuclear; A Organização Marítima Internacional (OMI), pelo cumprimento com regras de poluição marinha global; O Serviço de Direito do Desenvolvimento da FAO (*Food and Agricultural Organization*), pelas leis de recursos naturais conforme os acordos aplicáveis, por exemplo, no campo da pesca internacional; e o Serviço de Assistência Jurídica do Secretariado da Commonwealth, por uma gama de questões, como a legislação para implementação de obrigações dos países signatários de convenções ambientais marinhas regionais. No texto original, em inglês: “Technical assistance for the implementation of treaties (by national law-making and administrative capacity-building) has a long-standing tradition in several international organizations — starting with the International Labour Organisation (ILO), which has undertaken efforts for upgrading labour standards for the working environment; the World Health Organization (WHO), for working towards harmonized sanitary regulations; the International Atomic Energy Agency (IAEA), for compliance with nuclear safety standards; the International Maritime Organization (IMO), for compliance with global marine pollution rules; the FAO Development Law Service, for natural resource laws in accordance with applicable agreements, e.g. in the field of international fisheries; and the Legal Advisory Service of the Commonwealth Secretariat, for a range of topics such as legislation to implement commitments of the recipient countries under regional marine environment conventions.”

se pode olvidar o aparecimento de controvérsias entre os países desenvolvidos (que em geral colocam seus recursos à disposição dos beneficiados) e dos países em desenvolvimento (igualmente, em regra, destinatários diretos dos benefícios a que a cooperação reporta).

Enquanto noção integradora, a cooperação outorga um enorme grau de discricionariedade aos Estados com relação às formas que serão levadas a cabo por eles. No âmbito científico e tecnológico, por exemplo, se percebem variadas maneiras de realização da cooperação internacional. Para citar algumas: i) intercâmbio e publicação de informações relativas à investigação; ii) organização de contatos entre investigadores de distintos países; iii) intercâmbio científico de pesquisadores; iv) formação de cientistas; v) celebração de Congressos e Conferências internacionais; vi) coordenação de investigações nacionais; vii) criação e gestão de centros de investigação internacionais; viii) criação de comissões intergovernamentais mistas de cooperação científica.

Nos vinte anos que se passaram desde a Convenção de Estocolmo (1972), verifica-se a entrada em vigor de variadas convenções que mostram que a cooperação para lidar com as questões ambientais se tornou um dever legal que vai além da preocupação com os países vizinhos.

Diante desses Tratados ambientais os quais incrementam suas obrigações estabelecendo a cooperação direta ou por intermédio das organizações globais ou regionais, pode-se assim dividi-los conforme suas disposições:

(i) Dispõem sobre a obrigação de cooperar na realização de observação científica sistemática: Por exemplo, Convenção sobre a preservação da contaminação marinha de origem terrestre de 1974 (artigo 11); Convenção sobre poluição atmosférica de longa distância de 1979 (artigo 7°); Convenção de Viena para proteção da ca-

mada de ozônio de 1985 (artigo 3°); Convenção das Nações Unidas sobre mudança do clima de 1992 (artigo 5°).

(ii) Dispõem sobre a cooperação em investigação científica: Por exemplo, Convenção sobre Diversidade Biológica de 1992 (artigo 12); Convenção das Nações Unidas sobre mudança do clima de 1992 (artigo 4°).

(iii) Dispõem sobre a cooperação para a informação: Por exemplo, Convenção sobre a preservação da contaminação marinha de origem terrestre de 1974 (artigo 10); Convenção de Viena para proteção da camada de ozônio de 1985 (artigo 4°); Convenção sobre o direito do mar de 1982 (artigo 200); Convenção das Nações Unidas sobre mudança do clima de 1992 (artigo 4.1 h); Convenção sobre Diversidade Biológica de 1992 (artigo 17).

(iv) Dispõem sobre a educação para lidar com as questões do Tratado: Por exemplo, Convenção das Nações Unidas sobre mudança do clima de 1992 (artigo 6°); Convenção sobre a Diversidade Biológica de 1992 (artigo 13).

(v) Dispõem sobre a avaliação de impacto ambiental: Por exemplo, Convenção regional do Kuwait sobre cooperação para a proteção do meio ambiente marinho de 1978 (artigo 9°); Convenção sobre a Diversidade Biológica de 1992 (artigo 14.1.a e b).

(vi) Dispõem sobre a transferência de tecnologia ambientalmente viável e sobre a assistência técnica aos países em vias de desenvolvimento: Por exemplo, Convenção de Viena para proteção da camada de ozônio de 1985 (artigo 4.2); Convenção sobre o direito do mar de 1982 (artigo 266); Convenção sobre a Diversidade Biológica de 1992 (artigo 16); Convenção sobre mudança do clima de 1992 (artigo 4.1.c); Protocolo de Montreal relativo às substâncias que agredem a camada de ozônio de 1987 (artigo 5°).

(vii) Dispõem sobre o acesso aos recursos naturais e a distribuição dos benefícios da investigação científica: Por exemplo, Convenção sobre a Diversidade Biológica de 1992 (artigo 15);

(viii) Dispõem sobre os recursos e mecanismos financeiros: Por exemplo, Convenção da Basileia sobre o controle dos movimentos transfronteiriços dos dejetos perigosos e sua eliminação de 1989 (artigo 14); Convenção sobre a Diversidade Biológica de 1992 (artigo 20); Convenção sobre mudança do clima de 1992 (artigo 4.3).

(ix) Dispõem sobre a pronta notificação em caso de emergências ambientais derivadas de acidentes: Por exemplo, Convenção sobre direito do mar de 1982 (artigo 199); Convenção internacional sobre cooperação, preparação e luta contra a contaminação por hidrocarbonetos de 1990 (artigo 3°); Convenção sobre a Diversidade Biológica de 1992 (artigo 14.e).

(x) Dispõem sobre revelação de perigos potenciais ao meio ambiente: Por exemplo, Convenção sobre Diversidade Biológica de 1992 (artigo 19.4).

(xi) Dispõem sobre fiscalização do cumprimento e execução de um Tratado ambiental: Por exemplo, Protocolo de Montreal de 1987 (artigo 8°); Convenção sobre Diversidade Biológica de 1992 (artigo 23.4); Convenção sobre Mudança do Clima de 1992 (artigo 7.1 e 2°).

(xii) Dispõem sobre os procedimentos para verificação de supostas violações de Tratado ambiental: Por exemplo, Convenção da Basileia sobre o controle dos movimentos transfronteiriços dos dejetos perigosos e sua eliminação de 1989 (artigo 19); Convenção sobre o direito do mar de 1982 (artigos 213, 232 e 235 a 236).

(xiii) Dispõem sobre o estabelecimento de uma instituição ou órgão subsidiário para a assessoria científica, tecnológica e técnica: Por exemplo, Convenção sobre Mudança do Clima de 1992 (artigo 9°); Convenção sobre Diversidade Biológica de 1992 (artigo 25).

(xiv) Dispõem sobre a cooperação para proteger áreas globais comuns: Por exemplo, Convenção sobre diversidade biológica de 1992 (artigo 4°).

O Protocolo de Montreal de 1990 é considerado um instrumento bastante significativo por enfrentar a inter-relação entre meio ambiente e desenvolvimento, tendo em conta as necessidades financeiras dos países em desenvolvimento. Esse instrumento obriga as Partes a cooperarem de diversas maneiras, o que tem produzido resultados práticos na proteção ambiental da camada de ozônio. É interessante notar que esse Protocolo estabeleceu um fundo multilateral, financiado pelos países desenvolvidos, que permite aos países em desenvolvimento cumprir suas obrigações ambientais.

Na Convenção sobre a Mudança do Clima, aberta para assinaturas na ocasião da Conferência do Rio-92, seu artigo 11, estabelece um mecanismo para a “provisão de recursos financeiros a título de doação ou em base concessional, inclusive para fins de transferência de tecnologia.” Essa ideia de cooperação está voltada a ajudar os países em desenvolvimento que são particularmente vulneráveis aos efeitos adversos da mudança climática. A Convenção sobre Diversidade Biológica também dispõe sobre transferência de tecnologia (artigo 16) e captação de recursos (artigo 29).

O princípio da cooperação também está consagrado e desenvolvido nas declarações das principais conferências mundiais sobre o meio ambiente. A Declaração de Estocolmo estabeleceu a necessidade de cooperação internacional com objetivo de angariar recursos que ajudem os países em desenvolvimento a cumprir suas obrigações com a proteção do meio ambiente.

A Conferência do Rio de 1992, que, como já fora mencionado, colocou o conceito de desenvolvimento no centro das suas preocupações, deu origem à Declaração do Rio, que trouxe-o em seus Princípios 5º, 7º, 9º, 12, 14 e 27.¹⁰¹

101 Princípio 5: Todos os Estados e todas as pessoas deverão cooperar na tarefa essencial de erradicar a pobreza como requisito indispensável ao desenvolvimento sustentável, a fim de reduzir as disparidades nos níveis de vida e responder melhor às necessidades da maioria dos povos do mundo.

A Declaração do Rio apresentou uma regulação mais extensa do princípio da cooperação, estabelecendo que sua adoção é necessária para resolução de diferentes problemas relacionados direta ou indiretamente com a questão ambiental. Desse modo, estabeleceu o dever de cooperar “para erradicar a pobreza como requisito indispensável ao desenvolvimento sustentável”, para “conservar, proteger e restabelecer a saúde e integridade do ecossistema da Terra”, para fortalecer a “própria capacidade de alcançar o desenvolvimento sustentável, ampliando o conhecimento científico mediante o intercâmbio de conhecimentos”, para “promoção de um sistema econômico internacional favorável e aberto que leve ao crescimento econômico e ao desenvolvimento sustentável de todos os países”, para “elaboração de novas leis internacionais sobre responsabilidade e indenização”, e finalmente, estabelece o dever dos Estados de cooperar com “boa-fé e com espírito de solidarie-

Princípio 7: Os Estados deverão cooperar com o espírito de solidariedade mundial para conservar, proteger e restabelecer a saúde e a integridade do ecossistema da Terra. Tendo em vista que tenham contribuído notadamente para a degradação do ambiente mundial, os Estados têm responsabilidades comuns, mas diferenciadas. Os países desenvolvidos reconhecem a responsabilidade que lhes cabe na busca internacional do desenvolvimento sustentável, em vista das pressões que suas sociedades exercem sobre o meio ambiente mundial e das tecnologias e dos recursos financeiros de que dispõem.

Princípio 9: Os Estados devem cooperar para reforçar a criação de capacidades endógenas para obter o desenvolvimento sustentável, aumentando o saber mediante o intercâmbio de conhecimentos científicos e tecnológicos, intensificando o desenvolvimento, a adaptação, a difusão e a transferência de tecnologias, notadamente as tecnologias novas e inovadoras.

Princípio 12: Os Estados deveriam cooperar para promover um sistema econômico internacional favorável e aberto, o qual levará ao crescimento econômico e ao desenvolvimento sustentável de todos os países, a fim de abordar adequadamente as questões da degradação ambiental. As medidas de política comercial para fins ambientais não deveriam constituir um meio de discriminação arbitrária ou injustificável, nem uma restrição velada ao comércio internacional. Deveriam ser evitadas medidas unilaterais para solucionar os problemas ambientais que se produzem fora da jurisdição do país importador. As medidas destinadas a tratar os problemas ambientais transfronteiriços ou mundiais deveriam, na medida do possível, basear-se em um consenso internacional.

Princípio 14: Os Estados deveriam cooperar efetivamente para desestimular ou evitar o deslocamento e a transferência a outros Estados de quaisquer atividades e substâncias que causem degradação ambiental grave ou se considerem nocivas à saúde humana.

Princípio 27: Os Estados e os povos deveriam cooperar, de boa fé e com espírito de solidariedade, na aplicação dos princípios consagrados nesta declaração e no posterior desenvolvimento do direito internacional na esfera do desenvolvimento sustentável.

dade na aplicação dos princípios consagrados nesta Declaração e o posterior desenvolvimento do direito internacional na esfera do desenvolvimento sustentável”.

A Declaração “The future we want”, instrumento não vinculante adotado como documento final da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, conhecida como Rio +20, realizada entre 13 e 22 de junho de 2012, reafirmou a importância da busca pelo desenvolvimento sustentável por meio da cooperação internacional, reconhecida na Declaração da Rio-92 e nas três Convenções adotadas à época (mudança do clima, diversidade biológica e combate à desertificação)¹⁰².

Em “The future we want”, os países se comprometem a dar continuidade ao fortalecimento da cooperação para “desenvolver o meio ambiente nos níveis nacional e internacional” particularmente nas áreas de transferência de informações, finanças, débitos, comércio e tecnologia, bem como para fomentar a inovação, o empreendedorismo, a capacitação, a transparência e a responsabilidade, com o intuito de alcançar a completa e efetiva participação de todos os países, particularmente os em desenvolvimento, no processo mundial de tomada de decisões.¹⁰³ A Declaração reconhece que a cooperação, ao impulsionar a tecnologia da informação e da comunicação, contribui para uma maior participação de membros sociedade civil no desenvolvimento sustentável.¹⁰⁴ O documento reitera a necessidade de valorização da cooperação nas políticas voltadas ao desenvolvimento sustentável e à erradicação da pobreza, chamando o sistema da ONU a coordenar essa integração.¹⁰⁵ A valorização da cooperação também é lembrada pela Declaração quando esta defende uma reforma dos quadros institucionais voltada a uma

102 §§ 11, 17, 89 da Declaração da Rio +20.

103 §§ 19, 65 e 277 e 282 da Declaração da Rio +20.

104 § 44 da Declaração da Rio +20.

105 §§ 58 (f) e 66 da Declaração da Rio +20.

governança efetiva nos níveis local, intranacional, nacional, regional e global.¹⁰⁶

Especificamente, é ressaltada a necessidade de cooperação para questões relacionadas à agricultura sustentável, ao gerenciamento de terras e desenvolvimento rural; à redução da poluição e melhoria da qualidade das águas; ao uso e à conservação dos mares e dos oceanos; ao desenvolvimento urbano e à Agenda Habitat da ONU; à melhoria dos sistemas de saúde; aos Direitos Humanos dos imigrantes; ao acesso universal à educação; aos problemas específicos dos países africanos — particularmente por meio da Nova Parceria para o Desenvolvimento da África (NPDA); à redução de riscos decorrentes de catástrofes; à conservação das florestas; ao gerenciamento de produtos químicos e resíduos; entre outros temas¹⁰⁷. Por fim, a “The future we want” reconhece os benefícios do surgimento de novas modalidades de assistência para o desenvolvimento, valorizando a participação de investimentos privados, a cooperação “sul-sul” — como complemento à “norte-sul” — e triangulações cooperativas.¹⁰⁸

É evidente que o amplo respaldo que a comunidade internacional, por intermédio de acordos multilaterais e declarações em matéria ambiental, tem dado ao princípio da cooperação internacional, como base indispensável para o cumprimento do objetivo de conservar o meio ambiente e tornar realidade o desenvolvimento sustentável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. O direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, enquanto Direito Humano de terceira geração/dimensão, configura-

106 §§ 76 (d) e 280 (c) da Declaração da Rio +20.

107 §§ 110, 114, 124, 137, 1743, 157, 160, 166, 176, 184, 189, 193, 213 e 229 da Declaração da Rio +20.

108 §§ 260, 271 e 277 da Declaração da Rio +20.

-se como um direito-obrigação, que, orientado pelo valor solidário, busca reorganizar a forma como o homem lida com o ambiente à sua volta e estruturar um modelo de desenvolvimento sustentável, em substituição ao crescimento desenfreado e irresponsável. Tal é o objetivo do Direito Internacional do Meio Ambiente, ao tentar impor uma utilização racional dos recursos naturais pela criação de obrigações de natureza negativa e positiva aos Estados. É nesse sentido que os regimes internacionais ambientais e as obrigações por eles impostas trabalham para uma verdadeira concretização do princípio da solidariedade.

2. Por sua vez, o instituto da cooperação internacional, cuja relevância para o Direito Internacional Público a partir da segunda metade do século XX resta incontestado, adquire um papel fundamental para a compatibilização da questão ambiental com o desenvolvimento econômico. Os regimes internacionais ambientais lançaram mão da cooperação, pelas mais variadas formas de ajuda financeira, técnica ou tecnológica, para garantir aos países em desenvolvimento a assistência necessária à consecução de suas obrigações ambientais.

3. A cooperação internacional se confirmou como princípio instrumental de realização e progresso da solidariedade internacional ambiental na proteção do meio ambiente e na promoção do desenvolvimento sustentável, reflexo indiscutível do compromisso solidário dos Estados de atuarem conjuntamente para a promoção de objetivos comuns. Os diferentes formatos de cooperação, ao permitir que todos os países trabalhem para a proteção do meio ambiente humano, traduz uma real preocupação com a sobrevivência da espécie humana e o interesse dos Estados em assumir uma responsabilidade comum e solidária em nome da qualidade de vida das gerações presentes e futuras.

REFERÊNCIAS

BROWN-WEISS, Edith. Our Rights and Obligations to Future Generations for the Environment. **American Journal of Law**, n. 84, 1990.

COMPARATO, Fabio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Cia. das Letras, 2006.

DI LORENZO, Wambert Gomes. **Teoria do Estado de Solidariedade**: Da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

FERRER, Gabriel Real. El principio de solidaridad en la Declaración de Río. In: PRIEUR, Michel (Org.). **Droit de l'environnement et développement durable**. Limoges: Pulim, 1994.

FERRER, Gabriel Real. La solidaridad en el Derecho Administrativo. **Revista de administración pública**, n. 161, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4. ed., São Paulo: RCS, 2005.

KISS, Alexandre; BEURIER, Jean-Pierre. **Droit International de l'Environnement**. 3. ed. Paris: Pedone, 2004.

KOROMA, Abdul G. Solidarity: evidence of an emerging international legal principle. In: HESTERMEYER, Holger; WOLFRUM, Rüdiger. **Coexistence, Cooperation and Solidarity**. Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 2011.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**: a gestão ambiental em foco. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales:** teoría general. Boletín Oficial del Estado, BOE, 1995.

REALE, Miguel. **Variações.** 2. ed., São Paulo: Gumerindo Rocha Dorea, 2000.

RIVERO, Jean. Sobre la evolución contemporánea de la teoría de los derechos del hombre. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, n. 25, 1985.

SAND, Peter H. Institution-building to assist compliance with international environmental law: perspectives. **Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht**, v. 56, n. 3, 1996.

SCOTT, Gary L.; REYNOLDS, Geoffrey M. et al. Success and Failure Components of Global Environmental Cooperation: The Making of International Environmental Law. *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 1996.

SHELTON, Dinah. Intergenerational Equity. In: KOJUMA, Chie; WOLFRUM, Rudiger. **Solidarity:** a structural principle of international law. New York: Springer. 2010.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; MENDEZ ROCASOLANO, Maria. **Direitos Humanos:** conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010.

UNEP. **Compendium of Judicial Decisions on Matters Related to Environment. International Decisions.** Vol. I, Nairóbi: UNEP, 1998. pp. 01-50. Disponível em: <[http://www.unep.org/padeli/publications/Jud.dec.%20pre\(Int%20.pdf](http://www.unep.org/padeli/publications/Jud.dec.%20pre(Int%20.pdf)>. Acesso em 20.01.2012.

VATTEL, Emer de. **O direito das gentes.** Trad. Vicente Marotta Rangel. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

A POLÍTICA AMBIENTAL DE COPENHAGUE E OS CAMINHOS PARA UMA FELIZ-CIDADE¹⁰⁹

Adriana Rossas Bertolini

Bleine Queiroz Caúla

Nicole de Almeida Correa

“Trabalhar a sustentabilidade das grandes cidades hoje é também um grande desafio. [...] a relação do indivíduo com a cidade gera significados, qualidades, emoções e sentimentos.

Ao estudar o afeto nós estamos querendo entender a cidade, o que ela significa e como ela afeta as pessoas.

A afetividade é também ética na cidade”.

Zulmira Áurea Cruz Bomfim

INTRODUÇÃO

As questões ambientais têm sido frequentemente incorporadas às agendas de discussões dos mais variados campos do conhecimento, dentre eles o Direito. Sua crescente importância tem raízes no entendimento de que a sustentabilidade ambiental é fator preponderante para o desenvolvimento das sociedades e envolve diversas áreas como mobilidade urbana, saúde, transporte, moradia, educação. Trata-se de temática cuja negligência resultará em efeitos trágicos para o desenvolvimento em suas diferentes dimensões (humana, econômica e ambiental).

Nesta conjuntura, as políticas ambientais visam coibir as práticas inadequadas ao meio ambiente, construídas ao longo dos

109 Expressão feliz-cidade é utilizada por 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).

anos a partir de uma lógica de crescimento econômico descontrolado que afetam ecossistemas naturais e sociais, bem como na qualidade de vida de todos os seres vivos. Com isso, os dilemas provocados pelo atual sistema de produção impulsionaram novos debates no plano das relações internacionais, com foco na necessidade de conceber políticas estratégicas capazes de dirimir os danos provocados pelas ações progressivas da globalização na medida de uma economia criativa.

O trabalho é fruto do projeto de pesquisa do Núcleo de Estudos Internacionais — NEI da Universidade de Fortaleza intitulado — As questões ambientais na Economia Europeia sob a perspectiva das Agendas 21 Locais (A21L) europeias como práticas políticas de mitigação”, cujas pesquisadoras são as autoras que ora assinam. A investigação tem o escopo de analisar os aspectos do desenvolvimento sustentável e as políticas ambientais advindas desse entendimento que articulam interesses políticos e econômicos.

O estudo parte de uma análise das ações estratégicas aplicadas em Copenhague, tida como cidade modelo¹¹⁰ nas ações de proteção do meio ambiente que favorecem a construção de uma nova interpretação concernente aos moldes de apropriação dos recursos naturais. Com base em uma análise qualitativa, com fins exploratórios e descritivos, busca-se estudar as políticas ambientais de Copenhague e suas diretrizes de proteção do ambiente, promoção do desenvolvimento humano e preservação dos recursos naturais para o direito das gerações futuras.

110 BOMFIM. Zulmira Áurea Cruz (Cidade e afetividade: estima e construção dos mapas afetivos de Barcelona e São Paulo, 2010, p. 30) pondera que possivelmente, não encontramos na História da humanidade um exemplo perfeito de cidade como concretização de uma relação direta entre uma estrutura social justa e uma vida cotidiana igualitária de seus habitantes, com um modo de vida mais humano, participativo e que seja um modelo de cidade que dignifique a existência humana na vida urbana.

1. Desenvolvimento sustentável: um paradigma em curso

O tema desenvolvimento assumiu posição de alta importância no plano internacional com o fim da II Guerra Mundial, até meados dos anos 70 do século passado, numa tentativa de regulamentar uma nova ordem econômica mundial. É justamente no desenrolar do discurso sobre globalização, na década de 80, que passa pelo mote de articulações em termos de tecnologia da informação, legitimidade do Estado e crítica a sua ineficiência, que a temática desenvolvimento ganhou força, com ênfase, sobretudo, nas suas implicações deletérias¹¹¹.

Essa ligação criou condições objetivas para a reflexão sobre os problemas ambientais e os níveis de pobreza no mundo, o que, por conseguinte, conduziu para o reconhecimento da necessária conciliação de interesses opostos: de um lado, a produção industrial, sinônimo de desenvolvimento e conexão com a deterioração do ambiente¹¹²; do outro, a defesa das condições mínimas de promoção dos direitos humanos por meio de legislação e políticas públicas socioambientais.

Neste entendimento, Hazel Henderson (2007, p. 53) enfatiza que o dilema do crescimento econômico descontrolado cada vez mais abstrato e distante das pessoas comuns e do ecossistema natural “tem desencadeado novos riscos e novas desigualdades que incluem a maior marginalização dos grupos sociais, povos nativos e países inteiros [...] ampliando a distância entre ricos e pobres [...] e um aumento geral da pobreza global”.

Na mesma seara, Bleine Queiroz Caúla (2012, p. 24) complementa que “é possível compreender que os atuais modelos de

111 “Nosso Futuro Comum” é o título de um trabalho publicado em 1987 que traz uma lista de ameaças ao equilíbrio do meio ambiente.

112 “Assim, na modalidade de capitalismo que a maior parte do mundo segue atualmente, há uma nociva relação entre o meio ambiente e o crescimento econômico. Quanto mais desenvolvida a economia mundial, maior a ameaça ao planeta Terra – e, a longo prazo, à sobrevivência da nossa espécie” (YUNUS, 2008, p. 211).

produção e de consumo são ainda incompatíveis com os parâmetros reais de sustentabilidade; esta exige interação da natureza com a sociedade, justiça social, economia, relações de trabalho e política”. Este conflito estimulou o debate político multilateral favorável à realização de conferências mundiais sobre o meio ambiente, cujo marco ocorreu com a Conferência das Nações Unidas, realizada em 1972 na cidade de Estocolmo, da qual participaram vários países, inclusive o Brasil.

O ponto nodal das medidas ambientais desenvolvidas nas conferências consiste na relevância de se reinterpretar o conceito de desenvolvimento como paradigma alternativo, em que o aumento da riqueza não intensifique as disparidades socioambientais. Para dar uma resposta que integrasse os interesses em questão, foi proposto o modelo de desenvolvimento sustentável, que objetiva gerar crescimento econômico e ao mesmo tempo socialmente e ambientalmente equilibrado e compatível, reconhecendo-se que os recursos naturais são finitos.

Os eixos nos quais se baseiam o conceito de desenvolvimento sustentável enfatizam a construção de estratégias que promovam mudanças de comportamento, adoção de tecnologias verdes — que viabilizem a minimização dos efeitos da intervenção humana sobre a natureza — bem como políticas econômicas e sociais que incentivem o consumo consciente. Conforme identificam Lemuel Guerra et al. (2013, *online*), é possível apontar muitos temas imbricados ao desenvolvimento sustentável:

- 1) desenvolvimento humano; 2) integração ecológica, econômica, política, tecnológica e de sistemas sociais; 3) conexão entre objetivos sociopolíticos, econômicos e ambientais; 4) equidade, como uma distribuição justa de recursos e da propriedade dos direitos sobre os recursos naturais; 5) prudência

ecológica e 6) segurança, traduzida em níveis seguros de saúde e de qualidade de vida.

Os conceitos e as atribuições inerentes ao desenvolvimento sustentável implicam interpretar um novo sentido de produção econômica criativa com mais avanços na qualidade e na redução da obsolescência dos produtos e recuos desenvolvimentistas. Como consequência básica dessa orientação, tem-se a formulação da Agenda 21 Global — analisada no tópico seguinte deste trabalho — com vistas a promover a implementação de políticas ambientais no mundo e sugestões específicas como alternativas à crise ambiental inerente ao século XXI.

2. A Agenda 21 como guia político ambiental

Entre 3 e 14 de junho de 1992, ocorreu a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento – CNUMAD, com a participação de 178 países, sediada na cidade do Rio de Janeiro, também conhecida como Rio-92 ou Cúpula da Terra. Apesar das discussões sobre desenvolvimento sustentável terem iniciado na Conferência de Estocolmo, na Suécia, em 1972, pela primeira vez os representantes dos cinco continentes, cerca de 102 chefes de Estado, se reuniram para debater questões ambientais em busca de definir metas atingíveis (BARBIERI, 1997). Nas discussões sobre poluição do ar, por exemplo, foi construído o alicerce para a aprovação do Protocolo de Kyoto em 1997, como bem elucida Mazzuoli (2007, p. 171):

Na Conferência do Rio de Janeiro, ao contrário do que ocorrera em Estocolmo, os conflitos de entendimentos foram deixados de lado para dar lugar à coo-

peração, na medida em que foi aberto o diálogo para um universo mais amplo daquilo que originalmente fora pretendido, deixando entrever-se que a proteção internacional do meio ambiente é uma conquista da humanidade, que deve vencer os antagonismos ideológicos, em prol do bem-estar de todos e da efetiva proteção do planeta.

Os documentos constituídos na Conferência Rio-92¹¹³ possuem em comum a volição em se obter uma maior consciência e responsabilidade não só ecológica, mas também social. Nesta esteira, a Carta da Terra (*Earth Charter*), exemplificativamente, é um documento que enuncia 16 princípios éticos inspiradores às mudanças em nosso século e em prol das gerações futuras, dividindo-se em quatro temas: a) Respeito e cuidado da comunidade de vida; b) Integridade ecológica; c) Justiça social e econômica; e d) Democracia, não-violência e paz. Foi um dos assuntos não concluídos na Eco-92, sendo realmente concluída e ratificada pela UNESCO em Paris no ano 2000 (The Earth Charter Initiative, 2013, *online*).

A ratificação da Agenda 21, principal documento resultante da Rio-92, consagra a importância da colaboração mundial. Consiste, sobretudo, em um programa de ações dirigidas aos governos, empresas, sindicatos, ONGs, escolas e à sociedade como um todo, com vistas a traçar as estratégias para solucionar os problemas socioambientais e socioeconômicos. A atuação dos agentes citados, isoladamente, pode gerar dificuldades de concreção das propostas da agenda, portanto a participação mútua e coordenada deve ser incentivada. Enfatiza-se que uma democracia participativa com ação local e uma gestão compartilhada de recursos deverão ser o meio político para a mudança.

113 Agenda 21; Convenção da Biodiversidade; Convenção da Desertificação; Convenção das Mudanças Climáticas; Declaração de princípios sobre florestas; Declaração do Rio sobre Ambiente e Desenvolvimento e Carta da Terra.

Logo, pode-se estabelecer ao menos três níveis de Agenda 21: Global, Nacional e Local. No primeiro nível, leva-se em conta a parceria entre as nações. Inclusive, destaca-se a necessidade do apoio das nações desenvolvidas perante as nações em desenvolvimento ou subdesenvolvidas, pelo intermédio de auxílios financeiros e tecnológicos que objetivem a aceleração do aumento do desenvolvimento sustentável e da redução das desigualdades econômico-sociais em escala mundial. Este nível, diretamente derivado da Rio-92, é o que podemos chamar de Agenda 21 propriamente dita, através da qual surge a elaboração das demais.

No segundo nível, a Agenda 21 Nacional envolve caminhos a serem percorridos dentro de um país, metas a serem estipuladas para solução de seus problemas de acordo com as suas realidades de forma a corroborar com a Agenda 21 Global e incentivar os mesmos processos aos graus regionais, estaduais e municipais, com as denominadas Agendas 21 Locais. Deste modo, metodizam-se de tal maneira que, quanto mais especificados e diagnosticados os problemas e as providências necessárias, mais concretos serão os passos para alcançar-se uma evolução de expressividade concreta. A Agenda 21 Global divide-se em 40 capítulos e 4 seções, conforme demonstra Tabela 1 – Propostas da Agenda 21 Global:

Tabela 1 – Propostas da Agenda 21 Global

Seção	Recomendações
Seção I – Dimensões Sociais e Econômicas	<p>Recomenda: a cooperação internacional para aceleração do desenvolvimento sustentável dos países em desenvolvimento por meio da liberalização do comércio e oferta de recursos financeiros suficientes e iniciativas concretas diante do problema da dívida internacional; combater a pobreza com políticas de emprego e educação básica; mudar os padrões de consumo com redução no desperdício e uso de recursos finitos, uso mais eficiente de energia, publicidade aos recursos ambientalmente saudáveis, consumo responsável; proteger a saúde humana; e não separar os fatores econômicos, sociais e ambientais nos processos de políticas públicas.</p> <p>Dispõe sobre: proteção da atmosfera, propondo o uso de tecnologias limpas; gerenciamento dos recursos terrestres; combate ao desflorestamento, sugerindo proteção contra extração ilegal, replantar árvores em áreas de transição para combater a desertificação; elevar o turismo ecológico; promoção do desenvolvimento rural e agrícola sustentável; conservação da diversidade biológica; manejo saudável da biotecnologia, substâncias tóxicas, resíduos e esgotos; proteção dos recursos hídricos.</p>
Seção II – Conservação e Manejo dos Recursos para o Desenvolvimento	

Seção III – Fortalecimentos do Papel dos Grupos Principais

Trata da necessidade da participação de todos os grupos sociais para a implementação dos objetivos da Agenda 21: a mulher precisa ser vista de maneira equitativa; deve-se promover a juventude, pois suas decisões repercutirão no futuro; reconhecer o papel das populações indígenas no processo histórico-cultural e apoiar ou examinar estratégias de sustentabilidade em suas terras; fortalecer o papel das ONGs, sindicatos, agricultores com o incentivo de práticas e tecnologias limpas; aumentar diálogo entre a comunidade científica e o público em geral; e incentivar a Agenda 21 local.

Seção IV – Meios de Implementação

Incentiva: recursos e financiamentos dos setores públicos e privados; comercializar e utilizar tecnologias ambientalmente saudáveis; base científica para formular políticas ambientais; promover a conscientização pública por meio da educação para fomentar o senso de responsabilidade e participação; cooperação entre as organizações da ONU, países em desenvolvimento e desenvolvidos, por meio da transferência de tecnologias, arranjos, acordos internacionais e mecanismos jurídicos.

Fonte: (ONU, 2013, *online*)

Esse documento vem fixar a ideia de interdependência entre os vários aspectos de desenvolvimento, evidenciando a necessida-

de de proteção ao meio ambiente e a proposta de um novo modelo paradigma. Nesta conjuntura, como destaca Caúla (2012, p. 45), “o ponto de partida do desenvolvimento sustentável está na consciência de que todos os seres humanos têm os mesmos direitos. Para melhorar o mundo, precisamos primeiro melhorar a nós mesmos”.

Antes da realização das principais conferências sobre meio ambiente, o direito ao meio ambiente era visto como dissociado dos direitos humanos, analisado separadamente. Destaca-se, oportunamente, a relação da criação da Agenda 21 com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, adotada pela ONU. Do direito fundamental à vida, tem-se o direito à saúde, e deste o direito a um meio ambiente saudável. Em conformidade, Mazzuoli (2007, p. 178) ressalta que “antes da Conferência de Estocolmo, o meio ambiente era tratado, em plano mundial, como algo dissociado da humanidade. A Declaração de Estocolmo de 1972 conseguiu, portanto, modificar o foco do pensamento ambiental do planeta”. Neste processo, novas Constituições, como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, passaram a prever o direito ao meio ambiente¹¹⁴. Barbieri (1997, p. 43-44) dispõe que é preciso considerar para uma melhor aplicação dos dispositivos legais as várias dimensões da sustentabilidade:

I – Sustentabilidade social: objetiva melhorar substancialmente os direitos e as condições de vida das populações e reduzir as distâncias entre os padrões de vida dos grupos sociais;

II – Sustentabilidade econômica: viabilizar uma alocação e gestão eficiente dos recursos, avaliada muito mais sob critérios macrossociais do que microempresarial e por fluxos regulares de investimentos públicos e privados;

114 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

III – Sustentabilidade ecológica: medidas para reduzir o consumo de recursos e a produção de resíduos, medidas para intensificar as pesquisas e a introdução de tecnologias limpas e poupadoras de recursos e para definir regras que permitam uma adequada proteção ambiental;

IV – Sustentabilidade espacial: equilibrando a distribuição rural-urbana dos territórios;

V – Sustentabilidade cultural: buscam-se concepções endógenas de desenvolvimento que respeitem as peculiaridades de cada ecossistema, de cada cultura e cada local.

Portanto, sustentabilidade e desenvolvimento não devem ser vistos como fenômenos opostos, e sim complementares e interdependentes. Depreende-se como explicitado a necessidade de conciliar equilíbrio ambiental, eficiência econômica e justiça social em direção ao desenvolvimento sustentável, de modo que os compromissos assumidos na Agenda 21 tornem-se efetivos e capazes de mobilizar esforços coletivos em amplos setores da população mundial.

3. Copenhague: estratégias para uma saudável relação entre ambiente e desenvolvimento

Localizada no continente europeu, Copenhague é o centro econômico e capital da Dinamarca, país na décima sexta posição no ranking mundial de IDH de acordo com os dados do PNUD (2012, *online*). A cidade de Copenhague alia-se às políticas eficazes de promoção socioambiental, de maneira que a qualidade de vida da população e a preservação do meio ambiente alcançam altos níveis de efetividade¹¹⁵.

115 Na visão de Bomfim (2010, p. 36), o modo de vida e a urbanização no século XXI entrelaçam-se, envolvendo um enredamento de aspectos econômicos, sociais, políticos, culturais e éticos, em que novas territorialidades são criadas e a sustentabilidade das cidades questionada.

A cidade foi considerada a “mais verde” do mundo pelo *The Green European Index* (2009, *online*), em pesquisa feita pela *The Economist Intelligence Unit* em conjunto com a *Siemens* em 2009. Para se chegar ao resultado, foram analisadas oito categorias: emissões de dióxido de carbono, energia, construções, transporte, água, lixo e uso do solo, qualidade do ar e políticas ambientais. De 100 pontos possíveis na avaliação, Copenhague atingiu 87,31. Esta pontuação superou os 86,65 pontos de Estocolmo. O ranking é seguido de Oslo, Viena, Amsterdã, Zurique, Helsinque, Berlim, Bruxelas e Paris. Em outra pesquisa, da *Global Green Economy Index 2012* (2013, *online*), a cidade alcançou a segunda colocação como economia verde, precedida por Berlim, na Alemanha (DUAL CITIZEN INC., 2012, *online*).

Copenhague tem a ambição de tornar-se a primeira capital neutra em dióxido de carbono até 2025 e a primeira ecometrópole mundial (KØBENHAVNS KOMMUNE, 2011, *online*). Para realizar sua ambição, a capital estabeleceu o Plano de Adaptação ao Clima (*Copenhagen Climate Adaptation Plan*). Além do objetivo de minimizar os riscos futuros, objetiva-se garantir o desenvolvimento da cidade direcionada sustentavelmente em favor do bem-estar da população. O plano se divide em quatro plataformas: conhecimento e habilidades, redes e parcerias, financiamento, regras públicas e planejamento¹¹⁶.

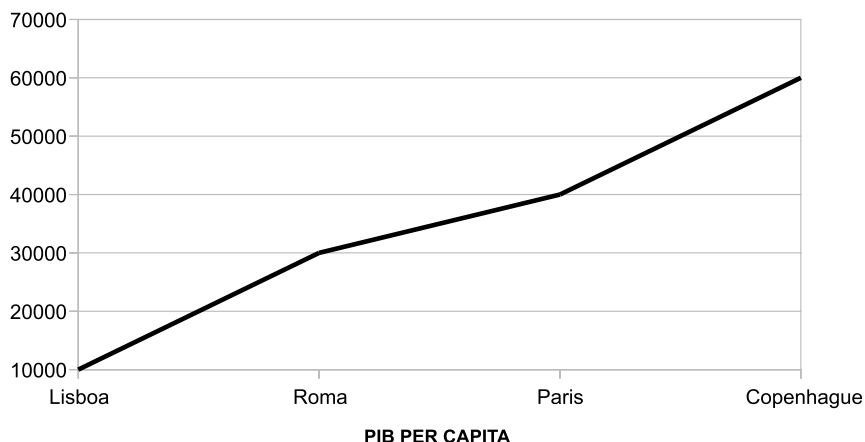
Nesta última, as oportunidades e os óbices da legislação são avaliadas e dialogadas entre o município e o governo. Todavia, a preocupação não é exclusiva do momento presente. Desde 1979 existe uma lei que regula o fornecimento de energia, exigindo a conexão de todas as residências à rede de abastecimento municipal, o que possibilitou o uso de um sistema de aquecimento provido em

116 Ver Bomfim (2010, p. 34) quando afirma que a Escola de Chicago, conhecida por “ecologia humana”, difundiu uma proposta de ideal de cidade, ideograma do urbano teorizado por Burgess.

97% pelo calor residual da produção de energia (KØBENHAVNS KOMMUNE, 2011, *online*).

O *The Green European City Index* (2013, *online*) relacionou riqueza e performance ambiental, destacando que a conexão não se refere apenas à infraestrutura, mas sobretudo a questões relacionadas à política. Isso é observado mediante a análise das cidades mais ricas que na maioria apresentam mais ambições em relação aos seus objetivos ambientais, tanto que, como já citada, Copenhague localiza-se no pico dessa performance, conforme dados do Gráfico 1:

Gráfico 1 – Desempenho sustentável e PIB per capita (em euros)



Fonte: Europa Green City Index (2009, *online*)

Ritt Bjerregaard, prefeito de Copenhague em 2009, em entrevista para a pesquisa *The Green City European Index*, afirma que o maior problema enfrentado é o tráfego, responsável por 20% das emissões de dióxido de carbono. Para tanto, é imprescindível oferecer mais alternativas para ciclistas e transportes públicos de qualidade. Segundo a mesma pesquisa, 68% da população já é adepta de andar a pé, de transporte público ou de bicicleta. Esta última é uma das

práticas mais difundidas. Para incentivo ao uso, o governo investiu na infraestrutura de 350km de ciclovias e cerca de 40% da população as utiliza para ir ao trabalho (SOOD, 2012, *online*). Além disso, há o programa de bicicletas da cidade, o *Bycyklen København*, executado em uma parceria público-privada que funciona com o aluguel de bicicletas a quem as usa ocasionalmente ou aos visitantes da cidade.

Entretanto, a preferência da população pelas ciclovias não se deve apenas à qualidade da infraestrutura e às campanhas de conscientização, atribui-se também as altas taxas do preço do petróleo na Dinamarca. Em 1970, a crise do petróleo no país balançou o mercado. Os governantes em 1979 decidiram que o melhor, dentre outras medidas, seria economizar energia e investir na matriz das energias renováveis. Em 2009, Anne Hogge Simonsen, subdiretora da Agência de Eletricidade Dinamarquesa, afirmou: “Não é que sejamos bons em produzir energia. Também o somos em não consumi-la [...]. O PIB cresceu 78% e nossa demanda de energia é a mesma que em 1980 e não importamos nada” (MÉNDEZ, 2009, *online*). As tecnologias renováveis crescem constantemente, a Dinamarca, em 2009, possuía um potencial eólico de 3.465 megawatts e, ao final de 2012, 4.162 megawatts (EWEA, 2013, *online*).

Além disso, o Estado dinamarquês almeja extinguir o uso de combustíveis fósseis até 2050. Nesse sentido, será feito um investimento em torno de 2,95 bilhões de dólares em energias renováveis – eólica e biogás – bem como o aumento das taxas e impostos sobre os combustíveis fósseis. Em 2009, o consumo de energia advinda de fontes renováveis encontrava-se em torno de 17% no mundo, já em Copenhague essa porcentagem estava em torno de 18,76%, conforme o *The Green European Index* (2009, *online*). Em 2011, mais de 20% do consumo de energia do país proveio de combustíveis renováveis e residuais (WORLD BANK, 2012, *online*). Para o incentivo econômico, a lei dinamarquesa nº 1.095 de 2012 regula,

de forma rentável, as emissões de CO₂ e outros gases a partir de créditos e subsídios, sem afastar que o descumprimento das regras é passível de penalizações com multas.

Entre as medidas do plano, busca-se a expansão dos espaços verdes, unindo-os ao aspecto urbano. Deste modo, segundo expectativas, haverá maior equilíbrio de temperatura, menor gasto com refrigeração ou aquecimento, diminuição da poluição atmosférica, que consequentemente proporcionará um ambiente agradável às pessoas e aos animais e, caso ocorra aumento dos níveis pluviais ou das precipitações, a água da chuva será mais bem absorvida.

Outro dado nessa conjuntura está nas novas construções de edifícios com telhados planos. Nestes casos são requeridas coberturas verdes desde maio de 2010. Os custos de aquecimento e ar-condicionado serão diminuídos na medida em que as coberturas verdes isolam contra o frio ou o calor, e por conseguinte haverá menos emissões de carbono. Com isso, Copenhague almeja construir 150.000 metros quadrados de coberturas verdes até 2015 (CITY OF COPENHAGEN, 2011, *online*).

Na área da educação, o projeto *New Climate Generation* (Nova Geração do Clima), abrange algumas escolas da cidade, como a *Guldbergskole e Matthaeusgade Skole*, em que os professores do jardim da infância e do ensino fundamental são treinados para ensinar às crianças sobre o meio ambiente. Temas como energia eólica, solar e hídrica estão presentes nas aulas de ciências e ciências sociais. Na ocasião da realização da COP 15, o foco das discussões ambientais estava na capital, com isso as atividades escolares intensificaram o tema com a integração da Cúpula das Crianças. Nesta construção, muitos jovens foram treinados para atuar como “embaixadores do clima” e, com isso, comunicar aos colegas sobre as questões climáticas e ambientais, bem como exigir uma gestão escolar consciente (DAC&CITIES, 2012, *online*).

O *Climate Forest* (Floresta do Clima), outro projeto para os estudantes mais novos do ensino fundamental, funciona mediante a oportunidade de plantar árvores na área de residência ou em grandes eventos municipais. Os pais dos alunos são incentivados a contribuir por mais tempo para a educação dos filhos. A legislação permite que os adultos recebam uma licença maternidade ou paternidade de 12 meses, período que pode ser gerenciado ao longo de nove anos. Há famílias, por exemplo, que utilizam seis meses em determinado período e os demais meses quatro anos depois. A licença é utilizada de acordo com as necessidades de cada família. Culturalmente, há pouca pressão para horas extras trabalhadas, o que gera mais tempo em família e, por conseguinte, melhor educação e melhor qualidade de vida dos habitantes (SOOD, 2012, *online*).

O turismo também foi influenciado. O aeroporto da capital conta com uma claraboia no teto que permite a iluminação natural e conta com um amplo estacionamento de bicicletas. O sistema *Green Key* é uma criação da Dinamarca desde 1994 que conta com adesão de mais de 40 países, premiando com um “eco-selo” os hotéis com gestão sustentável. Os critérios utilizados incluem poupança de água, energia e resíduos, uso de químicos, gestão ambiental e espaços abertos. Em 2008, apenas 8% dos hotéis possuíam a certificação; em 2009, 51%; hoje cerca de 63% dos hotéis de Copenhague possui a certificação (GREEN KEY, 2012, *online*).

Com o tema “Verde todos os dias e qualidade de vida”, a Agenda 21 local está intimamente relacionada ao Plano de Adaptação ao Clima da cidade. Foi aprovada em 24 de janeiro de 2013, vigorando até 2015. No documento discute-se que cerca de um terço do potencial das reduções de dióxido de carbono encontra-se diretamente ou indiretamente relacionadas com as mudanças de comportamento dos copenhaguenses. Deste modo, uma numerosa quantidade de cidadãos, inclusive crianças e jovens, foram inda-

gados sobre desejos, ideias e os desafios que encontram para atuar “verdeamente”. Para tanto, as atividades foram divididas em cinco temas – Casa, Recursos, Cidade, Transporte e um tema chamado Interdisciplinar, sobre Inovação e Educação, como exemplifica a Tabela 2:

Tabela 2 – Temas da Agenda 21 local – Copenhague

CASA	<ul style="list-style-type: none"> • Poupar energia em casa; • Renovação energética das habitações; • Ajuda para adaptação às mudanças climáticas.
RECURSOS	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Workshop</i> “Recurso Criativo”; • Mais reciclagem por meio de tentativas por parte de cidadãos.
CIDADE	<ul style="list-style-type: none"> • Manter rua e cidade limpa; • Promover a diversidade na cidade de animais e plantas; • Mais verde na cidade.
TRANSPORTE	<ul style="list-style-type: none"> • Alternativas ao próprio carro; • Mais carros elétricos para o povo de Copenhague; • Aumento do uso de bicicleta na cidade.
INTERDISCIPLINAR	<ul style="list-style-type: none"> • Interagir com as pessoas de Copenhague sobre inovação verde; • Interação com empresas sobre ações verdes; • Embaixadores do clima para as escolas da cidade.

Fonte: (KØBENHAVNS KOMMUNE: Agenda 21-plan ‘Grøn hverdag og Livskvalitet’ 2012-2015, 2013, *online*)

Durante a 2ª Cúpula da Normatização Europeia — *2nd European Standardization Summit*, realizada em junho de 2013, a ministra dos Negócios e Crescimento da Dinamarca, Sra. Annette

Vilhelmsen, afirmou que padrões verdes para as *smart cities* aumentam a produtividade, diminuem a poluição e até os engarrafamentos. Sustentou que os governantes tem um papel importante em dirigir as mudanças e que Copenhague estava entre as cidades líderes. Em setores como saúde, lazer e energia, os governos deveriam trabalhar com soluções sustentáveis a longo prazo (MBG, 2013, *online*). Nesse sentido, não há oposição — “as políticas ambientais são propostas por todos os partidos, dos conservadores aos socialistas”, explica Kristian Wederkinck Olesen, do Consórcio do Clima da Dinamarca.

Deste modo, as questões ambientais articulam interesses políticos, econômicos, jurídicos e sociais — de forma interdisciplinar — com espaço para que novos eixos de preocupação socioambiental emergjam em conjunto com práticas efetivas de proteção ao meio ambiente e promoção da cidadania.

CONCLUSÃO

A iminente constatação de que a perda da qualidade de vida está intrinsecamente relacionada ao desequilíbrio da biodiversidade e dos ecossistemas exige uma reconsideração de como os seres humanos poderão continuar utilizando os recursos naturais para suprir as suas necessidades vitais ao tempo que precisam encontrar uma forma de mitigar os impactos ambientais. O caminho é de complexidade e a resistência política é o grande entrave, a exemplo da pouca execução das estratégias discutidas nas principais conferências internacionais ambientais.

Em meados do século XX, as questões ambientais tomaram dimensões globais a partir da divulgação de dados científicos e das denúncias por parte de movimentos sociais sobre o colapso de to-

dos os ecossistemas. Isso se deu como resultado do crescimento desordenado e predatório das grandes nações desenvolvidas e, posteriormente, das nações emergentes que tiveram como força motriz o advento dos fenômenos da globalização e das políticas econômicas globais. Essa realidade constitui um dos grandes impasses para a efetividade do Protocolo de Kyoto na medida em que os países em desenvolvimento alegam que agora é a vez deles degradarem em prol do desenvolvimento e crescimento.

Neste sentido, a construção do conceito de desenvolvimento sustentável como paradigma alternativo entre o crescimento econômico e o desenvolvimento humano teve como resultado a criação da Agenda 21 Global na Conferência do Rio em 1992, com recomendações e estratégias sobre mudanças nos padrões de produção de consumo; no manejo de recursos naturais e dos resíduos e substâncias tóxicas; na necessidade de participação dos atores sociais, bem como os meios de implementação dessas diretivas. Com isso, a Agenda 21 contribui substancialmente para a objetiva construção do pensamento ambiental no planeta, por meio de dispositivos que ampliam a relação entre meio ambiente e direitos humanos.

Nesta conjuntura, as estratégias políticas surgidas com o desdobramento das reflexões da Agenda 21, determinaram as ações ambientais de Copenhague no sentido de diminuir as emissões de dióxido de carbono e o consumo de energia, ampliar as construções verdes, melhorar o transporte público, o tratamento da água, lixo e uso do solo, a qualidade do ar e políticas ambientais, com notável êxito no processo de preservação ambiental e desenvolvimento sustentável, o que a fez ser reconhecida internacionalmente como cidade verde modelo no mundo, comprometida no atendimento dos requisitos legais socioambientais.

Por fim, a implementação de políticas ambientais promotoras do desenvolvimento sustentável consolida o acesso a níveis dig-

nos de qualidade de vida e sustentabilidade ecológica com amplo alcance social, devendo ser incrementadas em âmbito supranacional, nacional e local, com forte atuação sobre pessoas e instituições. Contudo, esse desiderato só tem concretude a partir de uma gestão pública de eficiência ambiental e novas formas de aquecer a economia para o adimplemento dos direitos sociais. A doutrina vem discutindo um conceito de economia criativa, tema que suscita uma investigação autônoma e comparada.

No entanto, não se pode refutar que Estocolmo e Copenhague constituem exemplos de que é possível fazer a gestão ambiental dentro de uma interdisciplinaridade com saúde, educação, transportes, energias, combustíveis, mobilidade urbana. Seguir o exemplo das cidades europeias pode ser um dos caminhos percorridos pelos países da América Latina, dentre eles o Brasil, porém a Agenda 21 local é o instrumento de planejamento das ações mais emergentes e de possível consolidação.

REFERÊNCIAS

BARBIERI, José Carlos. **Desenvolvimento e meio ambiente**: as estratégias de mudanças da Agenda 21. Petrópolis: Vozes, 1997.

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

CAÚLA, Bleine Queiroz. **A lacuna entre o direito e a gestão do ambiente**: os 20 anos de melodia das agendas 21 locais. Fortaleza: Premium, 2012.

CITY OF COPENHAGEN: A greener Copenhagen is better equipped for the climate of the future. Disponível em: <<http://subsite>.

kk.dk/sitecore/content/Subsites/CityOfCopenhagen/SubsiteFrontpage/LivingInCopenhagen/ClimateAndEnvironment/ClimateAdaptation/CopenhagenClimateAdaptionPlan/AnOpportunityForGreenGrowth.aspx> Acesso em: 27 maio 2013.

_____. Green Roofs. Disponível em: <<http://subsite.kk.dk/sitecore/content/Subsites/CityOfCopenhagen/SubsiteFrontpage/LivingInCopenhagen/ClimateAndEnvironment/ClimateAdaptation/GreenRoofs.aspx>>. Acesso em: 27 maio 2013.

DAC&CITIES. Sustainable cities. **Copenhagen**: the new climate generation. Disponível em: <<http://www.dac.dk/en/dac-cities/sustainable-cities-2/all-cases/education/copenhagen-the-new-climate-generation/>>. Acesso em: 8 jul. 2013.

DINAMARCA. Lei 1095, de 28 de novembro de 1996. Regula a emissão de CO2 e gases estufa. Disponível em: <<https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=144102#Kap1>>. Acesso em: 20 jul. 2013.

DUAL CITIZEN INC. **The 2012 Global Green Economy Index**: An Analytic Tool Measuring National Green reputations and Performance. Disponível em: <<http://www.dualcitizeninc.com/ggei2012.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2013.

ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, LONDON. **European Green City Index**. Disponível em: <https://www.cee.siemens.com/web/ro/ro/corporate/portal/SiemensRomania/Organizatie/desprenoi/Documents/European_Green_City_Index.pdf>. Acesso em: 20 maio 2013.

GREEN KEY: Green Key History. Disponível em: <<http://www.green-key.org/menu/green-key-history>>. Acesso em: 13 ago. 2013.

GUERRA, Lemuel Dourado [et al]. **Ecologia política da construção da crise ambiental global e do modelo de desenvolvi-**

mento sustentável. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1518-70122007000100002&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 nov. 2013.

HENDERSON, Hazel. **Além da globalização:** modelando uma economia global sustentável. São Paulo: Cultrix, 2007.

KØBENHAVNS KOMMUNE: Center for Miljø. Disponível em: <<http://www.kk.dk/da/omkommunen/forvaltninger/teknik-og-miljoe-forvaltning/organisation/center-for-miljoe>>. Acesso em: 20 maio 2013.

_____. Agenda 21-plan 'Grøn hverdag og Livskvalitet' 2012-2015. Disponível em: <<http://www.kk.dk/da/om-kommunen/indsatsomraader-og-politikker/natur-miljoe-og-affald/agendaplan>>. Acesso em: 2 nov. 2013.

LIPINSKI, Jéssica. **Dinamarca pretende acabar com uso de combustíveis fósseis.** Instituto Carbono Brasil. Disponível em: <<http://www.institutocarbonobrasil.org.br/energias1/noticia=726998>>. Acesso em: 2 nov. 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A proteção internacional dos direitos humanos e o direito Internacional do meio ambiente. **Revista Amazônia Legal de estudos sócio-jurídico-ambientais**, Cuiabá, Ano 1, n. 1, p.169-196, jan.-jun. 2007.

MBG – MINISTRY OF BUSINESS AND GROWTH DENMARK: 2nd European Standardization Summit. Disponível em: <<http://www.evm.dk/english/news/2013/19-06-13-2nd-european-standardization-summit>>. Acesso em: 25 jul. 2013.

MÉNDEZ, R. Dinamarca encontra a fórmula do milagre energético. **UOL Notícias, El País.** Disponível em: <<http://wap.noticias.uol.com.br/midiaglobal/elpais/2009/12/15/dinamarca-encontra-a-formula-do-milagre-energetico.htm>>. Acesso em: 5 ago. 2013.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS BR: Agenda 21 (1992). Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/agenda21.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2013.

PNUD: Relatório de Desenvolvimento Humano de 2011. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2011_PT_Complete.pdf> Acesso em: 21 maio 2013.

SOOD, Suemedha. What Copenhagen can teach the world. **BBC**. Disponível em: <<http://www.bbc.com/travel/blog/20120412-travelwise-what-copenhagen-can-teach-the-world>>. Acesso em: 15 jun. 2013.

THE EARTH CHARTER INITIATIVE: WHAT IS THE EARTH CHARTER? Disponível em: <<http://www.earthcharterinaction.org/>>. Acesso: 6 nov. 2013.

THE EUROPEAN WIND ENERGY ASSOSSIATION: European statistics archive. Disponível em: <<http://www.ewea.org/statistics/european/>>. Acesso: 5 ago. 2013.

WORLD BANK. Disponível em: <<http://www.worldbank.org>>. Acesso em: 2 nov. 2013.

WWF – Portugal. **Índice Planeta Vivo**. Disponível em: <http://www.wwf.pt/o_que_fazemos/por_um_planeta_vivo/o_relatorio_planeta_vivo/indice_planeta_vivo/>. Acesso em: 1º maio 2013.

UTILIZAÇÃO DO BIOQUEROSENE DE AVIAÇÃO PELAS EMPRESAS AÉREAS: VALE A PENA FOMENTAR ESSA IDEIA?

*Fernanda Mara de Oliveira Macedo Carneiro Pacobahyba
Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça*

INTRODUÇÃO

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos termos do art. 225, da Constituição Federal de 1988, deve ser garantido tanto às gerações presentes quanto às futuras. Para a implementação deste direito, existem valiosos princípios e instrumentos no seio da legislação ambiental brasileira, que podem e devem nortear a atuação do Estado na tutela do meio ambiente em busca da sustentabilidade.

No entanto, a intervenção estatal baseada na regulação sancionatória clássica não vem se mostrando suficiente como mecanismo de proteção ao meio ambiente, pois nem sempre as normas de proteção ao meio ambiente se mostram providas de efetividade. Nesse sentido, a sociedade de risco e a crise ambiental impõem uma atuação mais incisiva do Estado, a partir da intervenção nas atividades econômicas e do incentivo à adoção de condutas ambientalmente desejadas.

Há de se ressaltar a fragilidade na concretização do direito ao meio ambiente sadio, bem como nos discursos pró-meio ambiente, que muitas vezes se configuram em embustes apressados e de fácil aceitação, o que leva ao imperativo de uma análise acurada dos instrumentos econômicos de política ambiental que possam acarretar mudanças no comportamento dos agentes econômicos poluidores por meio de incentivos financeiros e de mercado.

Dentre os instrumentos econômicos usados pelo Estado moderno para a preservação do meio ambiente, está o tributo, que normalmente é visto, a partir da sua desoneração, como um excelente instrumento em prol do meio ambiente, ressaltando que as receitas derivadas constituem fonte de receita pública empregada na atividade financeira e podem ser utilizadas tanto em seu aspecto fiscal quanto extrafiscal.

No âmbito da tributação ambiental, merece discussão a concessão de benefícios fiscais na comercialização dos biocombustíveis, notadamente para uma espécie destes, qual seja, o bioquerosene de aviação, enquanto alternativa ventilada pelo setor aéreo para reduzir os custos operacionais. Tratar-se-ia de medida que, ancilarmente, alcançaria os desejosos objetivos de preservação do meio ambiente, por se tratar de matriz energética menos poluente.

O objetivo deste trabalho é, portanto, apontar reflexões críticas acerca de uma provável concessão de redução de alíquota do ICMS, na comercialização do bioquerosene de aviação, estruturando tal estudo a partir da atuação do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ). A metodologia utilizada é bibliográfica, descritiva, exploratória e dialética com predominância indutiva.

Em um primeiro momento, serão discutidos os contornos do direito fundamental ao meio ambiente sadio, da sociedade de risco e da crise ambiental. Em seguida, analisam-se as novas funções que o Estado deve exercer em busca da sustentabilidade, dando um enfoque na tributação extrafiscal para, por fim, avaliar a assertividade da medida que concederia benefícios fiscais de ICMS para o bioquerosene, indicando se se trata de medida com mero respaldo econômico para o setor aéreo ou se, além disso, alcançaria o valor da defesa do meio ambiente.

1. O MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E SUA DEFESA: POR QUE É DIFÍCIL ESTABELEECER O LIMITE DO ADEQUADO E DO INADEQUADO

A presente pesquisa se inicia a partir da delimitação jurídica do Direito Ambiental no Brasil, fenômeno que repete um movimento mundial, no qual, a partir da constitucionalização do direito ao meio ambiente, são criados novos conceitos sociojurídicos com o intuito de regulamentar direitos e deveres ecológicos (SILVA, 2007, p. 226).

A partir desse entendimento, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado alcança patamar de direito fundamental nas modernas Constituições por ser imprescindível à dignidade da pessoa humana. Segundo Herman Benjamin (2007, p. 64):

[...] a ecologização da Constituição não é criação tardia de um lento e gradual amadurecimento do Direito Ambiental, o ápice que simboliza a consolidação dogmática e cultural de uma visão jurídica do mundo. Muito ao contrário, o meio ambiente ingressa no universo constitucional em pleno período de formação do Direito Ambiental. A experimentação jurídico-ecológica empolgou, simultaneamente, o legislador infraconstitucional e o constitucional.

No Brasil, a proteção jurídica do meio ambiente se iniciou na legislação infraconstitucional, devendo-se destacar que as Constituições que precederam a de 1988 não se preocuparam com a tutela ambiental de forma específica e globalizante: inexistia, portanto, qualquer disposição sobre a proteção do meio natural. Edis Milaré (2007, p. 145) ressalta que, antes da Carta de 1988, “nem mesmo uma vez foi empregada a expressão *meio ambiente*, dando a revelar

total inadvertência, ou, até, despreocupação com próprio espaço em que vivemos”.

Não há dúvidas de que, dentre os direitos de terceira geração, o mais elaborado é o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pois é um direito assegurado à pessoa humana e é garantido pelo Poder Público como fundamental, sobrepondo-se, inclusive, aos direitos de natureza privada (FERREIRA FILHO, 1988, p. 62).

Assim, afirmar que o direito ao meio ambiente é fundamental traz inúmeras implicações para a ordem jurídica brasileira. Deve-se destacar que, no plano internacional, em 1981, na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, “reconheceu-se que todos os povos devem ser tratados com igual respeito, tendo direito à autodeterminação, à livre disposição de sua riqueza e de seus recursos naturais” (COMPARATO, 2008, p. 57), o que reforça a concepção da inserção desse direito nas maiores discussões envolvendo os países do mundo.

Outro aspecto a ser esclarecido relaciona-se à indagação: existe um direito fundamental **do** ambiente ou um direito fundamental **ao** meio ambiente? Nesse sentido, Canotilho arremata que a discussão não se refere mais às positivacões constitucionais do meio ambiente, momento este já praticamente superado, vez que sua constitucionalização, como visto no capítulo anterior, já foi realizada pela maioria dos Estados. O que instiga questionamentos é como o referido direito fundamental fora tutelado, pois “algumas constituições se preocuparam mais com o direito *do* ambiente do que com o direito *ao* ambiente” (CANOTILHO, 2004, p. 179).

Isto se deve ao fato de o meio ambiente ter uma dupla acepção: objetiva e subjetiva. A dimensão objetiva trata do ambiente como fim e tarefa do Estado e da comunidade. Na medida em que o direito ao meio ambiente aparece na visão subjetiva, possui nature-

za de direito subjetivo individual. Já quando se trata da perspectiva objetiva, também chamada de “objetiva-valorativa” por Ingo Sarlet, significa que existem elementos objetivos de uma comunidade que devem ser guiados pelo Estado. Assim, releva-se como uma ordem objetiva de valores que irradia sobre o meio ambiente ecologicamente equilibrado (SARLET, 2007, p. 147).

Canotilho ressalta que a Constituição Portuguesa de 1976 e a Constituição da Espanha de 1978 dispõem de um direito fundamental ao meio ambiente, ou seja, tratam-no em sua dimensão subjetiva e objetiva. Já nas recentes constitucionalizações formais do ambiente nas leis fundamentais da Alemanha e da Finlândia, o direito do ambiente é regulamentado tratando-se tão-somente da sua dimensão objetiva (CANOTILHO, 2004, p. 179-180).

Com tudo isso, o que muda, afinal, em termos jurídico-dogmáticos? Ao considerar o meio ambiente apenas em sua dimensão objetiva, implica dizer que suas normas-tarefa ou normas-fim “não garantem posições jurídico-subjetivas, dirigindo-se fundamentalmente ao Estado e outros poderes públicos. Não obstante isso, constituem normas jurídicas objectivamente vinculativas” (CANOTILHO, 2004, p. 181).

No plano prático, o autor lusitano remonta três consequências: a primeira se trata da existência de autênticos deveres jurídicos dirigidos ao Estado e demais poderes públicos. Como segundo traço, a dimensão objetiva aponta para a “constitucionalização de bens (ou valores) jurídico-constitucionais decisivamente relevantes na interpretação — concretização de outras regras e princípios constitucionais”. E, por fim, implica a proibição constitucional de retrocesso ecológico-ambiental, tendo como o agravamento da situação ecológica global um critério básico de avaliação, pois só assim será possível proceder em alguns casos à ponderação ou balanceamento de bens (CANOTILHO, 2004, p. 183).

Quanto à aceção subjetiva do referido direito fundamental, é importante observar que o corte jurídico-constitucional do meio ambiente como bem jurídico autônomo só será possível caso a Constituição assim o preveja, sob pena de se dissolver na proteção de outros bens constitucionalmente relevantes. Ou seja, caso exista apenas a dimensão objetiva, explica Canotilho (2004, p. 184) que:

[...] a consagração constitucional do ambiente como tarefa dos poderes públicos pode ser suficiente para impor responsabilidades ecológicas ao Estado (e outros poderes públicos) mas não tem operacionalidade suficiente para recortar um âmbito normativo garantidor de posições subjectivas individuais no que respeita ao ambiente.

Na lição de Alexy, o meio ambiente se revela um “direito fundamental como um todo”, ao passo que representa um leque paradigmático das situações suscetíveis de normatização que tutelam direitos fundamentais. Por conseguinte, o direito ao meio ambiente pode referir-se ao direito do Estado: a) de se omitir de intervir no meio ambiente (direito de defesa); b) de proteger o cidadão contra terceiros que causem danos ao meio ambiente (direito de proteção); c) de permitir a participação dos cidadãos nos processos relativos à tomada de decisões que envolvam o meio ambiente (direito ao procedimento); e, por fim, d) de realizar medidas fáticas que visem a melhorar as condições ecológicas — direito de prestações de fato (ALEXY, 2008, p. 429).

No direito brasileiro, o direito fundamental ao meio ambiente segue a tendência das Constituições de Portugal e da Espanha, possuindo, assim, as dimensões objetiva e subjetiva, o que faz a ordem jurídica ambiental local ser extremamente avançada.

O direito ambiental brasileiro é um sistema aberto e em evolução, o que impede o seu engessamento e a cristalização de seus

princípios e de seus conceitos (TEIXEIRA, 2006, p. 86). Nesse sentido, o núcleo do direito fundamental ao meio ambiente é a sadia qualidade de vida, determinando sua dupla perspectiva, tese defendida também por Fernanda Medeiros. Na lição da autora, “existe uma dupla perspectiva quanto ao conteúdo dos direitos fundamentais, os quais podem ser considerados tanto direitos subjetivos individuais como elementos objetivos fundamentais da comunidade” (MEDEIROS, 2004, p. 85).

O estudo do risco ecológico recebeu especial atenção pelas ciências sociais como forma de tentar minimizar os impactos da crise ambiental. Como consequência, surge a teoria da sociedade de risco, fundamentada inicialmente pelo sociólogo alemão Beck, com a publicação da obra “A sociedade de risco”, em meados da década de 1980 (BECK, 1998). Segundo Beck (1997, p. 25), a sociedade de risco “designa uma fase no desenvolvimento da sociedade moderna, em que os riscos sociais, políticos, econômicos e individuais tendem cada vez mais a escapar das instituições para o controle e a proteção da sociedade industrial”.

A partir de então, passou-se a discutir qual seria o risco aceitável, em virtude do desenvolvimento industrial provado pela modernidade, possibilitando uma discussão do modo complexo da relação entre o homem com o meio ambiente. É preciso não só um diferente modelo econômico, mas uma nova era de modelos atenta à problemática ambiental. Acerca do tema, observa Rocha (2009, p. 257):

Na Sociedade Industrial, pode-se dizer que há certa previsibilidade das consequências dos processos produtivos capitalistas no sistema econômico. Contudo, na Sociedade de Risco, (que não deixa de se tratar de uma Sociedade Industrial, porém, potencializada pelo desenvolvimento tecno-científico) há

um incremento na incerteza quando às conseqüências das atividades e tecnologias empregadas nos processos econômicos.

Notadamente, a sociedade contemporânea produz riscos que podem ser controlados e outros que escapam ou neutralizam os mecanismos de controle típicos da sociedade industrial. A sociedade de risco revela-se, portanto, como um modelo teórico que marca a falência da modernidade, emergindo um período pós-moderno, na medida em que as ameaças produzidas ao longo da sociedade industrial começam a tomar forma. Os pilares da concepção moderna de civilização já não conseguem explicar os desenvolvimentos da ciência e da sociedade. Trata-se de uma crise de paradigma, uma crise da modernidade.

A sociedade de risco aponta como característica fundamental da pós-modernidade, segundo o sociólogo polonês Bauman (2001, p. 20), o “caráter líquido dos conceitos clássicos”. Tudo que é sólido desvanece no ar. E esta insegurança e incerteza estão se espalhando por todos os ramos de conhecimento, inclusive o Direito. Na mesma linha, observa Morato Leite (2000, p. 13):

É inegável que atualmente estamos vivendo uma intensa crise ambiental, proveniente de uma sociedade de risco, deflagrada, principalmente, a partir da constatação de que as condições tecnológicas, industriais e formas de organização e gestões econômicas da sociedade estão em conflito com a qualidade de vida. Parece que esta falta de controle de qualidade de vida tem muito a ver com racionalidade do desenvolvimento econômico do Estado, que marginalizou a proteção do meio ambiente.

O risco vem ocupando um espaço relevante nos modelos sociais, econômicos, políticos e jurídicos adotados, o que acarreta a

transdisciplinaridade dos referidos temas, como a questão ambiental. O princípio da precaução, um dos pilares do Direito Ambiental, esvai-se por toda a ordem jurídica, não apenas no direito material, mas também em disciplinas instrumentais.

A crise ambiental não ocorre de formada isolada, o que leva a constatar que a dignidade da pessoa humana não pode ser vista tão-somente no indivíduo, mas também em uma dimensão coletiva em sentido geral. Por conseguinte, traz à baila direitos que perpassam a esfera privada e se subordinam a interesses da maioria em prol do bem-estar social, em virtude da titularidade ser indefinida ou indeterminável. Assim, o princípio da solidariedade surge como instrumento que obriga que referidos direitos devam ser garantidos às gerações futuras, assumindo a dimensão intergeracional.

O Relatório Brundtland, também chamado de “Nosso futuro comum”, proferido em 1987, pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas, reconhece a dependência existencial do homem em relação à biosfera. O referido documentou tornou pública, global e urgente a adoção de instrumentos que levem os Estados a enfrentar a crise ecológica por conta da escassez dos recursos naturais percebida em nível planetário.

Vê-se, por conseguinte, que a crise se agrava com os efeitos do desenvolvimento científico e tecnológico, ao aumentar os impactos ao meio ambiente, que acaba se revelando como condição para a própria existência humana, amadurecendo a sociedade de risco.

O que, de fato, marca a passagem para o Estado de Direito Ambiental é a crise ambiental que ora se enfrenta devido ao processo da civilização hodierna, vinculado à globalização, ao desenvolvimento em todas as esferas e à sociedade de risco. Se

não existir um meio ambiente sadio, não há vida. Não há como argumentar diferente. O meio ambiente tem um peso importante, o que acaba trazendo consequências para o Estado e para o Direito.

Partindo da premissa de que o direito ao meio ambiente equilibrado é a luz de todos os direitos fundamentais e da existência de uma nova ordem pública ambiental, é que se defende o fenômeno da Ecologização do Estado e do Direito, fazendo com que “muitos institutos jurídicos (preexistentes) sejam renovados e muitos institutos jurídicos (novos) sejam criados dentro do ordenamento” (NUNES JUNIOR, 2004, p. 299).

Nesse sentido, urge a construção de um Estado de Direito Ambiental que venha a se adequar à crise ecológica e à sociedade de risco, possuindo princípios fundantes e estruturantes, contornos e metas para tentar minimizar os efeitos dos impactos negativos no meio ambiente.

Da mesma forma, a partir de tal construção, serão definidos os limites do adequado e do inadequado em sede de proteção ao meio ambiente, não se aceitando a imposição de riscos totais, os quais evidenciam uma supervalência do interesse particular em contraposição aos interesses dos outros (JONAS, 2006).

Aqui, como em grande partes das questões polêmicas relacionadas ao Direito Ambiental, é que se situa o estudo dos biocombustíveis, enquanto tema altamente polêmico e cujas respostas, muitas vezes divergindo amplamente, seja ao se tomar o aspecto cultural, econômico, tributário, ético ou ambiental, o que será mais bem investigado a partir de agora.

2. O BIOQUEROSENE COMO ALTERNATIVA ÀS EMPRESAS AÉREAS: GERAÇÃO DE ENERGIA QUE CONTRIBUI PARA O MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO?

A primeira observação a ser feita é a de que o presente estudo não visa a estabelecer norteadores definitivos para a temática aqui discutida. Longe disso, a pesquisa se limitou a investigar os controversos aspectos que envolvem a temática dos biocombustíveis, mais especificamente a partir de reportagem jornalística publicada na Folha de São Paulo, e que, a priori, traria uma alternativa excelente de matriz energética substitutiva do petróleo¹¹⁷.

117 Conforme divulgou a Folha de São Paulo, em edição do dia 24 de outubro de 2013, sob o título “Óleo de cozinha chega a voo brasileiro”: “Com querosene feito de óleo de cozinha reciclado nas turbinas, a Gol fez ontem o primeiro voo comercial com biocombustível do país. O voo partiu de Congonhas para Brasília com uma mistura de 22% de querosene alternativo fabricado na Califórnia. Ainda que a tecnologia já esteja disponível — o combustível é idêntico ao de origem fóssil e pode ser misturado sem necessidade de adaptações de motor —, o custo é proibitivo e a ideia do voo é chamar a atenção para a necessidade da adoção de políticas públicas para a criação de uma indústria de bioquerosene de aviação. Hoje, o litro de bioquerosene custa R\$ 7,50. O fóssil custa R\$ 2,00. O voo realizado pela Gol custou praticamente o dobro de um voo normal e foi patrocinado pelos parceiros Boeing, GE e outros, que integram a Plataforma Brasileira de Bioquerosene. A plataforma pleiteia a criação de uma espécie de pro-bioquerosene, aos moldes do pro-álcool ou do programa de biodiesel, com desoneração da produção por um período inicial, ou uma política que estabeleça níveis mínimos de mistura. Segundo o diretor de operações da Gol, Pedro Scorza, se o governo de São Paulo se dispuser a reduzir a metade o ICMS para combustíveis com misturas com até 10%, de uma alíquota de 25% para 12%, por exemplo, já seria suficiente para equiparar os preços e estimular a adoção do produto alternativo. O Brasil consome hoje 7,3 bilhões de litros de querosene de aviação, dos quais aproximadamente um terço em São Paulo. O querosene representa de 30% a 40% dos custos das companhias. A única empresa capaz de produzir bioquerosene de aviação no Brasil é a Amyris, localizada em Brotas. A refinaria de US\$ 50 milhões entrou em operação no final do ano passado e tem capacidade para 40 milhões de litros ano. A matriz é cana de açúcar, mas o produto depende ainda de certificação, o que deve acontecer até o final do ano.” “A escala é tão pequena, que no início vai ter que ter algum incentivo”, afirma o vice-presidente da Amyris, Joel Velasco. Outro projeto, ainda no papel, é da Curcas. A empresa que pretende levantar US\$ 250 milhões para construir uma fábrica com capacidade para 300 milhões de litros. O presidente da Curcas, Mike Lu, diz que o projeto, que tem como matriz óleos vegetais como o de pinhão manso, está em fase de análise de viabilidade econômica. Ele estima mais uns três anos para ver a refinaria em ação. “O Brasil está assumindo o protagonismo na indústria de biocombustível, com vantagens comparativas de solo, clima e sobretudo a experiência de já ter desenvolvido uma indústria de bioenergia”, disse a presidente da Boeing, Donna Hrinak”. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/135322-oleo-de-cozinha-chega-a-voo-brasileiro.shtml>>. Acesso em 5 nov. 2013.

Contextualizando os biocombustíveis, pode-se apontar que, apesar de existirem diversas razões que impulsionam o interesse por essa energia alternativa à tradicional matriz petrolífera, algumas delas podem ser ressaltadas: a primeira das razões se justifica pela necessidade de se diminuir a dependência externa do petróleo, o que se daria por razões de segurança de suprimentos ou de impacto na balança de pagamentos. A segunda visa a minimizar os efeitos das emissões veiculares na poluição local, sendo a terceira razão aquela que visa a controlar a concentração de gases de efeito estufa na atmosfera (LEITE; LEAL, 2007, p. 15).

Deve-se destacar que, a partir dos choques nos preços do petróleo ocorridos ainda na década de 1970, diversas nações que dependiam da importação desse produto passaram a elaborar programas de desenvolvimento de energias renováveis, de economia de energia, de uso de energia nuclear, do gás natural e do carvão mineral (LEITE; LEAL, 2007, p. 15), o que se pode chamar de embrião idealizador dos combustíveis alternativos, dentre eles o biocombustível.

Há de se destacar, nesse processo, a importância do etanol, o qual se incorporou ao mercado brasileiro de forma bastante sólida e representa uma medida importante utilizada pelo governo para equacionar o preço da gasolina utilizada nos automóveis¹¹⁸, além dos benefícios ao meio ambiente, por se tratar de matriz menos poluente:

Um dos pontos positivos divulgado é a redução na emissão de gases do efeito estufa (GEE) (MARQUES, 2009, p. 30) provenientes da combustão dos motores a gasolina que são mais tóxicos do que aqueles emitidos pelos motores a álcool, podendo-se mencionar: o monóxido de carbono, os hidro-

118 Tem-se utilizado o álcool anidro “como mistura à gasolina em proporções que variam entre 20% e 25%, conforme decisão da ANP” (CARVALHO; LEITE; CAETANO, 2010, p. 32).

carbonetos cancerígenos, o dióxido de enxofre e o chumbo. A absorção do CO₂ pelas plantações de cana-de-açúcar proveniente da combustão também é uma das vantagens. Importante observar que tal redução é auferida numa análise comparativa com o consumo de combustíveis fósseis, a qual permite uma redução ou adiamento de emissões de GEE provenientes da combustão daqueles, destacadamente o gás carbônico e o chumbo. Jank e Nappo (2009, p. 30) chegam a afirmar que em se considerando o ciclo de vida do biocombustível brasileiro e toda a cadeia produtiva do etanol (desde sua produção até o consumo final), este combustível poderia **reduzir as emissões de GEE em até 90% quando utilizado em substituição à gasolina.** (CARVALHO; LEITE; CAETANO, 2010, p. 33) (destacado)

Tendo em vista o alcance relevante da produção de etanol, o Brasil atingiu, em 2007, o segundo lugar na liderança mundial de biocombustíveis. Contudo, como principal aspecto negativo apontado para o etanol, e que é aplicável aos demais biocombustíveis, é a necessidade de uma enorme extensão de terras para plantio das matérias-primas, bem como a queima da palha de cana-de-açúcar nas plantações em larga escala (CARVALHO; LEITE; CAETANO, 2010, p. 31-35).

Agora, mais especificamente quanto ao bioquerosene, o qual pode ser entendido como uma espécie do gênero biocombustível, este já se encontra incluído na Política Energética Nacional, instituída pela Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, com as alterações empreendidas pela Lei nº 12.490/2011. A partir da edição desta lei, o bioquerosene de aviação, enquanto espécie de biocombustível, foi definido como sendo “substância derivada de biomassa renovável que pode ser usada em turborreatores e turbopropulsores aeronáuticos ou, conforme regulamento, em outro tipo de aplicação que possa substituir parcial ou totalmente combustível de origem fóssil” (inc. XXXI, art. 6º, Lei nº 9.478/97).

Dessa forma, enquanto parte da Política Energética Nacional, ao bioquerosene aplicar-se-iam as disposições da Lei nº 9.478/97, mais especificamente aquelas que tratam dos objetivos desta política, destacando-se o incremento da participação dos biocombustíveis na matriz energética nacional, **em bases econômicas, sociais e ambientais**, bem como a garantia de fornecimento de biocombustíveis em todo o território nacional (art. 1º, incisos XII e XIII).

Contudo, para que tais objetivos sejam alcançados, como propriamente destacou a reportagem veiculada pela Folha de São Paulo, o setor pleiteia benefícios que se assemelham àqueles que foram oferecidos para o álcool, a partir do programa Pró-Álcool, o qual seria batizado de pró-biocombustíveis.

Nesse caso, identicamente ao que foi idealizado para o etanol, passar-se-ia a ser estabelecido um percentual mínimo no tradicional querosene de aviação, estabelecendo-se uma mistura que se tornasse adequada para utilização nos motores dos aviões, e que pudesse vir transvestida de benefício fiscal, tendo em vista os supostos benefícios ao meio ambiente, bem como o estímulo a uma via energética não oriunda do petróleo.

Ainda conforme se sugere na reportagem, tal benefício, diferentemente do Pró-Álcool, o qual foi capitaneado primordialmente pelo Governo Federal, haveria de ser concedido pelos estados, mais especificamente pelo estado de São Paulo, mediante a redução da alíquota do ICMS cobrado na comercialização da mistura do querosene de aviação, de 25% para 12%.

Tratando-se de um item significativo para a composição dos custos finais dos serviços prestados pelas empresas de aviação, como é o caso do querosene de aviação, o qual representa de 30% a 40% de tais custos, uma redução na tributação na monta desejada pelas empresas, de fato, seria um estímulo bastante grandioso.

Contudo, da forma como pretendido, o citado benefício não vem acompanhado das respectivas razões para que o governo resolva adotar tal medida, dando a evidenciar uma mera forma de redução dos custos das empresas aéreas e, quem sabe, mero aumento de seus lucros, pelo sempre duvidoso repasse na diminuição desses custos no preço final ofertado aos consumidores.

Sabe-se que as empresas aéreas possuem uma previsão de crescimento significativa nos próximos anos no Brasil, em virtude mesmo do aumento de riquezas gerados no país, e que em 2013 devem expandir em torno de 9,5%, sendo um setor importante e estratégico para o desenho que o país almeja alcançar no cenário mundial¹¹⁹.

Porém, até mesmo observando a situação da empresa que, conforme reportagem da Folha de São Paulo, vem empreendendo esforços para projetar o bioquerosene de aviação como item primordial na concessão de incentivos tributários pelo governo estadual, e contando com o calor gerado por toda a discussão que envolve a proteção ao meio ambiente atualmente, fica muito difícil estabelecer um raciocínio seguro daquela que será a melhor decisão a ser tomada em prol da sociedade¹²⁰.

No tocante ao ICMS, o qual representaria o tributo a ser incentivado, deve-se destacar que se trata do imposto estruturado à semelhança do Imposto sobre o Valor Agregado (IVA) europeu. Sua arrecadação, em 2012, foi de R\$ 326.761.039.000,00 (trezen-

119 Conforme matéria veiculada na Revista Exame. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/economia/noticias/mercado-de-aviacao-no-brasil-deve-crescer-ate-9-5-em-2013>>. Acesso em 20 nov. 2013.

120 Conforme noticiado amplamente, a Gol vem amargando prejuízos, devido a uma queda em seu lucro líquido. Dentre as causas para tal queda, registre-se o aumento no custo dos combustíveis, tendo em vista que tal despesa, “que representa 40,4 por cento do custo operacional, disparou 56,6 por cento para R\$ 915 milhões”. Dessa forma, não surpreende que tal empresa esteja buscando alternativas para baratear seus gastos com combustíveis. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/mercados/noticias/gol-agoniza-no-mercado-de-divida-apos-rebaixamentos>>. Acesso em 20 nov. 2013.

tos e vinte e seis bilhões, setecentos e sessenta e um milhões, trinta e nove mil reais), sendo R\$ 175.892.764.000,00 (cento e setenta e cinco bilhões, oitocentos e noventa e dois milhões, setecentos e sessenta e quatro mil reais) apenas para a região Sudeste, o que se configura na maior arrecadação de impostos do país¹²¹.

Contudo, como orquestrador da competência tributária estadual, foi instituído o Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ). Trata-se de órgão que tem por finalidade promover ações necessárias à elaboração de políticas e harmonização de procedimentos e normas inerentes ao exercício da competência tributária dos Estados e do Distrito Federal, bem como colaborar com o Conselho Monetário Nacional (CMN) na fixação da política de Dívida Pública Interna e Externa dos Estados e do Distrito Federal e na orientação às instituições financeiras públicas estaduais.

É um fórum colegiado, integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, nos termos do Decreto nº 7.050, de 23 de dezembro de 2009. Dentre as suas atribuições, ressalta-se a celebração de convênios, para efeito de concessão ou revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais do imposto de que trata o inciso II do art. 155 da Constituição (ICMS), de acordo com o previsto no § 2º, inciso XII, alínea “g”, do mesmo artigo e com a Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975.

Apesar de o ICMS ser um imposto de competência estadual, há a necessidade de se padronizar determinados aspectos a ele inerentes, tais como as alíquotas a serem utilizadas nas operações interestaduais, bem como fixar limites às alíquotas nas operações internas. Ademais, a fim de evitar a guerra fiscal, os benefícios quanto a este imposto só poderão ser concedidos após manifestação prévia dos entes políticos, em virtude do pacto federativo.

121 Dados contidos na página oficial do Conselho Nacional de Política Fazendária. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/confaz/boletim/>>. Acesso em 24 abr. 2011.

A Lei Complementar nº 24/75, recepcionada pela CF/88, dispõe genericamente sobre a forma como se darão as isenções do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações (ICMS). Aduz, ainda, que este mesmo tratamento será aplicável às hipóteses de redução da base de cálculo, devolução total ou parcial do tributo, concessão de créditos presumidos ou quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais.

No que respeita ao bioquerosene de aviação, a decisão mais acertada e que se coadunaria com a legislação vigente, traduzir-se-ia na deliberação coletiva (e ainda unânime) dos estados com vistas a conceder a pretendida redução de alíquotas. Para tanto, a matéria deveria ser levada à discussão e votação por algum dos estados interessados. Em tal discussão, contudo, os secretários de estado não devem se cingir aos aspectos meramente arrecadatórios, mas, indo além, investigar se tal medida, de fato, resultará em um benefício à sociedade sob o viés econômico, político, ambiental e social.

Com tudo isso, a presente investigação pretendeu atacar os contornos obscuros que envolvem uma decisão nesse sentido pelos estados, buscando não “romantizar” a discussão e acabar por obscurecer aspectos relevantes, que precisam ser conhecidos por toda a sociedade, com vistas a fomentar determinada atividade.

Sabe-se que o endeusamento das supostas atitudes de preservação do meio ambiente podem disfarçar objetivos meramente comerciais e que em nada contribuem para o atingimento dos valores insertos na Constituição Federal. Daí a importância do papel da doutrina, enquanto perscrutadora dos aspectos positivos e negativos que envolvem as modificações na legislação vigente, o que se procurou alcançar com o presente artigo.

CONCLUSÕES

A despeito de toda a importância alcançada pelas questões atinentes à defesa do meio ambiente, não se pode olvidar que o atingimento desse valor constitucional passa por uma análise percuente e detida da realidade, à luz dos princípios constitucionais. Sem adentrar a essa questão com maior profundidade, resta indicar que o Estado de Direito Ambiental requer atitudes mais proativas dos administradores públicos ao se implementar instrumentos que possam ferir, muitas vezes de forma irreversível, o meio ambiente.

Pela pouca expressividade que os instrumentos editados pelo CONFAZ têm no cenário nacional, por tratarem normalmente de assuntos de interesses apenas de tributaristas, é importante que questões como essas sejam trazidas ao debate acadêmico, principalmente quando hoje o Estado de Direito Ambiental ocupa com frequência não apenas discussões científicas, mas também jurisprudenciais.

Já não restam dúvidas de que a CF/88, ao lado de princípios que prestigiam a livre iniciativa e o desenvolvimento nacional, também indicou norteadores ligados à preservação de uma sadia qualidade de vida. Medidas como essa, tomadas por um órgão com legitimidade para estabelecer freios às unidades da federação em tema de tributação, devem ser cercadas do máximo de cautela, sob pena de estimularem os setores econômicos, mascarando os problemas ambientais delas decorrentes.

Nesse sentido, o pleito de redução de alíquota do ICMS na comercialização do bioquerosene de aviação deve ser estudado com cautela, tendo em vista o ainda sombrio universo que circunda os biocombustíveis, ao serem analisados sob o aspecto da produção e da demanda de amplas áreas agricultáveis.

Dessa forma, a finalidade extrafiscal do ICMS pode ser atingida facilmente com a redução de alíquotas na comercialização do bioquerosene, desde que, atrelado ao interesse do setor aéreo, como forma de baratear seus custos, seja estruturada a partir do enaltecimento da questão de defesa do meio ambiente, evitando-se o mascaramento das polêmicas questões que envolvem o estímulo aos biocombustíveis.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós, 1998.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: UNESP, 1997.

BENJAMIM, Antonio Herman. Constitucionalização do ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira. In: **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**.

CAETANO, Délton Winter de; LEITE, José Rubens Morato; CAETANO, Matheus Almeida. O biocombustível etanol: uma análise a partir da teoria da sociedade de risco. In: **Biocombustíveis: fonte de energia sustentável?** FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1988.

JONAS, Hans. **O princípio da responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto & PUC RIO, 2006.

LEITE, José Rubens Morato. Estado de Direito do Ambiente: uma difícil tarefa. In: **Inovações em Direito Ambiental**. LEITE, José Rubens Morato (org.). Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2000.

LEITE, Rogério Cezar de Cerqueira; LEAL, Manoel Régis L.V. O biocombustível no Brasil. In: **Revista Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 78, p. 15-21, jul., 2007.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio ambiente**: Direito e Dever Fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2004.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco. Doutrina, jurisprudência, glossário. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. O Estado Ambiental de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Distrito Federal: Senado Federal, p. 295-307, a. 41, n. 163, jul./set. 2004.

ROCHA, Leonel Severo. Uma nova forma para a observação do direito globalizado: policontextualidade jurídica e Estado Ambiental.

In: **Grandes Temas de Direito Administrativo**: homenagem ao Professor Paulo Henrique Blasi. CARLIN, Volnei Ivo (org.). Campinas: Millenium, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Solange Teles da. Direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: avanços e desafios. In: **Revista de Direito Ambiental**, a. 12, n. 48, out./dez., p. 225-245, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007.

TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. **O Direito ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental**. Livraria do Advogado: Porto Alegre. 2006.

O CONFLITO ENTRE A MOBILIDADE URBANA E O MEIO AMBIENTE: ANÁLISE DA ACP Nº 9019/2013 DO PARQUE DO COCÓ

Bleine Queiroz Caúla

Elane Kamila de Carvalho

“Homem e cidade formam uma unidade, de modo que a liberdade e a felicidade de um dependem do outro. Esse sentido de simbiose das partes com o todo que conecta potências de vida é a fundamentação da ética ambiental capaz de superar a destrutiva concepção baconiana, apropriada ideologicamente pela mercantilização do ambiente, de submissão da natureza à vontade dos homens por meio do avanço tecnológico.”
Bader Burihan Sawaia

INTRODUÇÃO

A mobilidade urbana e o meio ambiente desafiam a política, a economia e a cultura na medida da iminente necessidade de um sopesamento e de razoabilidade, pois partindo do pressuposto de que cidades como Estocolmo e Copenhagen conseguem gestar o meio ambiente mantendo uma economia estável é possível acreditar num futuro mais venturoso do ponto de vista da sustentabilidade.

Nesse cenário, o Ministério Público brasileiro, que a partir da Constituição Federal de 1988 tornou-se uma instituição autônoma administrativa e financeiramente, permanente e essencial à Justiça, tem a tarefa de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais difusos e coletivos e individuais indisponíveis.

Como fiscal da lei e defensor da sociedade, assume uma função investigativa complexa e relevante, possuindo uma vastidão de responsabilidades dentre as quais a de promover a proteção do

meio ambiente. Para o desenvolvimento da sua missão constitucional, a instituição recebeu poderes, prerrogativas, garantias, responsabilidades e vedações, funções de Estado e parcela de soberania.

O meio ambiente foi erigido na Constituição de 1988 como um direito fundamental e difuso na medida da sua essencialidade à qualidade de vida. No entanto, constitui um grande desafio para o Ministério Público, mormente o atual cenário de degradação ambiental promovida pela sociedade, empresas e Estado, aliado aos problemas metajurídicos imbricados e a iminente necessidade de um ativismo ambiental.

Diante desse breve panorama, o meio ambiente necessita de constante fiscalização contra ações predatórias e subversivas por parte de uma sociedade inserida num contexto de extrema competição global e capitalismo enraizado na cultura consumista. A Constituição Federal e as Constituições de cada estado da federação designaram essa complexa missão ao Ministério Público federal e estadual, respectivamente.

Visto como um defensor de interesses difusos e coletivos, este órgão independente atua sob a totalidade do âmbito social e econômico, munindo-se de mecanismos extrajudiciais e judiciais constitucionais para investigar e denunciar possíveis agressores do meio ambiente, mesmo que um deles seja o próprio Estado.

Por essas considerações introdutórias, o presente artigo colima investigar a importância da tutela ambiental promovida pelo Ministério Público, todavia nos reporta a algumas inquietações: Como ponderar a atuação ambiental do Ministério Público diante das decisões da magistratura? Até que ponto o Termo de Ajustamento de Conduta – TAC tem o condão de mitigar e/ou facilitar a reincidência das ações danosas ao meio ambiente?

Para dirimir esses questionamentos, a investigação parte do emblemático caso do Parque do Cocó *versus* mobilidade

urbana, que dividiu a população fortalezense, e faz uma análise da Ação Civil Pública nº 9019/2013, ajuizada pelo Ministério Público Federal em possível colisão com a controversa decisão do Poder Judiciário, trazendo depoimentos dos membros da instituição que estiveram à frente desta ação, buscando uma narração mais próxima do que podemos esperar do futuro sustentável desse “espaço protegido”, bem como identificando a vulnerabilidade do Ministério Público diante das decisões do Poder Judiciário.

O referencial teórico que embasa o presente trabalho fundamenta-se nas obras de autores da área ambiental, dentre os quais Álvaro Luiz Valery Mirra, Bleine Queiroz Caúla Édis Milaré, Hugo Nigro Mazzilli, Zulmira Áurea Cruz Bomfim, etc., bem como de uma pesquisa de campo com a realização de entrevistas com alguns membros do Ministério Público Estadual e Federal.

1. Ação Civil Pública como mecanismo judicial na tutela ambiental

“Naturaleza y cultura, en fin, que ahora se encuentran no sólo mediadas, mediatizadas, por el mercado, sino mediocrizadas por él. El Estado se ha unido al Mercado, contra la naturaleza y la cultura.”

Eduardo Viveiros de Castro

O Dec. nº 83.540, de 4 de junho de 1979, já previa a propositura pelo Ministério Público de ação de responsabilidade civil por danos decorrentes da poluição por óleo, e, em seguida, veio a Lei nº 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, atribuindo à Instituição federal e estadual a ação para constranger o poluidor a indenizar e reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, independentemente de culpa (art. 14 e §1º da Lei

6.938/81). No entanto, mesmo com esse aparato, era demasiada a dificuldade para a defesa ambiental, tendo sido poucas ações civis públicas de caráter ambiental que chegaram então a ser propostas pelo Ministério Público (MAZZILLI, 2013, p. 165-166).

Antes do advento da Lei da Ação Civil Pública – ACP, a legislação processual ambiental ainda era incipiente e demonstrava fragilidade à época. Contudo, a defesa ambiental ainda é difícil e falta um sistema mais efetivo para a proteção judicial do meio ambiente, pois os problemas transcendem a temática do direito e exigem conhecimentos técnicos dos quais os membros do Ministério Público e os magistrados encontram-se de mãos atadas.

A Ação Civil Pública surgiu após o advento da Lei Orgânica do Ministério Público (Lei Complementar nº 40 de 1981), que elencou, no seu artigo 3º, inciso III, “a promoção da Ação Civil Pública”, dentre as funções da Instituição. Posteriormente, foi aprovada a Lei Federal nº 7.347 de 1985, que regulamentou a Ação Civil Pública, bem como a Constituição Federal de 1988, que definiu, enfaticamente, este tipo de ação como atributo essencial à defesa dos interesses difusos e individuais indisponíveis, “revolucionando” a ordem jurídica brasileira. Nesse sentido, Édis Milaré (2002, p. 210) comenta:

A Lei 7.347/85 significou, sem dúvida, uma ‘revolução’ na ordem jurídica brasileira, já que o processo judicial deixou de ser visto como mero instrumento de defesa de interesses individuais, para servir de efetivo mecanismo de participação da sociedade na tutela de situações fático-jurídicas de diferente natureza, vale dizer, daqueles conflitos que envolvem interesses supraindividuais – difusos, coletivos e individuais homogêneos.

O Código de Defesa do Consumidor – CDC, instituído pela Lei nº 8.078/90, acrescentou o artigo 21 à Lei nº 7.347/85,

que passou a prever uma nova modalidade de ação civil pública para a tutela do que se denominou “interesses ou direitos individuais homogêneos”¹²².

A ACP tem como objeto o cumprimento de uma obrigação de fazer, obrigação de não fazer ou, ainda, a condenação em dinheiro¹²³. O juiz poderá, na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, determinar o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor (artigo 11, da Lei nº 7.347/85). Daí o caráter protetivo, preventivo e reparatório.

É pertinente ressaltar que o pedido de condenação em dinheiro pressupõe a ocorrência de dano ao ambiente, e só faz sentido seu cabimento quando a reconstituição ao status quo não seja fática e tecnicamente viável. A aferição do *quantum debeatur* indenizatório é matéria de dificuldade, posto que nem sempre é possível, no estágio atual do conhecimento, o cálculo da totalidade do dano. Desse modo, em regra, primeiro busca-se por todos os meios razoáveis, ir além da ressarcibilidade em sequência ao dano, garantindo-se, ao contrário, a fruição do bem ambiental. Nesse sentido, importante o comentário de Édis Milaré (2002, p. 212):

[...] Assim, se a ação visar à condenação em obrigação de fazer (p. ex., plantar árvores nas áreas de preservação permanente; realizar reformas necessárias à conservação do bem tombado) ou de não fazer (p. ex., parar a exploração de recursos naturais em unidades de conservação; estancar o lançamento de

122 Cfr. Art. 117 do CDC: Acrescenta-se à Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, o seguinte dispositivo, renumerando-se os seguintes:

Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

123 Ver o artigo 3º da Lei nº 7.347/85.

efluentes industriais em um rio), o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva. Tal não ocorrendo espontaneamente, a decisão judicial caminhará para uma execução específica, levando aos resultados buscados pela decisão judicial e resistidos pelo réu. Pode o juiz, porém, discricionariamente, substituir a execução específica pela imposição de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, ainda que não pedida pelo autor, afastando-se, assim, na execução, do estrito princípio da demanda.

Oportuno destacar que, a partir da redação do art. 3º da Lei nº 7.347/85, vislumbra-se a possibilidade de pedidos alternativos, ou seja, diante do caso concreto, é possível que o autor da ação pleiteie o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer cumulado com o pedido indenizatório. Por força do art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, o art. 3º da Lei 7.347/85 foi ampliado e passou a prever todas as espécies de ações capazes, no caso, de propiciar adequada e efetiva defesa do ambiente, sejam elas de conhecimento, de execução, cautelares ou mandamentais. Nesse sentido, preceitua Édis Milaré (2002, p. 211):

O art. 3.º da Lei 7.347/85, que só previa ações condenatórias (ao pagamento em dinheiro ou às obrigações de fazer ou não fazer), ficou ampliado a todas as espécies de ações capazes, no caso, de propiciar adequada e efetiva defesa do ambiente (sejam elas de conhecimento, de execução, cautelares ou mandamentais), por força do art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, aplicável à Lei da Ação Civil Pública.

A Ação Civil Pública é um meio adequado de defesa dos interesses ambientais, dando legitimidade ao Ministério Público, na qualidade de curador do meio ambiente, e a outros órgãos legitima-

dos pela Lei nº 7.347/85, quais sejam União, Estados e Municípios, bem como autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações que tenham por finalidade a proteção ambiental.

Desse modo, não há na Ação Civil Pública monopólio, prioridade ou exclusividade no exercício da ação ao Ministério Público. Qualquer dos colegitimados poderá intentá-la sem prejuízo do direito de ação dos outros. Existe aqui a legitimação autônoma, ativa e concorrente, podendo os legitimados atuar em conjunto ou separadamente, bem como intervir na ação pelo outro ajuizada (MIRRA, 2002, p. 185).

Segundo a doutrina de Édís Milaré (2002, p. 221), os colegitimados à ação civil pública que quiserem participar do processo intentado por outro “aparecerão na relação processual na qualidade de assistentes litisconsorciais, dado inadmitir-se, em nosso sistema, a constituição superveniente de litisconsórcio facultativo unitário”.

O Ministério Público não poderá dispor do direito tutelado, posto que não é o titular do direito defendido, agindo apenas como substituto processual da coletividade. Deverá, sim, verificar, sempre que possível, se o ajuizamento da ação é oportuno e conveniente ao interesse social. No entanto, caso o Ministério Público resolva não propor a Ação Civil Pública, poderão os outros colegitimados fazê-lo, sem qualquer prejuízo. Por seu turno, nada impede que, mesmo antes de o Ministério Público ter a oportunidade da propositura da ação, esta já tenha sido ajuizada por outro legitimado, exigindo a intervenção ministerial como *custos legis* (fiscal da lei) do processo.

Em caso de abandono ou desistência infundada da ação por parte dos demais legitimados, o Ministério Público assumirá a titularidade ativa da ação (artigo 5º, §3º, Lei nº 7.347/85). Embora esteja presente o princípio da obrigatoriedade, nem sempre terá o Ministério Público o dever de assumir a ação fruto da desistência

ou abandono dos demais legitimados. A instituição terá liberdade de analisar se a ação possui fundamento legítimo e que nela se busca, efetivamente, o respeito pelos direitos coletivos. Nesse sentido, entende Hugo Mazzilli (1991, p.145) que “admitir o caráter compulsório para que o Ministério Público assumira a ação, sempre e sempre, seria, na verdade, desvirtuar a autonomia e a liberdade que caracterizam o ofício de Ministério Público”.

Outro ponto que merece destaque é o fato de o Ministério Público poder ou não desistir da Ação Civil Pública por ele tentada. Conforme a doutrina de Álvaro Luiz Valery Mirra (2002, p. 228), tudo parte da conveniência ao interesse público tutelado, pois, “se no decorrer da ação surgirem fatos que a tornem prejudicada ou comprometam seu êxito”, poderá o Ministério Público desistir de prosseguir como autor da ação, sem prejuízo do dever-agir conferido à instituição. Referido autor ainda aceita a possibilidade de desistência da Ação Civil Pública pelo Ministério Público na medida em que tal providência convenha ao interesse público e que o órgão ministerial se convença, sob forma fundamentada, de que não há, ou nunca houve, a lesão apontada ou, de que houve mas cessou a lesão ou risco de lesão (MIRRA, 2002).

Álvaro Luiz Valery Mirra (2002) conclui que, dentre os legitimados para a Ação Civil Pública, o Ministério Público é o órgão que tem posição mais destacada. Isso se dá em razão de sua tradicional atuação no processo civil em defesa do interesse público ou interesses indisponíveis, bem como em função das atribuições específicas que lhe foram conferidas pela Lei nº 7.347/85.

É incontestável o caráter inovador da Ação Civil Pública para a promoção do acesso à justiça, compatível com a necessidade dos titulares do direito objeto de tutela judicial, a qual, com suas peculiaridades, trouxe à instituição do Ministério Público uma posição de destaque na defesa dos interesses da coletividade. Contudo, há

de se observar que o acesso à justiça demanda o interesse popular na medida o exercício da sua cidadania. Não é suficiente ter direitos, necessário que os ofendidos provoquem o Judiciário para reparar o direito lesado. Apesar do elevado número de ações civis públicas em defesa do meio ambiente, notadamente nas regiões Sul e Sudeste¹²⁴, o julgamento das mesmas nem sempre é favorável ao ambiente, pois dentro da liberdade de julgar e a regra interpretativa da Constituição motiva o Poder Judiciário decidir em favor de outros interesses colidentes, dentre os quais a mobilidade urbana.

2. O emblemático caso do Parque do Cocó e a Ação Civil Pública nº 9019/2013 ajuizada pelo Ministério Público Federal

“A diferença entre a Cidade livre e a Cidade escrava não passa pelo direito civil, mas pelo sentido da vida coletiva instaurada por elas”. (autor desconhecido)

A colisão de direitos fundamentais é tema que divide a doutrina jurídica. A efetividade do direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado na maioria das vezes colide com outros direitos fundamentais. No entanto, o sopesamento tem sido, na maioria das vezes, em discordância com o comando do art. 225 da Constituição Federal de 1988.

A motivação *in dubio* pró-mobilidade urbana é justificada pela letargia dos atores sociais que, impulsionados pelo sistema capitalista, assumem uma postura favorável aos interesses materiais que envolvem uma mobilidade urbana voltada a atender ao crescente número de veículos transitando nas principais capitais brasileiras ao custo da derrubada de árvores e desequilíbrio da biodiversidade

124 Essa aferição tem como base o grau de desenvolvimento das regiões brasileiras e as respectivas disparidades sociais e econômicas.

mediante a abertura de avenidas, construção de pontes e viadutos, sem, contudo, perceber que ao longo prazo essas escolhas não garantem a solução definitiva para o problema. Nessa esteira, Zulmira Bomfim (2010, p. 22) questiona se existe solução e viabilidade para uma grande parcela da população nas cidades pós-industriais e pós-modernas em processo de exclusão social. A cidade pode ser um caminho ético, político e afetivo?¹²⁵

A cidade de Fortaleza é mais uma das capitais brasileiras que crescem desordenadamente, impulsionada por fatores políticos e econômicos que envolvem governo federal, estadual e municipal, com influência que vai desde a redução do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI para induzir ou motivar a compra de veículos novos à execução de obras desprovidas de estudos interdisciplinares e de maior sustentabilidade ambiental-econômica-política. Por oportuno, Bomfim (2010, p. 13) argui “como as cidades densas, desordenadas e opressivas podem chegar a ser instrumentos que propiciem aos homens a vivência da liberdade, em busca de uma utopia de cidade?”. A partir do pensamento da autora, indagamos: por que e para quem as cidades crescem? O bem-estar da coletividade está vinculado ao crescimento das cidades? Essas indagações são pertinentes mormente os estudos científicos ao apontar que nas cidades com menos verdes as pessoas são menos felizes. Talvez este estudo possa justificar a razão que leva a população de Londres a se regozijar nos diversos parques localizados na cidade, posto que lá existe elevado índice de vítimas da depressão.

No mês de julho de 2013, a Prefeitura de Fortaleza resolveu executar um projeto idealizado no ano de 2003 que previa a construção de dois viadutos em um dos cruzamentos mais movimentada-

125 Bomfim (2010, p. 22) pondera que as diversas áreas do conhecimento que estudam a cidade continuam perguntando, com poucas respostas: é possível viver feliz na cidade? Existe uma utopia de cidade que nos permeia? Os habitantes podem fazer jus ao nome feliz cidade? É possível encontrar uma cidade ideal?

dos da capital cearense. Contudo, a execução do projeto colimava com a derrubada de várias árvores do Parque do Cocó, basicamente a única área verde da cidade de Fortaleza. Na visão de Zulmira Bomfim (2010, p. 36), “as macrodecisões são aquelas comandadas pelos gestores públicos. Eles decidem a trama urbana que, na maioria das vezes, não satisfazem às necessidades antropológicas socialmente elaboradas”¹²⁶.

A derrubada das árvores, no entanto, dividiu a opinião dos habitantes da cidade e gerou a reação de vários fortalezenses, incluindo a colisão do movimento ambientalista *Ocupe o Cocó versus* os interesses pela mobilidade urbana, legitimados pelo movimento conhecido como Viaduto Sim. Urge destacar que no contexto de desenvolvimento urbano e do mercado do turismo existe o que se pode chamar de “cidades invisíveis”¹²⁷, que descreve as cidades imaginárias visitadas pelos turistas, mas que representam outra realidade para a população local.

A oposição ao projeto tinha o escopo de intervir para que o governo municipal dialogasse com especialistas e técnicos para buscar outra solução sem que o preço fosse a derrubada das árvores do referido parque, pois indubitavelmente causaria impactos ambientais e mais uma vez a natureza assumiria o ônus das decisões humanas antropocêntricas.

A solução mais rápida foi derrubar as árvores para viabilizar a construção do viaduto no cruzamento da Av. Engenheiro Santana Júnior com a Av. Antônio Sales. A ação desenvolvimentista só foi permitida em razão da omissão legislativa de não regulamentar o Parque do Cocó, que, por lei municipal, é conside-

126 Cfr. Ver BOMFIM, Zulmira Áurea Cruz (Cidade e afetividade: estima e construção dos mapas afetivos de Barcelona e São Paulo, 2010, p. 36). Essas necessidades não foram satisfeitas na vida do homem urbano da sociedade industrial [...] o “homem novo” e a vida urbana proposta pelo humanismo desapontaram e trouxeram a crise das cidades.

127 Ver Ítalo Calvino (Las ciudades invisibles, 2000, p. 15)

rado uma Área de Relevante Interesse Ecológico – ARIE¹²⁸. Essa lacuna viola o direito fundamental ao meio ambiente assegurado e previsto na Constituição Federal e leis infraconstitucionais como a que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC¹²⁹.

Dentre as várias reportagens da imprensa local, chamou atenção uma matéria veiculada no Jornal O Povo (coluna Política, 1º de maio de 2013, jornalista Érico Firmo), cujo enfoque era o acelerado processo de devastação devido à especulação imobiliária da área:

Para vetar a construção de via paisagística no Cocó, o prefeito Roberto Cláudio (PSB) considerou as muitas indefinições sobre a Área de Relevante Interesse Ecológico (Arie) das Dunas do Cocó e a demarcação do Parque. Entendimento bastante razoável. Diante da complicação que já existe, não faz sentido criar ainda mais problema, mais motivo para confusão. Nesse cenário, a prudência é o comportamento mais lógico. O ilógico nessa história toda é, justamente, que a região do Cocó seja motivo de tantos conflitos, indefinições, impasses, embates e tentativas de destruí-lo. O que ali resta de área preservada é hoje o maior tesouro de que Fortaleza dispõe. O local já foi destruído demais. Não é mais tolerável que a devastação continue a avançar. O fenômeno é recente, mas cada vez mais gente começa a se dar conta da importância inegociável daquele pedaço ainda verde da cidade.

Diante do clamor social e constatando que existem diversas irregularidades no que tange a questões de natureza ambiental e patrimonial, após ter sido instaurado procedimentos administrativos embasados em laudo do Instituto Brasileiro do Meio

128 Ver a Lei 9.502/2009.

129 Ver a Lei 9.985/2000.

Ambiente (IBAMA), que atestou ilegalidades relacionadas com a construção de empreendimentos imobiliários nas imediações da área proposta para a criação futura e definitiva do denominado Parque do Cocó, o Ministério Público Federal ajuizou a Ação Civil Pública 9019/2013 na Justiça Federal, com pedido de liminar contra a União, o Ibama, a Semace e o Município de Fortaleza pedindo a suspensão da autorização para o prosseguimento das obras de mobilidade urbana que causam intervenções no Parque do Cocó, bem como para a realização pelo órgão competente de todos os procedimentos necessários para que efetivamente seja regulamentado e implementado o Parque do Cocó e definida a sua Zona de Amortecimento e o respectivo regramento de sua utilização.

Em entrevista com o Procurador da República, Oscar Costa Filho, membro do Ministério Público Federal que esteve à frente do caso, indagamos sobre a dimensão dos problemas do Parque do Cocó, sobre as manifestações e a ocupação no local, se ele acredita que houve omissão do Poder Público na intervenção e quais são os prejuízos advindos dessa intervenção no local. Em resposta, disse que a intervenção é clandestina, embasada na ilegalidade, segue sem licenciamento ambiental válido, que as manifestações representaram um choque de valores que o Brasil está enfrentando, que os manifestantes chamaram a população para discutir que tipo de cidade eles querem ter, que o Estado ainda trata os movimentos sociais como na República Velha, como um caso de Polícia. Afirmou que a intervenção é potencialmente agressiva ao meio ambiente, que viaduto deteriora o entorno. O Procurador da República comentou que o triste nessa história é que o mundo inteiro está derrubando viadutos, inclusive se reportou ao caso da Coreia, e a cidade de Fortaleza construindo viadutos ao elevado custo da derrubada de árvores; estamos vivendo um duplo retrocesso. Ressaltou que

houve inclusive um concurso de projetos alternativos de transporte e mesmo assim o Poder Público não deu importância¹³⁰.

O Procurador da República Oscar Costa Filho afirmou que de fato a intervenção não poderia ter acontecido, pois o Parque do Cocó é uma área de proteção permanente e há previsão legal para isso. A seguir:

No Parque do Cocó não poderia ter havido intervenção, pois ali é uma área de proteção permanente, que está previsto no Código Florestal. Ali é mangue, sofre influências das marés. E a legislação ambiental

130 “O que aconteceu no Parque do Cocó é parte de um todo que a gente chama de Brasil. A verdade é que o Brasil é um grande negócio, onde uma parte minoritária ganha, e a outra parte, o Estado, em regra, está a serviço desse negócio. Ali você observa claramente que não foi um enfrentamento diferente dos outros. Do ponto de vista da legalidade, estava bem posta a questão. Não existe EIA/RIMA para a intervenção do Parque do Cocó. Indo mais além, analisamos o EIA/RIMA original de 2003 e constatamos que não existia previsão para a instalação de viaduto ali. Quer dizer, não podiam fazer intervenção, bem como não podiam construir o viaduto, pelo que tem no licenciamento de 2003. Fizeram tudo, com um Plano de Controle ambiental de 2003. Esse Plano de Controle Ambiental não é licença ambiental e consequentemente não pode legitimar a ação do Poder Público. E todo o grande embargo do início foi buscar colocar o debate em primeiro lugar nos trilhos da legalidade. Vamos discutir então a questão da legalidade. Mas em nenhum momento o Governo do Estado e a Prefeitura enfrentaram a questão da legalidade, ficaram com pedido de suspensão de liminares, e com essas decisões de suspensões de liminares, que são decisões políticas, políticas pela sua própria natureza, para fugir do debate que estava submerso aí. Então tudo isso também representou um choque de valores que o Brasil está enfrentando, o Brasil de junho, em todas as manifestações que vieram à tona, um Brasil que estava submerso e que não está morto, mas aquilo foi um recado. Agora o que as pessoas não perceberam foi que aquelas pessoas que fizeram aquele enfrentamento chamaram a população para discutir que tipo de cidade eles querem, qual é a cidade que vocês querem. Quer queira ou não, o estado inteiro se envolveu no assunto; houve o movimento Viaduto Sim e o movimento contrário. Havia um debate, era para ter sido um debate, entretanto o Estado ainda trata os movimentos sociais como na República Velha, como um caso de Polícia. E polícia não está aí para reprimir movimentos populares sociais, deve ter outra finalidade. E nós chamamos o Estado para o debate, mas o Estado não quis debater. E devemos entender que essa obra é clandestina, embasada na clandestinidade. O primeiro a invadir a área foi o próprio Estado, pois a área é da União. Eles chegaram a colocar os tratores para trabalhar na madrugada, que deixou clara a sua intenção de acabar logo com a discussão e criar o fato consumado. Entretanto, o Poder Público se utilizou daquilo que tem, que é o poder de polícia. Como foi um debate da força contra o direito, acaba que momentaneamente prevalecendo a força. O que não quer dizer que essas pessoas tenham sido vitoriosas e evidentemente tem as consequências. O que é triste nessa história é que o mundo inteiro está derrubando o viaduto, inclusive como é o caso da Coreia. Viaduto deteriora o entorno, e aqui não só estamos construindo viaduto, como também estamos derrubando árvores para construir viadutos. Quer dizer, é um duplo retrocesso, como disse uma professora da arquitetura. E houve um concurso de projetos alternativos de transporte”.

diz que a intervenção em área de mangue, em área de proteção permanente para projetos de mobilidade pública pode acontecer, sim. É até possível, mas que exista um EIA/RIMA e que fique demonstrado que não existem outras alternativas ao projetos. O que não é o caso, pois não houve esse estudo e, quanto às alternativas, também existiam. Daí a razão pelo que a lei protege, foi violado.

Por seu turno, entrevistamos o Procurador da República Alessandro Sales, que, ao ser indagado se no caso do Parque do Cocó teria havido colisão de direitos fundamentais (meio ambiente x mobilidade urbana), respondeu positivamente e disse que o grande problema da intervenção do Parque do Cocó foi não ter sido realizado o licenciamento ambiental, que o EIA/RIMA deve seguir o procedimento previsto em lei para a realização de qualquer intervenção de considerável impacto ambiental e que o Poder Judiciário erra e atua de maneira equivocada quando repete que os impactos advindos da intervenção são mínimos. No entanto, os executores da obra não têm nenhum instrumento de avaliação desses impactos¹³¹.

O que é motivo de indignação e o que nós questionamos é por qual razão o Poder Público nada faz para a preservação do Parque do Cocó, para sua devida criação jurídica. Pelo contrário, contribui efetivamente para a degradação e exploração do mesmo. Não se deve olvidar que a mobilidade urbana ocupa a pauta da agenda

131 “Houve clara colisão de direitos fundamentais. Houve uma posição contraditória. Ou seja, a obra de mobilidade urbana, que atende ao interesse público evidente, ela está utilizando recursos ambientais. Ela pode utilizar? Pode. Não há dúvida que pode. Essa obra pode ser construída numa área de proteção permanente? Pode. A legislação brasileira permite. Mas deve se seguir um procedimento. Tem que se estudar quais são as alternativas tecnológicas, se somente existe aquela possibilidade, se é somente o viaduto que é possível. Devem estudar os impactos ambientais que são gerados, como compensá-los, como mitigá-los. Tudo isso tem que ser dimensionado e nada disso foi feito. Ou seja, não foi realizado o licenciamento ambiental para essa intervenção. O licenciamento ambiental que esta intervenção está utilizando não foi feito para ela. Quando esta obra do viaduto foi pensada, o licenciamento já existia. O projeto é de 2013, o licenciamento que eles estão utilizando é de 2003. Não é possível. Então o poder judiciário erra, atua de maneira equivocada, quando repete que os impactos são mínimos. Eles não podem dizer isso porque não tem nenhum instrumento de avaliação desses impactos”.

dos gestores municipais e exerce influência na qualidade de vida dos munícipes. Contudo, a escolha não deve percorrer o caminho mais rápido, deve seguir o paradigma da sustentabilidade ambiental e econômica.

Seria no mínimo duvidoso que o Governo de São Paulo ou-
sasse solucionar o problema da mobilidade urbana atingindo o Par-
que Ibirapuera. Contudo, deve-se admitir que se trata de uma ques-
tão política, econômica, cultural e ambiental, pois os paulistanos
valorizam o parque localizado na cidade de São Paulo, já que dele
dependem para uma melhor qualidade de vida e combate ao estres-
se. Já em Fortaleza o entretenimento dos munícipes tem concen-
tração nas praias da cidade e de outros municípios cearenses. Não
existe um valor agregado ao Parque do Cocó, daí porque justificar
uma maior legitimidade do movimento em favor da mobilidade ur-
bano a qualquer preço¹³².

Questionado sobre o motivo de o Poder Público ter preferi-
do deixar os interesses ambientais à margem de outros interesses,
o Procurador da República Alessandro Sales respondeu que o Po-
der Público não toma o mesmo cuidado com o controle ambiental
como toma na atração de investimentos para a realização de obras,
e o que falta ao Poder Público é compreender que, da mesma forma
que é importante atrair investimentos do setor privado e realizar
obras importantes, também é importante o controle ambiental des-
sas atividades, dessas interferências, e o que está faltando na verda-
de é um controle ambiental mais efetivo¹³³.

132 Ver Bomfim (2010, p. 12) ao ponderar que “os fatores emocionais são ignorados na maioria dos trabalhos sobre conhecimento ambiental. Há uma maior prevalência dos fatores cognitivos do que dos afetivos emocionais”.

133 “Na verdade eu não diria margem, eu diria que o Poder Público não toma o mesmo cuidado com o controle ambiental como toma na atração de investimentos para a realização de obras. Ou seja, realizar obras, atrair investimentos é muito mais prioritário para o Poder Público do que fazer um controle ambiental efetivo de obras e empreendimentos privados. O Poder Público ainda enxerga o controle ambiental no Brasil como algo limitador para a realização de obras e atração de investimentos, o que de fato não é. No entanto, ele ainda entende que o controle ambiental

Em entrevista com a Procuradora de Justiça Sheila Cavalcante Pitombeira, que atua na 8ª Procuradoria de Justiça do Estado do Ceará, indagada sobre o motivo de o Poder Público ter preferido deixar os interesses ambientais à margem de outros interesses, respondeu que não é somente um caso de omissão, como também um caso de improbidade administrativa do Poder Público. Comentou ainda que o Parque do Cocó, quando interessa ao Poder Público, é parque, mas quando se refere a realizar intervenções, como no caso da construção dos viadutos, ele não é considerado como um espaço protegido¹³⁴.

A regulamentação do Parque do Cocó por ser provocada pelo instrumento constitucional para suprir omissão legislativa, o mandado de injunção, pois o parque existe de fato, mas não no “mundo do direito”. E, se o parque não possui cobertura jurídica, ele sem dúvida será preterido pelos interesses econômicos que envolver mobilidade urbana e especulação imobiliária.

Oportuno transcrever as informações extraídas do endereço eletrônico da Superintendência Estadual do Meio Ambiente (Semace) sobre a situação atual do Parque do Cocó, de acordo com o Quadro 1, a seguir:

pode afastar investimentos, pode atrasar obras, pode atrasar intervenções. Na verdade o que falta para o Poder Público é compreender que, da mesma forma que é importante atrair investimentos do setor privado e realizar obras públicas importantes, é também importante investir no controle dessas atividades, dessas interferências. Então o que falta na verdade é um controle ambiental mais efetivo”.

134 “Não é somente um caso de omissão do Poder Público, como também poderíamos considerar numa perspectiva de um caso de improbidade. O Parque do Cocó, quando interessa ao Poder Público, é parque. Aquelas grades que você vê no Parque do Cocó decorrem de uma compensação ambiental, cujo valor da compensação foi para pagar aquelas grades. Então ali era um espaço protegido e só poderia receber aquelas grades se fosse um espaço protegido. Por outro lado, quando se refere aos viadutos, o parque não foi tratado como espaço protegido. Daí a importância da participação da população, de compreender a importância do Cocó. Eu até digo para os meus alunos que, se Fortaleza não tivesse as praias, que áreas para lazer nós teríamos? O Cocó é uma delas. Praticamente não as temos”.

Quadro 1 – Situação atual do Parque do Cocó

INFORMAÇÕES	DESCRIÇÃO
<p>APRESENTAÇÃO</p>	<p>O Rio Cocó faz parte da bacia dos rios do litoral leste cearense, tendo sua bacia hidrográfica uma área de aproximadamente 485 km², com um comprimento total do rio principal de cerca de 50 km. A preservação do ambiente natural da área de influência do Rio Cocó, sempre foi o objetivo de grupos da sociedade civil e de governos estaduais e municipais, principalmente seu trecho inserido no Município de Fortaleza. Dessa forma, o governo estadual através do DECRETO Nº 20.253, de 05 de Setembro de 1989 declarou de interesse social para fins de desapropriação as áreas de terra que indica compreendidas no contorno do Projeto do Parque Ecológico do Cocó e do DECRETO Nº 22.587, 08 de Junho de 1993, declarou de interesse social, para fins de desapropriação, as áreas destinadas a ampliação do Parque Ecológico do Cocó. A área do Parque Ecológico do Cocó abrangida pelos decretos compreende o trecho da BR-116 à foz do Rio Cocó, localizado no Município de Fortaleza, Estado do Ceará, perfazendo um total de 1.155,2 hectares. O Parque Ecológico do Cocó está em processo de adequação ao Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC, Lei Federal nº 9985, de 18 de julho de 2000, com proposta de denominação de Parque Estadual do Cocó.</p>

<p>JUSTIFICATIVA DE CRIAÇÃO</p>	<p>Proteger e conservar os recursos naturais existentes, de forma a recuperar e manter o equilíbrio ecológico necessário à preservação da biota terrestre e aquática e propiciar condições para atividades de educação, recreação, turismo ecológico e pesquisa científica. A criação do parque também objetiva proporcionar o contato direto da população com o ambiente natural, envolvendo-a nas suas ações de preservação e controle, despertando o espírito conservacionista das populações ribeirinhas.</p>
<p>CARACTERÍSTICAS GERAIS</p>	<p>O Rio Cocó nasce na vertente oriental da Serra da Aratanha e nos seus 50 km de percurso passa por três municípios, Pacatuba, Maracanaú e Fortaleza, para desaguar no Oceano Atlântico, nos limites das praias do Caça e Pesca e Sabiaguaba. A área do parque está inserida apenas no Município de Fortaleza e inclui as áreas de maior fragilidade do ponto de vista ambiental. No parque podemos identificar várias unidades geoambientais, tais como: planície litorânea, planície flúvio-marinha e superfície dos tabuleiros litorâneo. A planície litorânea está caracterizada por duas feições geomorfológicas distintas, mas intrinsecamente relacionadas: as praias e as dunas fixas e móveis. A planície flúvio-marinha, ocupa desde os trechos do rio localizados na BR-116 até a sua foz, onde forma um estuário.</p>

	<p>Nessas áreas, pelas condições adversas, com alta salinidade da água e do solo, níveis muito baixos de oxigênio no solo, frequentes inundações pela maré alta, as espécies vegetais mais dominantes são os mangues <i>Rhizophora mangle</i> L, <i>Avicenia Schaveriana</i> Stapf. e Leech, e <i>Laguncularia racemosa</i>. O manguezal do Rio Cocó em seus trechos preservados formam uma mata de mangues de rara beleza, situado no coração de Fortaleza onde várias espécies de moluscos, crustáceos, peixes, répteis, aves e mamíferos compõem cadeias alimentares com ambientes propícios para reprodução, desova, crescimento e abrigo natural.</p>
<p>PLANTAS E MATAS</p>	<p>Mosaico de fotografias aéreas, mapas e plantas.</p>
<p>ATIVIDADES PROIBIDAS</p>	<p>Na zona de amortecimento a implantação ou ampliação de quaisquer tipos de construção civil sem o devido licenciamento ambiental</p> <ul style="list-style-type: none"> • Supressão de vegetação e uso do fogo • Atividades que possam poluir ou degradar o recurso hídrico, como também o despejo de efluentes, resíduos sólidos ou detritos capazes de provocar danos ao meio ambiente; • Tráfego de veículos no interior do parque • Intervenção em áreas de preservação permanente, como: margens do rio, campo de dunas e demais áreas que possuem restrições de uso • Pesca predatória; • Uso de veículos náuticos motorizados, salvo para fins

	de interesse público • Demais atividades danosas previstas na legislação ambiental.
PROBLEMAS AMBIENTAIS	Ações judiciais contra o Estado do Ceará requerendo indenizações em função dos decretos de desapropriação • Ocupações irregulares e invasões em área de preservação permanente • MPF – Procuradoria da República no Estado do Ceará Projeto de construção da ponte sobre o Rio Cocó • Disposição de resíduos sólidos • Estações de Tratamento de Esgoto da Lagoa da Zeza, Lagamar e Dendê e lagoa de estabilização do Tancredo Neves • Lançamento de efluentes de ligações clandestinas
ADMINISTRADOR(A)	Gerente do Parque Ecológico do Cocó: Maria Lucilene Maranhão Garcêz Formação Profissional: Geógrafa – Esp. Turismo e Meio Ambiente E-mail: lucilene@semace.ce.gov.br Telefone: (85) 3101.5550 / 3101.5548 Disque Natureza: 0800 85 22 33
LAZER	O Parque possui três áreas disponíveis para atividades de lazer, esporte e cultura. • Parque Ecológico do Cocó: área urbanizada com anfiteatro, quadras esportivas, pistas para Cooper, dois parques infantis; promoção de shows e eventos, competições esportivas e educação ambiental • Parque Adhail Barreto: área administrada pela Prefeitura Municipal de Fortaleza, com Núcleo de Conscientização

	<p>ambiental, <i>playground</i>, promoção de eventos culturais e artísticos, bem como educação ambiental, pista de Cooper e trilha ecológica • Área urbanizada do Tancredo Neves: Após remoção de famílias em áreas do parque, o governo do estado implantou na área, duas quadras esportivas, campos de futebol, pistas para Cooper, ciclovias, praças e áreas de brinquedos.</p>
<p>PARCERIAS</p>	<p>Câmara Técnica do Cocó, criada pela Resolução COEMA nº 08/2003, em 27/03/2003 • Companhia de Polícia Militar Ambiental – CPMA • Prefeitura Municipal de Fortaleza • Empresa PARQUI – Paisagismo e Arquitetura Ltda. contratada para desenvolver serviços de manutenção do Parque • Associações Comunitárias • Comitê Gestor da Sociedade Civil do Cocó.</p>
<p>ATIVIDADES</p>	<p>“Proposta de Proteção, Conservação e Recuperação do Rio Cocó • Campanhas Educativas: Abertura da Semana Nacional da Árvore, Dia Nacional do Meio Ambiente e Dia Nacional de Limpeza de Praias, Rios, Lagos e Lagoas • Limpeza do Rio Cocó em parceria com a Prefeitura Municipal de Fortaleza e o DERT • Reuniões da Câmara Técnica do Cocó • Sinalização das trilhas ecológicas • Delimitação “in loco” da área do Parque Estadual do Cocó • Obras de recuperação dos passeios • Lançamento do Projeto Domingo no</p>

Parque • Projeto de revitalização do rio Cocó • MPF – Procuradoria da República no Estado do Ceará Repovoamento do estuário • Implantação de um laboratório de larvicultura • Recomposição vegetal de algumas áreas do manguezal e mata ciliar. **Programadas para 2006** • Intensificação do Projeto Domingo no Parque • Criação oficial do Parque Estadual do Cocó • Campanhas Educativas: Semana Nacional da Árvore, Dia Nacional do Meio Ambiente e Dia Nacional de Limpeza de Praias, Rios, Lagos e Lagoas • Construção de um centro de Referência Ambiental • Implantação de infra estrutura de apoio, através de obras de saneamento (sanitários públicos), e ações turísticas de lazer • Revitalização do anfiteatro e a sinalização ambiental e turística da área urbanizada • Intensificação do processo de recomposição vegetal das áreas do manguezal e mata ciliar.

Fonte: Site oficial da Semace

De acordo com o que foi exposto no Quadro 1, o Parque do Cocó ainda não existe juridicamente como unidade de conservação, estando apenas em processo de adequação ao Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), Lei Federal nº 9.985, de 18 de julho de 2000.

No texto da Ação Civil Pública 9019/13 (2013, p. 3), os membros do Ministério Público Federal frisaram que estes espaços protegidos, como diz a própria Constituição Federal, devem ser criados por lei ou por ato do executivo (Decreto), a seguir:

7. Um Parque, sob a perspectiva estritamente jurídica, é uma unidade de conservação, um espaço especialmente protegido, visando manter a integridade dos atributos ambientais que justifiquem sua proteção. Estes espaços, diz a Constituição Federal, devem ser criados por lei ou por ato do executivo (Decreto). Segundo a Lei Federal 9.985/2000, o Parque é uma unidade de conservação de proteção integral, onde somente podem ser realizadas pesquisas científicas e atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico, sendo públicos a posse e o domínio destas áreas, devendo a dominialidade privada incluída em seus limites ser desapropriada.

Ocorre que não há nenhum ato formal de criação do Parque do Cocó. Como afirmam os autores da Ação Civil Pública 9019/13 (2013, p. 3), o que existem são apenas “decretos do executivo estadual estabelecendo a provável área de futuras desapropriações para a sua implantação efetiva”.

Neste contexto, nos resta concluir que há omissão e desinteresse dos poderes executivo e legislativo, estadual e municipal, de criar juridicamente o Parque do Cocó. A omissão e o descaso desses poderes restringem a participação da sociedade, do Ministério Público e dos órgãos ambientais de atuar de forma mais efetiva para exigir o cumprimento da legislação vigente, impedindo a devastação da área pela iniciativa privada, o que não ocorreria se o parque já existisse juridicamente.

Neste sentido, pedimos a opinião do Procurador da República Alessandro Sales sobre o porquê de o Poder Público resistir tanto à legalização do Parque do Cocó. Em sua resposta, ele afirmou que o Estado pretende edificar várias intervenções públicas significativas dentro da área que seria a área do parque,

que a resistência se dá em face da tentativa de implementar esses projetos¹³⁵.

É inconteste que o Poder Público tem colocado os interesses ambientais muito aquém de outros interesses sociais, deixando-os no “final da fila” das suas prioridades. Um exemplo claro disso é o que vem ocorrendo com o Parque do Cocó, que vem sofrendo um processo acelerado de devastação, patrocinado pela especulação imobiliária, sendo inclusive um obstáculo à aplicação do IPTU ecológico.

Consultado sobre a autorização do Tribunal Regional da 5ª Região (TRF5ª) favorável à intervenção do Parque do Cocó para a construção dos viadutos, o Procurador da República Oscar Costa Filho opinou que, em nível de Tribunal, não foi apreciada a questão da legalidade da intervenção, que o Estado e o Município não só fugiram da legalidade, como também estavam escolhendo juízes para fugir da distribuição, ajuizando várias ações em juízos diferentes (Justiça Estadual e Justiça Federal) para analisar o mesmo fato. Comentou ainda que houve uma supressão de instâncias e um desrespeito ao devido processo legal¹³⁶.

135 “O Governo do Estado não cria definitivamente o Parque do Cocó porque pretende edificar, dentro da área que seria a área do parque, várias intervenções públicas significativas, como duas pontes, um conjunto habitacional e agora viadutos. Se o Parque do Cocó estivesse criado, muito provavelmente essas intervenções não seriam possíveis. Portanto, a resistência se dá em face da tentativa de implementar esses projetos”.

136 “Quem decidiu a nível de tribunal não apreciou a questão da legalidade. Inclusive, na última decisão do tribunal, analisando o pedido de suspensão da liminar, houve determinação de desocupação da área. Como é que, no pedido de suspensão de liminar, você faz uma determinação positiva? A determinação é negativa e você acaba aproveitando para fazer uma determinação positiva. Tanto que o tribunal voltou atrás com relação a isso. E quando eles não conseguiram desocupar a área, com o pedido de suspensão, eles foram para o agravo de instrumento interposto, só que, no agravo de instrumento, os ocupantes não eram réus na Ação Civil Pública, que este agravo de instrumento era derivado. Os manifestantes não eram réus, então o juiz por isso o juiz decidiu eles não poderiam pedir a desocupação deles. Então existia uma ação possessória, que inclusive foi ajuizada pelo Estado, então a gente pode perceber eles só não fugiam da legalidade, como também estavam escolhendo juízes para fugir a distribuição. Olhe bem, Estado foi para o Judiciário Estadual, que não era competente, na última hora não houve aquela determinação de desocupação pela justiça estadual, porque o juízo se manifestou incompetente para intervir no feito, porque o Ministério Público Federal conseguiu intervir a tempo, e houve a sensibilidade da juíza, voltou atrás e se manifestou incompetente para julgar a ação. Então, em seguida, você tem claramente a supressão de instâncias. Porque, se eu tenho uma ação possessória que veio

Diante desse contexto, percebemos que o Poder Judiciário não se colocou à altura do desafio, não deu a devida importância ao caso, não teve a sensibilidade para ponderar *in dubio* pró-ambiental. O que estava na base dos fatos era uma questão além das aparências, era um desafio para as questões ambientais, e o Poder Judiciário reagiu de maneira imediatista, não tendo se sensibilizado o bastante à causa.

Mas, afinal, o que podemos esperar sobre o julgamento da Ação Civil Pública 9019/2013, considerando as últimas decisões do judiciário? Na tentativa de obter uma resposta mais concreta, pedimos a opinião dos Procuradores autores da Ação Civil Pública. O Procurador da República Alessandro Sales afirmou em entrevista que o Poder Judiciário não possui parâmetro para avaliar impactos ambientais e erra quando tenta substituir o Poder Executivo do controle ambiental e estabelecer que os impactos são mínimos diante dos benefícios da obra. Todavia, estamos esperançosos para a análise do mérito, pois a ação é provida de um bom direito. Enquanto o mérito da ação não é analisado, o Ministério Público Federal vai recorrer das decisões denegatórias em outras instâncias¹³⁷.

deslocada, conexa para a Justiça Federal, e ela não tem nenhuma determinação de desocupação, eu não posso usar a ação civil pública para suscitar isso. O juiz disse isso. Mas o Tribunal, disse que ele na verdade usou de subterfúgio para descumprir uma ordem do tribunal e expediu uma carta de ordem determinando o cumprimento imediato da desocupação, como aconteceu. Então houve uma supressão de instância, um desrespeito ao devido processo legal e o juiz que tinha colocado as coisas em ordem (pois se tem uma Ação Civil Pública e uma ação Possessória, e a obra fica parada porque na Ação Civil Pública existe instrumento para dar continuidade a obra, mas desocupar o local eu não posso agora, porque existe uma Ação Possessória). E o juiz fez tudo isso, mas, quando se tem a força, não se quer saber da questão da legalidade. E infelizmente essa é a tragédia que marcou a todos. Não tenha uma pessoa que tenha participado que não tenha ficado extremamente marcada por tudo que aconteceu. Inclusive, é bom que se diga que existem momentos da nossa atuação, que nós sabemos que não estamos jogando para uma plateia, nós sabemos que a maioria da população majoritariamente era contra nossa intervenção e a ocupação dos manifestantes. Mas não se tratava disso, tratava-se de uma coisa muito maior. Se tratava do seguinte: ninguém está acima da lei, esse é nosso postulado, e é preciso que se respeitem os espaços institucionais. Existe Poder Executivo, no espaço dele, existe o Judiciário, no espaço dele, e também existe o Ministério Público, no espaço dele que é fazer a fiscalização e fazer valer aquela interpretação que entende ser correta da lei. Esses espaços têm que ser intocáveis”.

137 “Na verdade, as respostas que nós temos obtido do Poder Judiciário não têm sido as melhores. O Judiciário tem considerado duas situações. Primeiro, ele entende que obras estruturantes públicas são extremamente importantes e que portanto elas podem se desenvolver, tendo em vista

Diante de tudo que foi exposto, percebemos que o Poder Público ainda negligencia as prioridades ambientais quando confrontadas com outros interesses. No entanto, a sociedade legitima essa postura, pois atua como a maior promotora da degradação ambiental. O Ministério Público tem a função precípua de fiscalizar e investigar a prática de dano ambiental, mas necessita do apoio incondicional dos atores sociais. Não é possível pensar uma sociedade sustentável sem a inserção de práticas positivas e alternativas de bem-estar individual e coletivo. Os direitos fundamentais em que o Ministério Público exerce o papel de fiscal reclamam um maior ativismo socioambiental na medida do exercício da cidadania coletiva e participativa.

CONCLUSÃO

A tutela ambiental exercida pelo Ministério Público recebeu tratamento diferenciado a partir da promulgação da Constituição

que o impacto a essas estruturas o judiciários considera mínimo ao meio ambiente. Só que essa avaliação do Poder Judiciário é equivocada. O judiciário não pode avaliar impactos ambientais. Quem pode avaliar impactos ambientais é o licenciamento ambiental, através do Estudo de Impacto Ambiental – EIA, o que não foi feito nessa intervenção dos viadutos. Ora, sem EIA/RIMA, sem licenciamento ambiental, porque estão aproveitando o licenciamento ambiental de 2003, sem esse estudo não se tem como saber quais são os verdadeiros impactos ocasionados por essa intervenção. Então o Poder Judiciário erra quando tenta se substituir ao Poder Executivo de controle ambiental e estabelecer que os impactos são mínimos diante dos benefícios da obra. Na verdade o Poder Judiciário não possui parâmetro para afirmar isso. Cumpre o Ministério Público procurar recorrer nas diversas instâncias do Poder Judiciário, uma ordem proibitiva para a realização de uma obra sem licenciamento ambiental. A obra hoje está sendo realizada sem licenciamento ambiental. A licença utilizada foi obtida para o Transfor 2003 e não contempla essa intervenção. Contempla apenas uma faixa exclusiva para ônibus. E a faixa exclusiva para ônibus está sendo feita ali? Estão sendo feitos viadutos. Então o que está acontecendo ali é uma obra sem licenciamento ambiental válida. Então o Ministério Público tem que ir a todas as instâncias mostrando isso e procurando a paralisação dessa obra até que ela tenha o licenciamento ambiental válido. Eu não digo que ela não possa ser feita. Mas sem o licenciamento ambiental válido ela não deve ser feita. Dessa forma, enquanto o mérito não é analisado, cumpre agora ao Ministério Público tentar recorrer das decisões denegatórias em outras instâncias e depois aguardar para que o judiciário aprecie o mérito da ação. Estamos esperançosos para a apreciação do mérito ser favorável, pois o Direito do Ministério Público é muito bom. Ou seja, está evidenciado, está patente que não há licenciamento ambiental para esta obra”.

Federal de 1988, mormente o amadurecimento institucional, e vem exercendo importante papel diante da utilização instrumental judicial e extrajudicial disponível para os interesses difusos, compatível com a nova realidade decorrente do modo de vida da sociedade de riscos.

O exercício de tais instrumentos, contudo, não pode transmutar o Ministério Público em órgão de gestão do meio ambiente, uma vez que tal função foi acometida pela Constituição à Administração Pública, a quem compete sopesar valores ambientais, sociais e econômicos para a elaboração e execução das políticas públicas destinadas à concretude dos direitos fundamentais prestacionais, com enfoque na dupla face do direito do ambiente — negativa (obrigação de não fazer) e positiva (obrigação de fazer).

Por oportuno, o Ministério Público, assumindo sua real posição constitucional, contribuirá para a realização da justiça social e ambiental e da democracia participativa, ideais do Estado Socioambiental de Direito. Igualmente colaborará com a superação da crise ambiental, indispensável para a concretização de um futuro sustentável, com respeito ao direito de viver com dignidade, os quais somente são admissíveis com a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Acontece que a incompleta estruturação da administração ambiental no Brasil tem conduzido à inação estatal no que respeita à gestão do meio ambiente, o que tem exigido do Ministério Público uma atuação mais proativa, que equivocadamente aos olhos da sociedade é o “único gestor do meio ambiente”. Em outras palavras, diante da omissão e desinteresse do Poder Público para as questões ambientais em face da priorização de outros interesses, tem-se exigido uma atuação mais efetiva do Ministério Público para a proteção do meio ambiente, negligenciando o comando do artigo 225 da Constituição Federal, que impõe um dever ao Estado e à coletividade.

Um exemplo claro da omissão e descompromisso do Estado para a resolução da problemática ambiental pode ser depreendida na

análise de caso do Parque do Cocó, posto que as diversas intervenções que atingem o parque demonstram que de fato o meio ambiente não é uma prioridade do Poder Público tampouco dos munícipes. No que tange ao Poder Judiciário, urge um olhar ambiental no julgamento de suas decisões. Sabendo que o Judiciário é o poder responsável pela aplicabilidade dos preceitos constitucionais e infraconstitucionais, ele atua como guardião a partir dos seus julgamentos e deve combater qualquer indicio de ilegalidade. O século XXI reclama por um Poder Judiciário que se coloque à altura do desafio ambiental, cuja resolutividade é crucial para a qualidade de vida e bem-estar coletivo.

As questões ambientais exigem maior diálogo entre Ministério Público e Poder Judiciário. Não é concebível que todo o trabalho investigativo na prossecução de diagnosticar o dano ambiental seja perdido por uma decisão desprovida de tecnicidade e certeza científica. Do contrário, instrumentos inibitórios como EIA-RIMA serão inócuos no combate ao crime ambiental e as demandas ambientais serão reduzidas à desmoralização do mandamento constitucional e da própria responsabilidade civil, penal e administrativa.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **DOU** de 02/09/81. Brasília: Senado, 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9638.htm>. Acesso em: 10 set. 2013.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente,

ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado) e dá outras providências. **DOU** de 25.7.1985 Brasília, Senado, 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm>. Acesso em: 21 out. 2013

BRASIL. Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. **DOU** de 15.2.1993 Brasília: Senado, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm>. Acesso em: 20 out. 2013

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **DOU** de 12.9.1990 Brasília, Senado, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm> Acesso em: 21 out. 2013.

BRASIL. Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981. Estabelece normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual. **DOU** de 15.12.1981 Brasília: Senado, 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp40.htm>. Acesso em: 02 set. 2013.

BRASIL. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. **DOU** de 21.5.1993 Brasília: Senado, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp75.htm>. Acesso em: 02 set. 2013.

BRASIL. Decreto nº 3.942, de 27 de setembro de 2001. Dá nova redação aos arts. 4º, 5º, 6º, 7º, 10 e 11 do Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990. **DOU** de 28.9.2001. Brasília: Senado, 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3942.htm>. Acesso em: 03 set. 2013.

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

CALVINO, Ítalo. **Las ciudades invisibles**. Madrid: Siruela, 2000.

CAÚLA, Bleine Queiroz. **A lacuna entre o direito e a gestão do ambiente**: os 20 anos de melodia das agendas 21 locais. Fortaleza: Premium, 2012.

CEARÁ. Ministério Público Federal. **ACP parque do cocó**. Disponível em: <<http://www.prce.mpf.mp.br/conteudo/noticias/arquivos/acpcoco/view>> Acesso em: 20 set. 2013

CEARÁ. Superintendência estadual do meio ambiente. **Parque Ecológico do Cocó**. Disponível em: <<http://www.semace.ce.gov.br/2010/12/paque-ecologico-do-rio-coco/>> Acesso em: 15 out. 2013

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Manual do promotor de justiça**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**: análise do Ministério Público na Constituição, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, na Lei Orgânica do Ministério Público da União e na Lei orgânica do Ministério Público paulista. 6. ed. rev e ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro **A defesa dos interesses difusos em juízo** – meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo: Saraiva, 2013.

MILARÉ, Édis. **Ação civil pública**: Lei 7.347/85 – 15 anos. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação Civil Pública e a Reparação do Dano ao Meio Ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CONSÓRCIOS PÚBLICOS PARA GESTÃO AMBIENTAL SUSTENTÁVEL DOS RESÍDUOS SÓLIDOS: O CASO DA REGIÃO METROPOLITANA DO CARIRI-CE

*Daniel Dias Peixoto de Alencar
Carlos Augusto Fernandes Eufrásio*

INTRODUÇÃO

Um dos grandes problemas vivenciados na atualidade está realcionado à gestão ambiental sustentável dos resíduos sólidos, cujo impacto na vida das pessoas é muito significativo. O termo sustentabilidade refere-se à continuidade dos aspectos econômicos, sociais, culturais e ambientais, conforme visto em Rabelo (2008), Abrelpe (2012) e Philippi e Galvão (2012).

Com a aprovação da Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS) (BRASIL, 2010), uma nova perspectiva se apresenta ao cenário contemporâneo, pois, além de visar a regulamentação da gestão adequada dos resíduos, inclui questões para o desenvolvimento econômico, social e a manutenção da qualidade ambiental.

A principal preocupação relacionada à produção de resíduos em todo o mundo está voltada para as repercussões que esses resíduos podem ter sobre a saúde humana e sobre a qualidade do meio ambiente (solo, água, ar e paisagens). Produzidos em todos os estágios das atividades humanas, os resíduos, tanto em termos de composição como de volume, variam em função das práticas de consumo e dos métodos de produção.

No estado do Ceará, foi instituída a Política Estadual de Resíduos Sólidos através da Lei 13.103/2001, em que são definidas as diretrizes e normas de prevenção e controle da poluição, para a

proteção e recuperação da qualidade do meio ambiente e a proteção da saúde pública, assegurando o uso adequado dos recursos ambientais no estado do Ceará.

Apesar da legislação avançada, faz-se necessária uma releitura da supracitada lei de modo a adequá-la à atual Política Nacional dos Resíduos Sólidos. Assim, as questões que tratam da problemática dos resíduos sólidos são discutidas e se apresentam como objeto de estudo deste capítulo.

Nessa perspectiva, este artigo objetiva analisar a formação do consórcio público intermunicipal na região do Cariri (Comares), formado entre os dez municípios que compõem a região metropolitana do Cariri cearense, acerca de seus aspectos constitutivos e sua compatibilização com a Política Nacional de Resíduos Sólidos.

A região do Cariri cearense apresenta problemática no setor de saneamento básico com diversas implicações negativas para a saúde da população, para o meio ambiente e para a relação com os órgãos de controle ambiental do estado.

Assim, foram feitas análises jurídica do consórcio formado entre os dez municípios que compõem a região metropolitana, denominado Comares, acerca dos seus aspectos constitutivos e sua compatibilidade com a Lei 12.305/10 — Política Nacional dos Resíduos Sólidos. As reflexões são vistas na última seção.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A partir do ano de 2001, com a aprovação do Estatuto das Cidades, foram estabelecidos novos marcos regulatórios de gestão urbana, como as leis de saneamento básico e de resíduos sólidos. O Estatuto regulamentou os artigos 182 e 183 da Constituição Federal e trouxe condições para reforma urbana nas cidades brasileiras.

O Brasil conta com um arcabouço legal que estabelece diretrizes para cooperação federativa de prestação desses serviços através da Lei de Consórcios Públicos (Lei nº 11.107/2005), prestação dos serviços públicos de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos por meio da Lei de Diretrizes Nacionais de Saneamento Básico (Lei nº 11.445/2007) e finalmente uma Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305/2010) que veio promover a correta gestão dos resíduos sólidos e de responsabilizar todos os atores sociais envolvidos no processo de geração do lixo. Ela incentiva a formação de parcerias, acordos setoriais, logística reversa, consórcios públicos e a regionalização da gestão dos resíduos sólidos.

A Lei de Diretrizes Nacionais de Saneamento Básico

Em setembro de 2000, na Cúpula do Milênio promovida pela Organização das Nações Unidas (ONU), os líderes das grandes potências mundiais e os chefes de Estado de 189 países, entre eles o Brasil, discutiram a gravidade do estado social de muitos países do mundo e definiram oito objetivos que apontam para ações em áreas prioritárias para a superação da pobreza. Tais objetivos, chamados de Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, apresentam metas detalhadas em indicadores as quais devem ser alcançadas, em sua maioria, até 2015.

Dentre os objetivos discutidos, o objetivo 7 trata de assegurar a sustentabilidade ambiental. Este objetivo tem quatro metas e uma delas (a 7C) é reduzir pela metade, até 2015, a proporção das pessoas sem acesso sustentável à água potável e saneamento (PNUD BRASIL, 2011).

Para alcançar esta meta, foi instituída a Lei de Diretrizes Nacionais de Saneamento Básico (Lei nº 11.445/2007), que aborda o conjunto de serviços de abastecimento público de água potável; co-

leta, tratamento e disposição final adequada dos esgotos sanitários; drenagem e manejo das águas pluviais urbanas, além da limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos.

Art. 3º

I – saneamento básico: conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de:

a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades, infraestruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição;

b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades, infraestruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente;

c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: conjunto de atividades, infraestruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas;

d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas: conjunto de atividades, infraestruturas e instalações operacionais de drenagem urbana de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas (BRASIL, 2007a).

A lei institui como diretrizes para a prestação dos serviços públicos de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos:

- O planejamento, a regulação e fiscalização;
- A prestação de serviços com regras;
- A exigência de contratos precedidos de estudo de viabilidade técnica e financeira;

- A definição de regulamento por lei, definição de entidade de regulação, e o controle social assegurado;

Inclui ainda como princípios a universalização e integridade na prestação dos serviços, além da interação com outras áreas como recursos hídricos, saúde, meio ambiente e desenvolvimento urbano.

No seu art. 11, estabelece um conjunto de condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico, quais sejam: plano de saneamento básico (são aceitos planos específicos por serviço); estudo comprovando viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação universal e integral dos serviços; normas de regulação e designação da entidade de regulação e de fiscalização; realização prévia de audiências e de consulta públicas; mecanismos de controle social nas atividades de planejamento, regulação e fiscalização, e as hipóteses de intervenção e de retomada dos serviços (BRASIL, 2007a).

Define ainda que a sustentabilidade econômica e financeira dos serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos urbanos seja assegurada, sempre que possível, mediante remuneração pela cobrança destes serviços, por meio de taxas ou tarifas e outros preços públicos, em conformidade com o regime de prestação do serviço ou de suas atividades. Outro ponto importante é a inclusão de uma alteração na Lei nº 8.666/1993, permitindo a dispensa de licitação para a contratação e remuneração de associações ou cooperativas de catadores de materiais recicláveis.

Art. 24. É dispensável a licitação:

XXVII – na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por

pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública (BRASIL, 1993).

A necessidade do fortalecimento da capacidade de gestão para garantia da sustentabilidade dos serviços faz com que poucos municípios tenham uma gestão adequada dos resíduos sólidos, que garanta a sustentabilidade dos serviços e a racionalidade da aplicação dos recursos técnicos, humanos e financeiros. Em função disso, buscando melhorias na gestão, foi instituída a prestação regionalizada dos serviços de saneamento básico, para possibilitar ganhos de escala na gestão dos resíduos sólidos, e equipes técnicas permanentes e capacitadas.

Quanto à elaboração dos planos, exige que estes sejam editados pelos próprios titulares; compatíveis com os planos das bacias hidrográficas; revistos ao menos a cada quatro anos, anteriormente ao Plano Plurianual (PPA) e, se envolverem a prestação regionalizada de serviços, que os planos dos titulares que se associarem sejam compatíveis entre si.

Política Nacional de Resíduos Sólidos

A Política Nacional de Resíduos Sólidos, considerada o marco legal do setor, foi imensamente esperada pelos aplicadores do direito e ambientalistas, vez que foi discutido por quase duas décadas, por meio do PL nº 203/91.

Para que a Política Nacional de Resíduos Sólidos tenha eficácia e cumpra com os objetivos almejados, é necessário que os governos das três esferas (União, Estado e Município) assumam e cumpram suas responsabilidades. Não obstante, sabe-se que essas

responsabilidades incluem também os gestores privados e os cidadãos. Contudo, o alcance dos objetivos legais passa, prioritariamente, pelos gestores públicos.

É de se pontuar que a gestão dos resíduos sólidos é um dos grandes desafios da sustentabilidade e do desenvolvimento das nações mundiais, especialmente para a administração pública, em razão da quantidade e da diversidade de resíduos, do crescimento populacional e do consumo, da expansão de áreas urbanas e da aplicação de recursos insuficientes para a gestão adequada de resíduos.

A maioria dos municípios brasileiros tem dificuldades de gerenciar seus resíduos sólidos, principalmente pela falta de recursos e baixa qualificação de seus quadros na execução dos serviços de limpeza pública, tratamento e descarte adequado.

Com o advento da Lei nº 12.305/10, a formação de consórcios municipais ou interfederativos tornou-se uma realidade, com vistas a facilitar a sustentabilidade ambiental e econômica, bem como o financiamento adequado e a capacitação técnica e gerencial dos recursos humanos envolvidos. Possibilita, ainda, a inclusão social em nível regional através da formação de cooperativas e associações de trabalhadores em reciclagem, indispensáveis na implantação da logística reversa e da responsabilidade compartilhada, prevista pela lei.

Nesse contexto, a legislação abriga a percepção de que pequenos municípios têm mais dificuldade em apresentar escala suficiente para viabilizar um modelo de negócio sustentável a longo prazo e, portanto, estimula a formação de consórcios municipais e planos microrregionais.

Contudo, a dimensão territorial e as diferenças regionais, do ponto de vista econômico, são dificultadores para que os municípios elaborarem e implementem seus Planos de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos (PGIRS), lembrando que esta é uma das condições básicas para acesso a recursos da União.

Dispõe, ainda, a Lei Federal sobre o aterramento de rejeitos, em seu artigo 3º, que os resíduos sólidos devam passar por processo de tratamento e recuperação antes de serem aterrados. Exigência dessa natureza demanda grande custo e investimento em tecnologia.

Para que os comandos normativos não fiquem somente no campo abstrato, entende-se como necessária a elaboração e implementação dos Planos Locais de Resíduos Sólidos.

O Plano nada mais é do que um planejamento sistemático que antecede e subsidia as ações; é o instrumento essencial que viabiliza e lastreia a tomada de decisão do executivo rumo ao atendimento das diretrizes da Lei. Cada plano possui seu escopo, área e objetivos.

O manejo dos resíduos sólidos produzidos pelos cidadãos é, em regra, de competência prioritária dos municípios. É o que se desprende do artigo 3º, X, da Política Nacional dos Resíduos Sólidos, ao definir “gerenciamento de resíduos sólidos” como um:

conjunto de ações exercidas, direta ou indiretamente, nas etapas de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, de acordo com plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos ou com plano de gerenciamento de resíduos sólidos.

Em outros termos, o gerenciamento dos resíduos sólidos, de forma direta ou indireta, será contemplado pelo Plano de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos (PGIRS). A elaboração do plano possibilita:

- Ao Poder Público racionalizar e priorizar os investimentos para o setor, em especial no que se refere à condução de contratos com a iniciativa privada;

- Identificar oportunidades de gestão associada entre municípios, como consórcios públicos ou outros arranjos regionais, destinada a viabilizar a implantação e condução de empreendimentos de grande vulto, como aterros sanitários ou usinas de tratamento térmico com recuperação energética. A gestão associada, aliada a outras práticas, assegura a sustentabilidade econômica da gestão, além de permitir a manutenção de um corpo técnico qualificado;
- Otimizar o cumprimento de metas progressivas voltadas a atingir a obrigação de receber apenas rejeitos de aterros sanitários, a partir de agosto de 2012, conforme exige a Política Nacional dos Resíduos Sólidos (PNRS);
- Compartilhar a responsabilidade na gestão de resíduos por meio da identificação dos geradores responsáveis pela confecção dos Planos de Gerenciamento de Resíduos do setor privado e pela logística reversa, visto que o Plano deve conter regras, prazos, metodologia de monitoramento;
- Criar sistema de cálculo dos custos da prestação dos serviços de limpeza pública e de manejo dos resíduos sólidos, bem como a forma de cobrança desses serviços e, dessa forma, assegurar a sustentabilidade econômico-financeira e promover a universalização dos serviços de limpeza pública e manejo de resíduos sólidos;
- Garantir a preferência no repasse de verbas advindas da União, para poder investir e custear obras e serviços do setor. Além disso, o município poderá ser beneficiado por incentivos ou financiamentos de entidades federais de crédito ou fomento para o tal finalidade.

Os benefícios listados acima dificilmente irão se concretizar se os planos não forem elaborados. Os requisitos mínimos para o

Plano estão indicados no artigo 19 da PNRs. O Plano Municipal racionaliza investimentos públicos, garante sustentabilidade econômico-financeira, facilita o cumprimento das obrigações previstas na Lei, desonera a máquina pública, permite a universalização dos serviços prestados com eficácia e participação social e garante acesso preferencial a recursos e incentivos da União.

A obrigatoriedade da elaboração do plano foi prevista, inicialmente, pela Lei de Diretrizes Nacionais do Saneamento Básico (11.445/07), a qual impõe, dentre as consequências da não elaboração, a não validação dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico, conforme art. 11.

O Município, com a promulgação da PNRs, passou a ter duas opções: adequar o plano de saneamento no tocante aos resíduos sólidos, de acordo com a mencionada lei; ou elaborar plano específico, respeitando as diretrizes legais elementares.

A lei previu consequências graves para os municípios que não elaborarem ou não adequarem seus planos de resíduos sólidos. Entre as mais graves está a proibição de licitar qualquer contratação de obra ou de serviço que tenha por escopo o manejo de resíduos sólidos, prevista na PNRs. Há outras consequências gravíssimas, quais sejam, a responsabilização do administrador público no âmbito penal, civil, fiscal e administrativo.

No âmbito penal, uma norma que pode incidir caso não seja elaborado e aplicado o Plano Municipal é aquela contida no art. 56, da Lei de Crimes Ambientais, Lei 9.605/98.

Na esfera civil, o gestor público está sujeito ao art. 14, §1º, da Lei nº 6.938/81, que dispõe: “Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”.

No que se refere à responsabilidade fiscal, o Prefeito Municipal poderá infringir a Lei de Responsabilidade Fiscal nº 101/2000, em decorrência da Política Nacional de Resíduos Sólidos determinar a criação de sistema de cobrança do manejo dos resíduos (art. 19, XIII). Logo, a não criação do Plano impede que o município aufera receita, acabando por onerar ainda mais os cofres públicos. Se há ausência de recursos, é justamente pela renúncia de receita ao não implementar a cobrança do sistema de coleta, destinação e disposição final ambientalmente adequadas.

No âmbito administrativo ficou assentado que não mais obterá recursos da União. Além disso, certamente sofrerá outras sanções, como a dificuldade em se enquadrar em programas de fomento ou financiamento.

O art. 51 da Lei nº 12.305/10 fixa a responsabilidade objetiva aos causadores de danos ao meio ambiente por inobservância dos preceitos da supracitada lei, devendo reparar civilmente os danos causados e sofrer as sanções previstas na Lei federal nº 9.605/98, conforme consta do dispositivo.

A dispensa de licitação

A Lei nº 12.305/10, art. 36, § 2º, c/c a Lei nº 8.666/93, art. 24, inc. XXVII, prevê hipóteses de dispensa de licitação na contratação de cooperativas e de catadores de materiais recicláveis, em patente, indiscutível e necessário incentivo a tais categorias.

As cooperativas podem ser conceituadas como sociedades de pessoas que visam objetivo comum, sem fins lucrativos, e que realizam atividades econômicas que não se referem a operações de comércio porque não objetivam lucro. A finalidade maior é a consecução de interesses comuns de seus sócios. Podem ser contratadas diretamente pelo Poder Público, sem a necessidade de licitação pré-

via para a execução dos serviços previstos pela Política Nacional de Resíduos Sólidos.

A despesa municipal com a implantação do sistema de aterros

Consta do art. 3º, VIII, da Lei nº 12.305/10, que a disposição final ambientalmente adequada é a “distribuição ordenada de rejeitos em aterros, observando normas operacionais específicas de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar os impactos ambientais adversos”.

E rejeitos, a seu turno, conforme consta do inc. XV, do mesmo art. 3º, são “resíduos sólidos que, depois de esgotadas todas as possibilidades de tratamento e recuperação por processos tecnológicos disponíveis e economicamente viáveis, não apresentem outra possibilidade que não a disposição final ambientalmente adequada”.

Assim, a lei prevê como disposição final adequada o aterramento de rejeitos, devendo os resíduos sólidos passarem por processo de tratamento e recuperação antes de serem aterrados. Tal processo de tratamento e recuperação demanda alto custo financeiro, além de vultoso investimento em maquinários e tecnologia adequados, o que tem ensejado grande preocupação aos Municípios brasileiros.

No que concerne aos prazos estabelecidos pela Lei de Resíduos Sólidos, ressalte-se que a mesma os elenca em seu bojo, mais precisamente nos artigos 54 e 55, a saber:

Art. 54. A disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, observado o disposto no § 1º do art. 9º, deverá ser implantada em até 4 (quatro) anos após a data de publicação desta Lei.

Art. 55. O disposto nos arts. 16 e 18 entra em vigor 2 (dois) anos após a data de publicação desta Lei.

Todo este aparato legal, se aplicado corretamente, deverá permitir o resgate da capacidade de planejamento e de gestão mais eficiente dos serviços públicos de saneamento básico, fundamental para a promoção de um ambiente mais saudável, com menos risco à população.

A lei de consórcios veio possibilitar que municípios se associem para viabilizar a sustentabilidade econômico-financeira para gestão dos resíduos sólidos. Dessa forma, se um município ou mesmo o estado isoladamente não é capaz de exercer uma determinada atribuição, isto pode ser resolvido por meio da cooperação com outros municípios ou estados ou com a União.

Parte dos municípios do País foi obrigada a reformular seu Plano Diretor visando promover o direito à cidade nos aglomerados humanos considerando vários aspectos: social (saúde, educação, lazer, transporte, habitação, dentre outros), ambiental, econômico, sanitário etc.

A necessidade do fortalecimento da capacidade de gestão para garantia da sustentabilidade dos serviços faz com que poucos municípios tenham uma gestão adequada dos resíduos sólidos que garanta a sustentabilidade dos serviços e a racionalidade da aplicação dos recursos técnicos, humanos e financeiros.

Os municípios brasileiros tiveram de elaborar seus planos para atendimento ao marco regulatório compatíveis com os planos das bacias hidrográficas, revistos a cada quatro anos anteriormente ao Plano Plurianual e, se envolverem a prestação regionalizada dos serviços, e que os planos dos titulares que se associarem sejam compatíveis entre si.

O estado do Ceará é uma das 27 unidades federativas do Brasil. Está situado na região Nordeste e tem por limites o Oceano Atlântico a norte e nordeste, Rio Grande do Norte e Paraíba a leste, Pernambuco a sul e Piauí a oeste. Sua área total é de 148.825,6

km², 9,37% da área do Nordeste e 1,7% da superfície do Brasil. A população do estado estimada para o ano de 2008 foi de 8.450.527 habitantes (IBGE, 2009), conferindo ao território a oitava colocação entre as unidades federativas mais populosas.

O estado do Ceará instituiu a Política Estadual de Resíduos Sólidos através da Lei nº 13.103/2001, definindo diretrizes e normas de prevenção e controle da poluição, para a proteção e recuperação da qualidade do meio ambiente e a proteção da saúde pública, assegurando o uso adequado dos recursos ambientais no Estado do Ceará. Cabe destacar o art. 9º da lei que trata de soluções regionalizadas para disposição final dos resíduos:

Nas microrregiões, as soluções para a gestão dos resíduos sólidos urbanos deverão prever ação integrada dos Municípios, com participação dos organismos estaduais e da sociedade civil, tendo em vista a máxima eficiência e adequada proteção ambiental.

Na região compreendida pelos municípios cearenses de Juazeiro do Norte, Crato e Barbalha, a realidade não é diferente. O tratamento dado aos resíduos sólidos nesses municípios é, em geral, insatisfatório com diversas implicações negativas para a saúde da população, para o meio ambiente e para a relação com os órgãos de controle ambiental.

A região do Cariri — mais precisamente o Crajubar, denominação dada à conurbação das três cidades referenciadas acima: Crato, Juazeiro do Norte e Barbalha — forma um aglomerado urbano de aproximadamente 400 mil habitantes, ocupando uma área de 1.736,944 km² (CEARÁ, 2009). Notabiliza-se por ser uma praça comercial de expressiva importância, bem como centro hospitalar, universitário, industrial e de romarias. De acordo com a Lei Complementar Estadual nº 78/2009, esta área se constitui numa região

metropolitana e integra a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

Como solução, foi criado um consórcio público municipal que vem sendo apresentado como uma alternativa de cooperação entre entes federados para a solução de problemas públicos de vários tipos, destacando-se como uma forma coletiva de ação, com menores custos financeiros e que pode proporcionar um adequado tratamento dos resíduos sólidos municipais. Contudo, sua implementação e seu satisfatório funcionamento dependem do atendimento de requisitos relacionados à viabilidade econômica, técnica, ambiental, política e jurídica.

Foi realizada uma pesquisa qualitativa do tipo exploratória (ACEVEDO; NOHARA, 2009), através de questionários enviados aos municípios e conduzidos por meio do estudo de caso realizado no consórcio público municipal criado na região metropolitana do Cariri (Figura 1) para gestão dos resíduos sólidos.

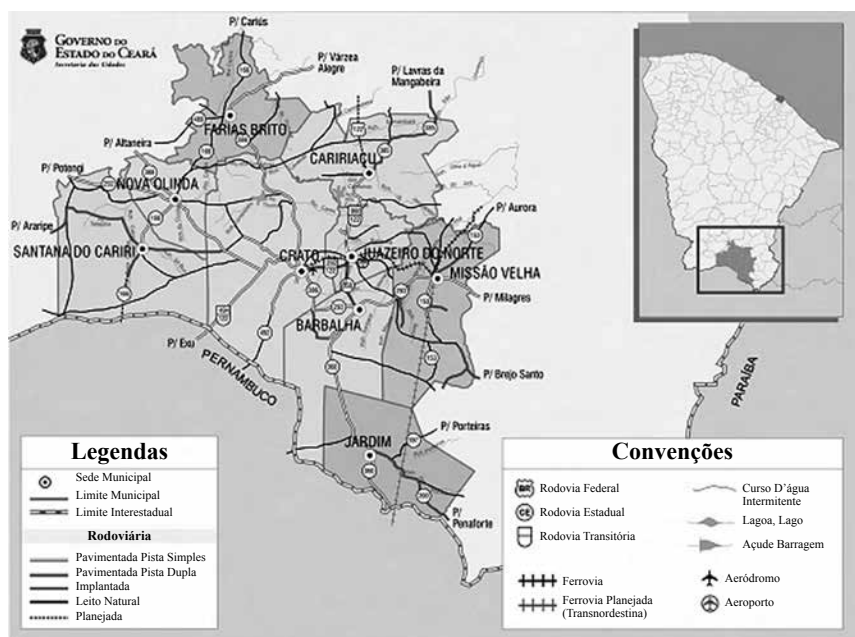
O instrumento utilizado para a coleta de dados foi elaborado através de planilhas *online*, com a utilização da ferramenta Google Docs, contendo questões abertas e fechadas, enviadas diretamente para os secretários de meio ambiente e/ou infraestrutura durante o primeiro semestre de 2011.

O questionário é composto pela caracterização socioeconômica e ambiental de cada município integrante da região metropolitana e do diagnóstico do setor de resíduos sólidos, com tratamento e análise dos elementos e informações referentes aos resíduos sólidos e a limpeza urbana, com o objetivo de avaliar as demandas, as condições gerenciais, operacionais, administrativas, institucionais e financeiras dos sistemas. Também foram analisados instrumentos legais que tratam da matéria “meio ambiente”.

O levantamento de informações, sua análise e seu tratamento são instrumentos de grande importância, uma vez que possibilita

conhecer a realidade dos municípios e identificar os indicadores relevantes para a gestão e o gerenciamento dos serviços, além de permitir a formulação de programas, o estabelecimento de metas e seu acompanhamento. A amostragem é não probabilística e o pesquisado foi escolhido por conveniência (ACEVEDO; NOHARA, 2009).

FIGURA 1: Mapa de localização da Região Metropolitana do Cariri.



Fonte: CIDADES/SEINFRA/IPECE (2009).

REFLEXÕES

A partir das análises dos documentos coletados e das reflexões seguindo os preceitos da Política Nacional dos Resíduos Sólidos, foram obtidos os resultados demonstrados a seguir.

Os desafios de ordem econômica e de gestão integrada de resíduos sólidos urbanos enfrentados pelos municípios podem ser mais bem resolvidos por meio de consórcios regionais finalizados para as atividades de tratamento e destinação final.

A cooperação entre governos municipais, com a participação ou não do governo estadual, seja sob a forma de consórcio ou sob outras formas de parcerias, como associações, agências, fóruns e convênios, têm trazido inúmeros benefícios na solução de problemas comuns.

A ação consorciada é um acordo entre partes interessadas na realização de objetivos de interesse comum, onde os parceiros somam seus esforços para a solução de um problema, em que cada um tratando de forma isolada até poderia resolvê-lo, mas que de forma associada com outros parceiros os resultados seriam melhores e com custo mais baixo e menor impacto ambiental.

A gestão dos resíduos sólidos por meio de consórcios regionais permite racionalizar esforços, minimizar valores de investimentos e de custos operacionais, agregar profissionais capacitados e aplicar a melhor tecnologia na execução dos serviços.

Os municípios pequenos, quando associados, de preferência com o de maior porte, podem superar a fragilidade da gestão, racionalizar e ampliar a escala no tratamento dos resíduos sólidos e ter um órgão preparado para administrar os serviços planejados. Assim consórcios que integrem diversos municípios, com equipes técnicas capacitadas e permanentes, serão gestores de um conjunto de instalações, tais como: pontos de entrega de resíduos; instalações de triagem; aterros; instalações para processamento e outras.

Sob o aspecto político, embora a formação do consórcio possa passar por dificuldades de natureza político-partidária, o consórcio instalado propicia o fortalecimento dos municípios na integração com outros sistemas de gestão de resíduos sólidos e os credencia para a captação de novos investimentos, tendo em vista que

o poder público vem estimulando essa metodologia, priorizando e, muitas vezes, condicionando a liberação de recursos e a existência formal desse tipo de instrumento.

Este caso pode ser exemplificado pelo disposto no artigo 37 do Decreto Federal nº 6.017 de 17 de janeiro de 2007, que regulamenta a Lei de Consórcios Públicos onde consta: “Os órgãos e entidades federais concedentes darão preferência às transferências voluntárias para Estados, Distrito Federal e Municípios cujas ações sejam desenvolvidas por intermédio de consórcios públicos”. E ainda pelo artigo 39:

Art. 39

A partir de 1º de janeiro de 2008 a União somente celebrará convênios com consórcios públicos constituídos sob a forma de associação pública ou que para essa forma tenham se convertido.

Essa ação consorciada se materializa com a constituição do consórcio público, que é um instrumento de cooperação intergovernamental no qual entes federativos, de forma voluntária, atuam de forma conjunta assumindo obrigações entre si visando a realização de objetivos de interesse comum. Nos termos do artigo 9º do Decreto nº 6.017/07, o consórcio público poderá:

- I – firmar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza, receber auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas;
- II – ser contratado pela administração direta ou indireta dos entes da Federação consorciados, dispensada a licitação; e
- III – caso constituído sob a forma de associação pública, ou mediante previsão em contrato de programa, promover desapropriações ou instituir servidões nos termos de declaração de utilidade ou necessidade pública, ou de interesse social.

Esse instrumento foi regulamentado pela Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005 (Lei de Consórcios Públicos – LCP), que dispõe sobre normas gerais para a constituição de consórcios públicos e gestão associada de serviços públicos prevista no art. 241 da Constituição Federal (Emenda Constitucional nº. 19, de 1998).

Art. 241

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

A constituição de um consórcio público deve seguir etapas bem definidas para que o mesmo possa ter segurança jurídica e funcione de forma articulada entre os membros consorciados. Devem existir, previamente, estudos detalhados sobre a viabilidade financeira do consórcio para que assim os membros usufruam de maiores benefícios. Apresentando-se viabilidade para o mesmo e vontade dos partícipes para realizar suas tarefas constitucionais e gerir seus próprios serviços, de maneira a alcançar o desenvolvimento de sua população, os entes federados deverão elaborar e assinar o Protocolo de Intenções do consórcio, que é um dos principais documentos na constituição do consórcio, pois por meio dele são estabelecidas as condições para seu funcionamento, possuindo conteúdo mínimo, que deve obedecer ao que está previsto na Lei de Consórcios Públicos e na sua regulamentação.

A etapa seguinte deve ser a ratificação do Protocolo de Intenções; esta se efetua por meio de lei, em que o Poder Legislativo de cada ente consorciado aprova o protocolo de intenções, que se transformará em lei que irá reger o consórcio público. O protocolo

de intenções, após a ratificação, converte-se no contrato de constituição do consórcio público.

Após as etapas anteriores, deve ser convocada a assembleia geral do consórcio público, que decidirá sobre seu Estatuto, que tem por finalidade dispor sobre a organização do consórcio, a estrutura administrativa, os cargos, as funções, atribuições e competências, forma de eleição, de organização e demais regras para sua funcionalidade. O Estatuto deve ser aprovado pela Assembleia Geral e publicado na Imprensa Oficial, no âmbito de cada ente consorciado, para que possa produzir seus efeitos.

A lei possibilita a constituição de consórcios como órgão autárquico, integrante da administração pública de cada município associado, contratado entre os entes federados associados. A lei institui o contrato de consórcio celebrado entre os entes consorciados que contêm todas as regras da associação. O contrato de rateio para transferência de recursos dos consorciados ao consórcio. O contrato de programa regula a delegação da prestação dos serviços públicos de um ente da federação para o outro, entre entes e o consórcio público.

O consórcio criado na região do Cariri objetivou a gestão associada dos resíduos sólidos através da construção do Aterro Sanitário Regional. Atualmente, os resíduos são dispostos de forma irregular, causando danos ao ar, ao solo, ao lençol freático, aos rios e mananciais, à flora, à fauna e, principalmente, à saúde humana, além de atrair insetos, roedores, etc. O vazadouro a céu aberto é comumente utilizado nos municípios, existem locais que possuem mais de um lixão, tendo sido um dos maiores problemas enfrentados pelas prefeituras.

O aterro sanitário é a forma de disposição do lixo mais adequada e econômica. A escolha do local deverá ser submetida ao estudo de impacto ambiental (EIA/RIMA) para constatar a viabi-

lidade da implantação do aterro. Todas as alternativas devem ser analisadas para evitar ao máximo o impacto ambiental.

Segundo Sirvinskas (2012), a implantação do aterro deverá observar os seguintes requisitos: a) área deverá ser totalmente impermeabilizada para proteger o solo e o subsolo; b) o lixo depositado será coberto por uma camada de terra no final, impedindo a proliferação de roedores, insetos e urubus; c) serão realizados estudos sobre os ventos para evitar a emanção dos odores do aterro à vizinhança; d) os gases (gás metano) serão queimados por meio de queimadores próprios; e) o chorume (líquido proveniente da decomposição dos resíduos do lixo) deverá ser tratado em estações de esgoto.

Este foi um dos 30 consórcios concebidos em 2006 pelo Governo Estadual, através da Secretaria das Cidades anterior à Política Nacional dos Resíduos Sólidos, no intuito de fazer gestão dos resíduos sólidos somente para transbordo e disposição dos resíduos nos aterros. O planejamento adotou um modelo básico de implantação de consórcios intermunicipais, onde os investimentos concentraram-se no aterro sanitário, prevendo ainda a necessidade de investimentos em estruturas adicionais de apoio, como estações de transbordo. A visão técnica era de que o consorciamento se daria na etapa de disposição final dos resíduos. Até hoje, estes aterros sanitários consorciados não foram efetivamente implantados e alguns deles ainda estão em fase de elaboração de seus projetos executivos.

O modelo adotado traz como responsabilidade do município a coleta regular e seletiva dos resíduos e seu transporte até a estação de transferência (transbordo) e para o consórcio recai o transporte destes resíduos do transbordo ao aterro, além da operação e manutenção destes. Devido à inviabilidade de implantação de aterro em cada município, o estado foi dividido em 30 regiões para construção de aterros sanitários.

Em 2010, a Política Nacional dos Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305/10) trouxe uma concepção avançada, ou seja, uma visão sustentável em relação à gestão dos resíduos, definindo prioridades para gerenciamento dos resíduos, pela ordem: não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento e disposição final adequada dos rejeitos. Define atribuições entre a União, os estados e os municípios; responsabilidades entre o setor público, o setor empresarial e a coletividade, por meio do instituto da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto; obriga a instituição de sistema de logística reversa; institui os planos de resíduos sólidos; proíbe o lançamento de resíduos sem tratamento em aterros sanitários, que devem receber apenas rejeitos; estabelece o aterro sanitário como a solução tecnológica para disposição final adequada dos rejeitos regulados por lei; incumbe aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios fornecer ao órgão federal responsável pela coordenação do Sistema Nacional de Informações sobre a Gestão dos Resíduos Sólidos (SINIR) todas as informações necessárias sobre os resíduos sob sua esfera de competência, na forma e periodicidade estabelecidas em regulamento.

A política nacional definiu o foco na destinação ambientalmente adequada, ficando a disposição final um equipamento secundário na matriz tecnológica da gestão e do gerenciamento dos resíduos. Assim, a hierarquia das ações passou a ampliar o pensamento em relação a não somente aterrar, mas a reciclar, não gerar, reutilizar, passando o aterro sanitário a ser um equipamento secundário.

Com base na Política Nacional dos Resíduos Sólidos, o Ministério do Meio Ambiente (MMA) em 2011, através de convênio, financiou um estudo de regionalização¹³⁸ para o Estado do Ceará no

138 Estudo de regionalização consiste na identificação de arranjos territoriais entre os municípios, contíguos ou não, com o objetivo de compartilhar serviços ou atividades de interesse comum, permitindo maximizar recursos humanos, de infraestrutura e financeiros existentes em cada um deles, de modo a gerar economia de escala.

intuito de adaptar a concepção do estado, baseada em 30 consórcios, ao novo marco regulatório. Neste contexto, a regionalização busca agregar mais escala à gestão e ao gerenciamento dos serviços, pelo compartilhamento de serviços, atividades comuns, maximização de recursos humanos e financeiros, e de infraestruturas.

O consórcio Comares foi constituído para tornar o aterro sanitário regional o instrumento principal da gestão associada, ou seja, tudo girava em torno do aterro. A Política Nacional dos Resíduos Sólidos veio retificar esta visão, passando o aterro sanitário de instrumento principal para secundário, tornando-se um dos equipamentos necessários para gestão dos resíduos.

Em relação aos requisitos de constituição de consórcios públicos trazidos pela Lei nº 11.107/2005, estão o protocolo de intenção, o contrato de programa e o contrato de rateio. O Comares atendeu à legislação em todos os aspectos, embora tenha sido criado numa visão não sustentável.

Até o presente momento, ainda não foi possível utilizar indicadores de sustentabilidade para avaliar se o aterro sanitário consorciado da região irá trazer benefícios socioambientais, pois os mesmos se encontram em fase de elaboração do projeto executivo.

O projeto prevê a construção de um aterro sanitário e um centro de triagem de materiais recicláveis no município de Caririçu, bem como cinco estações de transferência de resíduo sólidos, que deverão ser implantadas nos municípios de Nova Olinda, Farias Brito, Crato, Barbalha e Jardim. Estas instalações serão construídas por meio de consórcio, a fim de minimizar os custos decorrentes do tratamento dos resíduos sólidos gerados por esses municípios, além de garantir a efetiva aplicação desse sistema.

Após inúmeras discussões com os gestores públicos locais e técnicos contratados, a área definida para construção do Aterro Sanitário do Cariri está localizada na zona rural de Caririçu, nas

proximidades do sítio Riachão, e limita-se com o município de Juazeiro do Norte, distando aproximadamente 18km do centro urbano deste município e 10km do centro urbano de Caririáçu.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No estado do Ceará, as iniciativas individuais de destinar os resíduos para aterros não prosperaram, acabando por transformá-los em lixões com agressão direta ao meio ambiente e a saúde da população. Tal agressão vem sendo cobrada diariamente pelos órgãos de controle e ambientalistas com a imposição de pesadas multas, onerando cada vez mais os municípios.

Com base nos questionários levantados, foi possível diagnosticar os principais problemas ambientais enfrentados pela região, onde a maioria dos municípios tem o lixão como destino final dos resíduos sólidos, sendo necessária e urgente a concepção de consórcio público para a gestão integrada e de forma sustentável.

Este é um desafio não só local, mas de todo o país, já que com base nesse novo marco regulatório os municípios são responsáveis por alcançar a universalização dos serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, que devem ser prestados com eficiência para evitar danos à saúde pública e proteger o meio ambiente, considerando a capacidade de pagamento dos usuários e a adoção de soluções progressivas, articuladas, planejada e fiscalizadas, com a participação e controle social.

Os resultados apontam que a constituição de consórcios públicos para a gestão dos resíduos sólidos no Ceará tem sido bem aceita por parte dos gestores públicos municipais, uma vez que grande maioria destes relatou que é incapaz de fazer uma ges-

tão economicamente viável e ambientalmente correta se atuarem de forma isolada.

Ainda, foram identificados que a constituição de consórcios públicos para a gestão integrada de resíduos sólidos é uma das soluções mais apropriadas para o caso dos municipais cearenses, desde que atendam ao estudo de regionalização, uma vez que todos os municípios pesquisados relataram ser inviável economicamente a gestão individualizada, além de aumentar o passivo ambiental se atuarem de forma isolada.

Os líderes políticos têm papel fundamental na implantação, continuidade e sucesso na gestão de consórcios, uma vez que estes passam a mudar seu comportamento competitivo por atitudes cooperativas, através de busca por soluções conjuntas e o aproveitamento de oportunidades comuns aos partícipes.

A constituição do consórcio público intermunicipal Comares, formado entre os dez municípios que compõem a Região Metropolitana do Cariri, possibilitará economia financeira, gerando empregos e renda, além da diminuição dos passivos ambientais na região em estudo, trazendo uma melhoria na qualidade de vida da população atendida pelo mesmo.

REFERÊNCIAS

ABRELPE, Panorama de Resíduos Sólidos no Brasil 2011. Disponível em: <www.abrelpe.org.br>. Acesso em: 9 out.2012.

ACEVEDO, Cláudia Rosa; NOHARA, Jouliana Jordan. **Monografia no curso de administração**: guia completo de conteúdo e forma. 3. ed. São Paulo: Atlas 2009.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Lei Complementar Federal 101/2000** de 4 de maio de 2000, estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal.

BRASIL. **Lei Federal 8.666/1993** de 21 de junho de 1993, institui normas para licitação e contratos da Administração Pública.

BRASIL. **Lei Federal 6.938/81** de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente.

BRASIL. **Lei Federal 9.605/98** de 12 de fevereiro de 1998, dispõe sobre os crimes ambientais.

BRASIL. **Lei Federal 11.445/2007** de 5 de janeiro de 2007, estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico.

BRASIL. **Lei Federal 11.107/2005** de 6 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos.

BRASIL. **Lei Federal 12.305/2010** de 2 de agosto de 2010, institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos.

BRASIL. **Decreto 6.017/2007** de 17 de janeiro de 2007, que regulamenta a Lei nº 11.107/05, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos.

CEARÁ (2009). Secretaria das Cidades. Governo do Estado do Ceará. Estudo de trânsito e transporte para o aglomerado urbano do crajubar (crato, juazeiro do norte e barbalha). Produto 3, volume 1. Fortaleza, p. 236.

CEARÁ. 2001. Lei 13.103 de 24 de Janeiro de 2001. Dispõe sobre a Política Estadual de Resíduos Sólidos do Estado do Ceará. Disponível em: <<http://www.al.ce.gov.br>>. Acesso em 6 set. 2012.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa nacional de saneamento básico**. Rio de Janeiro: IBGE, 2008. 219 p.

PEREIRA NETO, João Tinoco. Quanto vale nosso lixo. Projeto verde vale, **IEF/UNICEF**. Viçosa, 1999. Disponível em: <http://www6.ufrgs.br/seerparaonde/ojs/artigos/Edicoes_anteriores/revista_n06.pdf>. Acesso em: 12 set. 2012.

PHILIPPI JR, a.; GALVÃO JR, A. C. (Org.). **Gestão do saneamento básico** – abastecimento de água e esgotamento sanitário. São Paulo: Manole, 2012. v. 1. 1153p

RABELO, E. **Plano de Gerenciamento Integrado de Resíduos Sólidos do Município de João Monlevade** – preservação, pioneirismo e inclusão social. Belo Horizonte: Fundação Estadual do Meio Ambiente – FEAM, 2008.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIBERDADE DE CÁTEDRA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: ALCANCE E LIMITES DA AUTONOMIA DOCENTE

*Horácio Wanderlei Rodrigues
Andréa de Almeida Leite Marocco*

*Liberdade – essa palavra, que o sonho humano alimenta: que não há ninguém que explique, e ninguém que não entenda!*¹³⁹
Cecília Meireles (1965, p. 70).

INTRODUÇÃO

É muito comum ouvir falar sobre a liberdade de cátedra, em especial entre os professores dos cursos de Direito. Muitos entendem, equivocadamente, que ela atribui a plena liberdade do professor no direcionamento das disciplinas e matérias pelas quais é responsável.

Este artigo caminha em outro sentido: destaca o direito à educação e a necessidade de compatibilizar liberdade de ensinar e liberdade de aprender.

Inicia mostrando o direito à educação como direito fundamental. Segue-se situando a liberdade de ensinar no âmbito da Constituição Federal. Posteriormente, é analisada a liberdade de cátedra e sua relação com a liberdade de aprender, também garantida constitucionalmente. Finalmente, trata-se do contexto institucional no qual o docente exerce sua função, relacionando liberdade de cátedra e planejamento educacional.

139 Este trecho remete-nos a perceber que muitas vezes os livros não recebem seus direitos de liberdade ante a uma ação anterior, que a nega, antes mesmo de a, de fato, conceder. “Liberdade ainda que tarde, ouve-se em redor da mesa. E a bandeira já está viva, e sobe, na noite imensa. E os seus tristes inventores já são réus — pois se atreveram a falar em Liberdade.” (MEIRELES, 1965, p. 70)

1. O DIREITO À EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A educação é direito fundamental¹⁴⁰ previsto no artigo 6º da Constituição Federal, ou seja, inserido dentre os direitos sociais. Segundo o artigo 205, *in verbis*:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

O texto constitucional demonstra que o poder constituinte estabeleceu a educação não como um fim em si mesmo, mas como um meio para que os cidadãos se desenvolvam como pessoas, exerçam de fato sua cidadania, bem como qualifiquem-se para o trabalho.¹⁴¹

O direito à educação, no âmbito da Constituição Federal de 1988, deve ser percebido como um instrumento republicano de inclusão social. A amplitude e a forma pela qual ocorre a inscrição deste direito no texto constitucional brasileiro, conforme pode ser visto nos dispositivos transcritos, demonstra o valor que se atribui

140 Sobre o direito à educação ver: RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Direito à educação: acesso, permanência e desligamento de alunos do ensino superior. **Sequência**, Florianópolis, CPGD/UFSC, a. XXVI, n. 52, p. 201-216, jul. 2006. Disponível em: <<http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15207/13832>>.

141 No mesmo sentido é a previsão infraconstitucional contida no artigo 2º da Lei nº 9.394/1996 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) –, nos seguintes termos:

“Art. 2º. A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

E, segundo o artigo 1º dessa mesma Lei:

“Art. 1º. A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.”

à educação: um direito fundamental, assegurado a todos os brasileiros, de forma indiscriminada e universal.

José Afonso da Silva (2010, p. 314), discorrendo acerca dos artigos 205 e 227 da Constituição Federal de 1988, salienta a necessidade de que o Estado amplie cada vez mais a garantia constitucional de acesso ao ensino, oportunizando a todos a possibilidade de exercê-lo em grau de igualdade, bem como de que esse direito passe a ser interpretado como pleno e efetivo, reconhecendo “que é direito plenamente eficaz e de aplicabilidade imediata, isto é, exigível judicialmente, se não for prestado espontaneamente”.

Já de acordo com Ana Paula de Barcellos (2011, p. 610), “a referência genérica a um direito à educação, não é, a rigor, precisa e dificulta um maior aprofundamento do tema.” Isto ocorre mesmo quando há um desdobramento em direitos mais específicos, de modo a expressar os serviços a serem prestados pelo Poder Público.¹⁴² Para a mesma autora, há ainda:

[...] farta evidência demonstrando o papel desempenhado pela educação [...] no desenvolvimento da pessoa, no seu preparo para a cidadania e em sua qualificação para o trabalho. A decisão consciente a respeito do voto em cada eleição, a informação acerca dos direitos mais elementares — e, g, direitos do consumidor, e até mesmo o direito de ação — acesso ao mercado produtivo, tudo isso depende hoje, em larga medida, da educação formal. (2011, p. 615-616).

É necessário estabelecer que o real significado de direito à educação, à luz da Constituição Federal de 1988, apenas se concretiza com

¹⁴² Segundo Barcellos (2011, p. 634), “Boa parte das decisões do STF que menciona os direitos à educação enfrenta, na realidade conflitos federativos, não abordando o direito sob a perspectiva do cidadão. [...] De acordo com esta autora, os números, “embora poucos e desorganizados, permitem apurar que mais de 20% da população adulta é analfabeta funcional, que metade dos jovens frequenta o ensino médio e que apenas 32% das crianças e adolescentes portadores de deficiência recebem algum tipo de atendimento educacional [...]”.

o oferecimento de uma educação republicana, includente e transformadora, impondo, às práticas pedagógicas, o uso de estratégias que vão ao encontro de tais finalidades (SANTOS; MORAIS; 2007, p. 38).

2. A LIBERDADE DE ENSINAR NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

De acordo com José Afonso da Silva (2010, p. 234), o texto constitucional, com base no artigo 5º, indica a possibilidade de liberdade¹⁴³ em sentido amplo, mas com certos limites. Nesse vértice, permite que se compreenda que não se pode entender a liberdade como um direito desprovido de limites, visto que estes lhe podem ser interpostos a fim de que se promova a ordem e garanta o bem-estar social.

O texto constitucional [...] prevê a liberdade de fazer, a liberdade de atuar ou liberdade de agir como princípio. Vale dizer, o princípio é o de que todos têm a liberdade de fazer e de não fazer o que bem entenderem, salvo quando a lei determine o contrário. A extensão dessa liberdade fica, ainda, na dependência do que se entende por lei. [...]. Desde que a lei, que obrigue a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa, seja legítima, isto é, provenha de um legislativo formado mediante consentimento popular e seja formada segundo processo estabelecido em constituição emanada também da soberania do povo, a liberdade não

143 Silva (2010, p. 235) elenca, com base no direito constitucional positivo, cinco grandes grupos de liberdades:

- “(1) Liberdade da pessoa física (liberdades de locomoção, de circulação);
- (2) Liberdade de pensamento, com todas as suas liberdades (opinião, religião, informação, artística, comunicação do conhecimento);
- (3) Liberdade de expressão coletiva em suas várias formas (de reunião, de associação);
- (4) Liberdade de ação profissional (livre escolha e de exercício de trabalho, ofício, profissão);
- (5) Liberdade de conteúdo econômico e social (liberdade econômica, livre iniciativa, liberdade de comércio, liberdade ou autonomia contratual, liberdade de ensino e liberdade de trabalho [...]).”

será prejudicada. Nesse caso, os limites opostos pela lei, são legítimos. (SILVA, 2010, p. 236).

No que diz respeito especificamente à liberdade de ensinar, a Constituição brasileira trata dessa matéria no âmbito do direito à educação, mais especificamente no título VIII, capítulo III, seção I, artigos 206, 207 e 209.

É o artigo 206 da Constituição Federal que traz no seu bojo os princípios gerais segundo os quais o processo educacional deve ser desenvolvido, sendo que para os fins deste texto guardam importância em especial os incisos II e III:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:¹⁴⁴

[...];

II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III – pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

[...]. (BRASIL, 1988).

Esses princípios transcritos — liberdade de ensinar, liberdade de aprender e pluralismo pedagógico — estão diretamente ligados ao objeto específico deste artigo. Deles não trataremos agora, mas sim na próxima seção deste trabalho.

Já da leitura do artigo 207 da Constituição Federal é possível observar a garantia da autonomia universitária e a consagração da vinculação entre ensino, pesquisa e extensão:

144 A Lei nº 9.394/1996 (LDB), em seu artigo 3º, reafirma essas liberdades garantidas pela Constituição, e mesmo as amplia:

Art. 3º. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

[...];

II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber;

III – pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas;

IV – respeito à liberdade e apreço à tolerância;

[...].

Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

Para Rossato (1998, p. 139):

A universidade é uma comunidade de pesquisadores que gozam de liberdade acadêmica, rejeitando, portanto, o controle ou a cooptação; os professores gozam de liberdade de expressão, sem censura política no exercício do ensino. A universidade tem autonomias pedagógica, administrativa e financeira.

De acordo com Durham (1989, p. 3):

A nova Constituição brasileira consagrou de forma inequívoca o princípio da autonomia universitária. Reconhecido o princípio, é necessário agora definir a sua aplicação, dirimir as dúvidas sobre possíveis contradições com outras disposições contidas na Constituição e, principalmente, propor as modificações necessárias nas Leis e nas práticas existentes de forma a assegurar a plena vigência do preceito constitucional. Esta tarefa exige compreensão do fundamento dessa autonomia e dos princípios que a legitimam, os quais determinam a extensão que ela deve assumir.

Por autonomia se entende, de modo geral, a capacidade de reger-se por leis próprias. [...] Quando se trata de uma instituição específica do Estado ou da Sociedade Civil, entretanto, a autonomia não confere uma liberdade absoluta. Instituições existem, são criadas e reconhecidas socialmente para preencherem funções sociais específicas e são estas que as legitimam. A autonomia de que gozam é restrita ao exercício de suas atribuições e não tem como referência o seu próprio benefício mas uma finalidade outra, que diz respeito à sociedade. [...] Podemos então afirmar que a uni-

versidade goza de autonomia para executar essas atividades que lhe são próprias, e que não são realizadas para seu exclusivo interesse, mas constituem um serviço que presta à sociedade.

Durham (1989, p. 9) explicita a necessidade de, para que ocorra a liberdade didática, a Universidade estabelecer, preliminarmente, o conhecimento que terá como relevante, selecionando os alunos, estabelecendo os cursos a serem desenvolvidos, promovendo a avaliação que lhes permita adquirir títulos, de acordo com o saber adquirido. Entretanto, para esta autora, “no Brasil, o Estado tem sempre interferido excessivamente nessa área”, quer seja pela fixação de currículos mínimos, pelo controle na abertura de novos cursos, com a justificativa de zelar pela qualidade de ensino, visto que, ante a ineficácia verificada no contexto atual quanto a tal, isso não se justifica.

O outro dispositivo que diz respeito à liberdade de ensino é o artigo 209 da Constituição Federal de 1988:

Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

I – cumprimento das normas gerais da educação nacional;

II – autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

Embora este dispositivo faça referência expressa às instituições privadas, as condições que contém são também obrigatórias para as instituições públicas; esta última é implícita, pois é necessário considerar que o que o Estado exige da iniciativa privada no âmbito educacional é equivalente ao que ele exige de si mesmo, tendo em vista que a educação possui natureza pública.

Sendo as instituições de ensino obrigadas a cumprir as normas gerais da educação nacional e impondo essas normas a elabora-

ção dos PDIs, PPIs e PPCs, bem como o cumprimento de diretrizes curriculares editadas pelo CNE, seus professores também têm sua liberdade de ensinar limitada por essas normas, planos e diretrizes.

A liberdade de ensinar, neste viés, garante às instituições de ensino que, cumpridas as normas gerais da educação e as diretrizes curriculares, possam livremente construir seus projetos pedagógicos, estando, entretanto, submetidas a processos avaliativos por parte do poder público. E, neste sentido, também os critérios adotados para aferir a qualidade vinculam tanto as instituições como seus docentes.¹⁴⁵

Segundo Cadermardori (2006, p. 153), a despeito da aparente clareza dos mandamentos constitucionais (principalmente os artigos 206, 207 e 209), tanto no que se refere à liberdade de atuação da iniciativa privada quanto no que se refere à liberdade do pesquisador para ministrar e difundir o conhecimento sem amarras ideológicas ou religiosas, pode-se dizer que é quanto à abrangência desta segunda diretriz que se desenvolve um importante debate sobre a autonomia universitária. A ideia de autonomia universitária não se confunde com poderes ilimitados, soberania ou independência em face dos mecanismos de controle estatais. Também a autonomia didático-científica não se confunde com as formas de liberdade vigiada.

Para Cadermartori (2006, p. 163-164), o sentido que deve ser concebido dentro da noção de autonomia didático-científica das instituições de ensino superior não pode ser confundido com o de

145 Sobre a liberdade de ensinar das Instituições de Ensino Superior (IES), ver: RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Liberdade de ensinar no Direito Educacional brasileiro: limites legais à manifestação da OAB. Anuário da ABEDI, a. 2, n. 2, p. 181-197, 2004. RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Controle público da educação e liberdade de ensinar na Constituição Federal de 1988. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga. (Coord.). Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Professor J.J. Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006. RODRIGUES, Horácio Wanderlei. O direito educacional brasileiro e o alcance da garantia constitucional da liberdade de ensinar. In: FERREIRA, Dâmares (coord.). Direito Educacional: temas educacionais contemporâneos. Curitiba: CRV, 2012. p. 135-148.

autonomia administrativa dos entes sob controle e fiscalização da Administração Direta. Já no plano eminentemente acadêmico, a autonomia universitária deverá ser consolidada através da liberdade de decisão sobre o conteúdo dos cursos, pesquisas e atividades de extensão.

Em conclusão, pode-se afirmar que a liberdade de ensinar aparece no texto constitucional como liberdade institucional e como liberdade docente. Em ambos os casos, ela é condicionada por um conjunto de outros princípios e garantias constitucionais e pela estrutura do sistema educacional brasileiro. Porém, em ambos os casos, ela é suficiente para garantir o pluralismo de ideias e abordagens pedagógicas e de expressão de posições e de convicções, mantendo assim sua finalidade. Ao mesmo tempo, as condições colocadas ao seu exercício impedem que de liberdade ela se transforme em arbitrariedade.

3. LIBERDADE DE CÁTEDRA *VERSUS* LIBERDADE DE APRENDER

Pode-se dizer que *liberdade de cátedra* é a denominação mais tradicional que se confere à atual liberdade de ensinar atribuída aos professores. Ela, conforme Moraes (2007, p. 786-787), “é um direito do professor, que poderá livremente exteriorizar seus ensinamentos aos alunos, sem qualquer ingerência administrativa, ressalvada, porém, a possibilidade da fixação do currículo escolar pelo órgão competente”. Segundo Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins (1998, p. 435):

A liberdade de ensino possibilita e garante um desenvolvimento amplo da ciência e da pesquisa no

país. Essa liberdade, frisamos, visa a exterminar qualquer tipo de autoritarismo e de manipulação que a educação possa sofrer. A liberdade de ensino pressupõe, antes de tudo, a idéia de que os professores podem trabalhar segundo suas convicções, não estando obrigados a ensinar o que os outros impõem.

Antes de adentrar em uma análise mais detida do tema, é interessante verificar como a liberdade de cátedra aparece historicamente dentro do nosso ordenamento jurídico. Foi a Constituição Federal de 1934 a primeira a prever textualmente a liberdade de cátedra, em seu artigo 155, de forma bastante objetiva: “Art. 155. É garantida a liberdade de cátedra”.

Em 1946, o texto constitucional a trouxe inserida dentre os princípios a serem adotados pela legislação de ensino, especificamente no inciso VII do artigo 168: “Art. 168. A legislação do ensino adotará os seguintes princípios: [...]; VII – *é garantida a liberdade de cátedra*” (grifo nosso).

Já o diploma constitucional do ano de 1967 situou a liberdade de cátedra no contexto mais amplo do direito à educação, inserindo-a no inciso VI do parágrafo 3º do artigo 168: “Art. 168. A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola; assegurada a igualdade de oportunidade, deve inspirar-se no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana. [...]. § 3º – A legislação do ensino adotará os seguintes princípios e normas: [...]; VI – *é garantida a liberdade de cátedra*.” (grifo nosso).

Na Constituição de 1988, a liberdade de cátedra não possui previsão expressa. Pode, entretanto, ser vista como espécie do gênero liberdade de expressão do pensamento, previsto no artigo 5º, inciso IX da Constituição Federal, que declara ser livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

A liberdade de pensamento, segundo Lima (1998, p. 323-324), é algo que nos distingue enquanto seres humanos, pois permite-nos expressar ideias das mais diversas naturezas e, por meio da razão, expressá-las ao exterior. Essa liberdade permite a produção intelectual, bem como que se instaure um processo de ensino/aprendizagem, que poderá ser difundido pelos mais diversos meios de comunicação.

É possível visualizá-la também dentro do artigo 206, que dispõe acerca dos princípios orientadores do ensino e da liberdade de transmissão e recepção do conhecimento, de forma mais direta nos incisos II e III, nos quais estão contidos a liberdade de ensinar, a liberdade de aprender, o pluralismo de ideias e o pluralismo de concepções pedagógicas.

Esses princípios inseridos no texto do artigo 206 e seus incisos devem ser contextualizados no âmbito do direito maior, que é o direito à educação (artigo 6º da Constituição Federal). Uma educação que, de acordo com o texto constitucional, em seu artigo 205, garanta o “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Portanto, o exercício da liberdade de ensinar que não garanta esse direito do aluno extrapola os limites da autonomia universitária e institucional e também os limites da denominada liberdade de cátedra.

Nesse contexto normativo, a liberdade de ensinar é, de um lado, uma liberdade que divide espaço com a liberdade de aprender dos alunos e com as garantias mais amplas de pluralismo de ideias e de abordagens pedagógicas, integrando todas, o direito maior que é o direito à educação. É, por outro lado, também condicionada, visto se manifestar no âmbito de um conjunto amplo de normas, diretrizes e planejamentos, recebendo deles as condições exigidas para seu exercício.

Ou seja, o dispositivo constitucional possui a finalidade de garantir o pluralismo de ideias e concepções no âmbito do proces-

so de ensino-aprendizagem, em especial o universitário. Também busca garantir a autonomia didático-científica dos professores. Permite, nesse sentido, que os professores manifestem, com relação ao conteúdo sob sua responsabilidade, suas próprias convicções e pontos de vista, quando haja vários reconhecidos na área de conhecimento específica.

A liberdade de ensinar não protege, entretanto, as manifestações valorativas, ideológicas e religiosas que desrespeitem a liberdade de consciência dos alunos e que não possuam correlação com a matéria ensinada, bem como aquelas que professem preconceitos e discriminações vedadas pela nossa ordem constitucional e legal.

De outro lado, a liberdade de ensinar autoriza o professor a utilizar métodos, metodologias, estratégias e instrumentos à sua escolha, dentre aqueles legalmente e pedagogicamente autorizados e reconhecidos — (é o pluralismo de concepções pedagógicas presente no bojo do inciso III do artigo 206 da Constituição, anteriormente transcrito).¹⁴⁶ Neste contexto, além das escolhas mais propriamente ligadas à didática — tipo de aula e de atividades, recursos tecnológicos, etc. —, está também incluída a liberdade de escolha de textos e obras, desde que contenham o conteúdo a ser ministrado e, no seu conjunto, permitam o acesso ao pluralismo de ideias presente no campo específico do conhecimento, e que não contenham material que endosse preconceitos e discriminações.

Castro (2010, p. 437) exprime importante posicionamento, de que “a preparação educacional e cultural compatível com a afir-

146 Essa, entretanto, pode ser bastante limitada em situações em que o projeto pedagógico do curso contenha em si mesmo um modelo metodológico, como acontece na Aprendizagem Baseada em Problemas (ABP). Sobre a ABP em versão adaptada para os Cursos de Direito ver: RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Popper e o processo de ensino-aprendizagem pela resolução de problemas. *Revista Direito GV*, São Paulo, FGV, v. 6, n.1, jan.-jun. 2010, p.39-57. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322010000100003>>. Também: RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Pensando o Ensino do Direito no Século XXI*: diretrizes curriculares, projeto pedagógico e outras questões pertinentes. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

mação da personalidade e o exercício da plena cidadania” é fator preponderante na inserção de todos no âmbito do estado democrático de direito. De acordo com este autor, o direito em receber informações e formar opiniões permite a participação política, o pensamento crítico, a igualdade de condições.

Nesse sentido, importante ressaltar também a liberdade de aprender (do aluno) que na Constituição Federal de 1988 acompanha a liberdade de ensinar (do professor). Esse é um aspecto que precisa ser mais bem explorado. Donadeli e Gonçalves (2006) afirmam que:

O processo de formação escolar está ligado, intrinsecamente, à liberdade de aprender. Ao mesmo tempo em que se consagra a liberdade de ensinar, deve-se também garantir a liberdade de aprender, ou seja, ninguém pode ser forçado a aceitar certa opinião, pensamento ou doutrina, o que implica dizer que a discordância de idéias não pode afetar ou prejudicar o aluno dentro da escola. O professor deverá respeitar o posicionamento dos alunos de forma democrática e construtiva.

Tais liberdades de forma alguma podem ser entendidas ou compreendidas separadamente, tendo em vista que se trata de dois direitos e liberdades umbilicalmente ligados. Assim, para Donadeli e Gonçalves (2006):

A liberdade de ensinar não comporta a decisão unilateral de vontade, a imposição fere a democracia do ensino. O docente deve saber ouvir o aluno. Deve diagnosticar suas limitações ou desinteresse. A liberdade de ensinar não comporta a acomodação ou descompromisso com a aprendizagem. O docente que quer ser livre para ensinar e ser respeitado pelo aluno deve investir em sua formação e ampliação de seus conhecimentos. Muitos docentes apenas repetem conteúdos de um semestre para outro, imaginando estar

sempre com o mesmo grupo, desconsiderando que a cada grupo ou sala de alunos tem uma realidade e uma história peculiar, que deve ser considerada no aprendizado. Além do que as coisas mudam, evoluem, precisando ser atualizadas. A liberdade de ensinar não comporta na opção de dar qualquer aula, nem ensinar o que bem entender, mas o docente deve pesquisar e preparar a aula. A liberdade de ensinar não comporta desorganização, relaxamento ou irresponsabilidades. O ato de ensinar requer a seriedade em primeiro plano. As aulas devem ser dinâmicas, divertidas, objetivas, claras, de fácil entendimento, sempre buscando correlacionar a teoria com a vida cotidiana do aluno. A liberdade de ensinar não comporta o direito ao isolamento, nem a arrogância de se achar o dono supremo da verdade, mas o educador deve colocar-se numa posição de humildade e ter receptividade e acessibilidade aos alunos. O docente deve refletir sobre sua metodologia, sua didática, seus conhecimentos, sua relação com o aluno, corrigindo perenemente seus eventuais erros. A liberdade em ensinar não comporta desestímulo, e nem que o docente seja condescendente com o desinteresse do aluno e desista de incentivá-lo. O docente é o ponto referencial no aprendizado do aluno, se ele não estimular a curiosidade em aprender do aluno, quem fará? A liberdade de ensinar não comporta aplicação de avaliações com o fim único de prejudicar o aluno. As avaliações devem buscar auferir o máximo possível o grau de aprendizado do aluno, bem como, servir de indicativo para que o docente reavalie seu método de ensino.

A liberdade de ensinar não deve ser confundida com autoritarismo. O docente deve ter autoridade dentro da sala, mas isso não implica poder usar de meios que ferem o bom senso e a dignidade do aluno. A autoridade é uma forma de impor respeito sem ser rude ou grosseiro. O respeito não é algo que se impõe, mas que se conquista dia-a-dia, através de uma relação de confiança e afetividade.

O docente deve estabelecer as normas e discutir com os alunos, debatendo um compromisso ético, visando chegar a um ponto comum, bom para as duas partes, docente e discente.

Não se pode, portanto, tratar de forma separada os dois princípios constitucionais, tanto que o próprio texto constitucional optou por colocá-los dentro do mesmo inciso, o que reforça a ideia de que ambos devem ser sempre analisados conjuntamente, pois um não pode ser pensado sem o outro.

Se as liberdades de ensinar e de aprender fossem absolutas, uma anularia a outra. Como princípios constitucionais é necessário buscar sua harmonização, atribuindo-lhes interpretações que mantenham ambos e que permitam que o princípio central e originário, o direito à educação, ocorra de forma efetiva, plural e atingindo seus objetivos no campo da formação do aluno.

Ou seja, ao lado da liberdade de ensinar está, em patamar de igualdade, a igualdade de aprender, liberdade que pertence, na relação pedagógica, ao outro polo do processo de ensino-aprendizagem. Portanto, se de um lado a liberdade de ensinar autoriza o professor a expor suas próprias convicções e pontos de vista, a liberdade de aprender dos alunos impõe ao professor que também exponha as demais posições e teorias sobre o conteúdo específico, bem como seus fundamentos. Impõe também que, sendo teórica e cientificamente aceitas, as demais teorias e posições possam ser adotadas pelos alunos em detrimento daquela por ele esposada — do artigo 206 da Constituição Federal, onde estão situadas as liberdades de ensinar e aprender, constando expressamente, como princípio para que o ensino seja ministrado, o pluralismo de ideias.

Nesse sentido, a liberdade de cátedra não ampara as manifestações ideológicas que desrespeitem a liberdade de consciência dos alunos e que não tenham correlação com a matéria ensinada. Espera-se do professor que ele exponha todos os pontos de vista

— ou pelo menos os principais — de determinada matéria, à luz da legislação, da jurisprudência e dos diversos autores, propondo sempre uma perspectiva crítica; e se lhe garante a possibilidade de também expor livremente suas próprias posições e convicções sobre essa mesma matéria.

Portanto, respeitado o direito à educação, a liberdade de aprender do aluno e o pluralismo de ideias, a liberdade de ensinar garante ao professor, na perspectiva do exercício de sua atividade, a manifestação das suas posições e convicções, devendo, entretanto, propiciar aos seus alunos o acesso também às demais posições e teorias aceitas pela respectiva área do conhecimento.

José Afonso da Silva (2010, p. 255) equipara a liberdade de cátedra à comunicação, quer seja ela promovida pela radiodifusão, pelos livros ou por outro meio. Nesse sentido, especifica tal liberdade, denominando-a de “liberdade de transmissão e recepção do conhecimento”. Atribui ao direito de ensinar e aprender um caráter plural, outrora não tão amplo, haja vista que a liberdade de cátedra, restringia-se a tão somente alguns cargos do magistério. Segundo este autor:

A fórmula empregada agora é mais compreensiva porque se dirige a qualquer exercente de função do magistério, a professores de qualquer grau, dando-lhes liberdade de ensinar, e mais ainda, porque também abrange a outra face da transmissão do conhecimento, o outro lado da liberdade de ensinar, ou seja, a liberdade de aprender, assim como a liberdade de pesquisar (modo de aquisição do conhecimento) (SILVA, 2010, p. 256).

Para Bertrand Russell (1957):

A liberdade na educação tem muitos aspectos. Em primeiro de tudo, a liberdade de aprender ou não aprender. Depois a de escolher o que aprender. E na educação mais avançada, a liberdade de opinião. A

liberdade de aprender ou não só pode ser concedida parcialmente, na infância. É necessário ensinar a ler e escrever a todos que não sejam imbecis. Até onde é possível fazer isto pela simples criação da oportunidade, só a experiência pode demonstrar. [...] A liberdade de escolher o que aprender deveria existir mais do que na atualidade. Creio ser necessário agrupar os assuntos pelas suas afinidades naturais; há sérias desvantagens no sistema eletivo, que permitem ao jovem escolher matérias inteiramente desligadas. [...] Pertence ao passado a possibilidade de ser universalmente bem informado. [...] A liberdade de opinião, tanto de parte dos alunos como dos professores, é a mais importante das várias liberdades, e a única que não impõe limitações. Em vista de não existir, vale a pena recapitular alguns dos argumentos a seu favor. O argumento fundamental pró liberdade de opinião é a falibilidade de todas as nossas crenças. Se soubéssemos a verdade com certeza, algo se poderia dizer a favor do seu ensino. Mas nesse caso poderia ser ensinada sem invocar autoridade, por meio de sua razoabilidade inerente. [...] Quanto o Estado intervém para garantir o ensino duma doutrina, assim procede ‘porque não há prova’ conclusiva em favor dessa doutrina. O resultado é que o ensino não é legítimo, embora possa acontecer que seja verdadeiro.

Para Silva (2010, p. 256), existem duas dimensões do conhecimento, sendo uma subjetiva, da qual decorre a liberdade de transmissão pelo professor e a recepção do saber pelo aluno e outra, denominada pelo autor de objetiva, referindo-se à liberdade de escolher o que ensinar. Para ele, esta última ideia está diretamente ligada “à liberdade de crítica, de conteúdo, forma e técnica que lhe pareçam mais corretos”. Entretanto, como bem menciona, observa-se o engessamento muitas vezes interposto pelos currículos, pelos programas de ensino, por atos oficiais muitas vezes distantes da realidade acadêmica. Neste caso, a li-

berdade de cátedra resta prejudicada pelo cenário que se apresenta e pode representar uma grande perda, tanto para alunos quanto para professores.

Entretanto, se de um lado não se deve descuidar de situações em que o Estado, como meio de controle, passe a promover interferências indevidas, também é necessário não descuidar, por outro lado, das situações em que as instituições e os professores, em nome da liberdade de ensinar e da liberdade de cátedra, atinjam o direito à educação, a liberdade de aprender e todos os demais direitos e garantias inerentes ao estado democrático de direito e a uma sociedade plural em suas crenças, valores e ideologias.

Nesse contexto é importante destacar as observações de Paulo Freire (2000, p. 126-127) sobre a importante missão daquele que ensina:

[...] O que coloca à educadora ou ao educador democrático, consciente da impossibilidade da neutralidade da educação, é forjar em si um saber especial, que jamais deve abandonar, saber que motiva e sustenta a sua luta: se a educação não pode tudo, alguma coisa fundamental a educação pode. Se a educação não é a chave das transformações sociais, não é também simplesmente reprodutora da ideologia dominante. O que quero dizer é que a educação nem é uma força imbatível a serviço da transformação da sociedade, porque assim eu queria, nem tampouco é a perpetuação do 'status quo' porque o dominante o decreta. O educador e a educadora críticos não podem pensar que, a partir do curso que coordenam, ou do seminário que lideram podem transformar o país. Mas podem demonstrar que é possível mudar. E isto reforça nele ou nela a importância de sua tarefa político-pedagógica.

Importante salientar ainda que, em um contexto de muitas mudanças, a liberdade de escolha do que será ministrado exige do

professor a compreensão de que ensinar é muito mais que transmitir conhecimento, é também construí-lo.¹⁴⁷

Considerando tudo que foi exposto, é possível afirmar que a liberdade de cátedra corresponde à garantia da liberdade de ensinar atribuída aos professores devendo, entretanto, ser compreendida na sua relação com os demais princípios constitucionais, em especial os que dizem respeito à liberdade de aprender e ao pluralismo de ideias, e não de forma isolada.

A enunciação independente do termo liberdade de cátedra pode gerar uma ideia equivocada sobre seu alcance. A liberdade de cátedra — no sentido de liberdade de ensinar — deve ser associada a uma garantia, do professor, de sua liberdade de expressão da atividade intelectual e não, equivocadamente, como a plena liberdade no direcionamento das disciplinas e conteúdos sob sua responsabilidade.

É muito comum ouvir falar sobre a liberdade de cátedra, em especial entre os professores dos cursos de Direito. Muitos entendem, equivocadamente, que ela atribui plena liberdade do professor no direcionamento das disciplinas e matérias pelas quais é responsável.

A liberdade de cátedra, contemporaneamente, é indissociável do contexto constitucional de 1988: permite que os docentes expressem, com relação à matéria ensinada, suas próprias convicções e pontos de vista, mas não lhe permite sonegar aos estudantes as informações sobre as demais formas de compreender o mundo e, em especial, os conteúdos sob sua responsabilidade.

147 Sobre o que é necessário para ser professor ver: RODRIGUES, Horácio Wanderlei. O exercício do magistério superior e o direito educacional brasileiro. **Seqüência**, Florianópolis, UFSC, v. 30, n. 58, jul. 2009, p. 35-46. Disponível em: <<http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/14874/13606>>.

4. A LIBERDADE DE CÁTEDRA E O PLANEJAMENTO EDUCACIONAL

Para Bachelard (1977, p. 27), a fecundidade no ensino encontra-se na pluralidade de noções científicas, sendo que compreender passa a ser uma necessidade do saber, em que “o professor será aquele que faz *compreender* – e na cultura mais avançada em que o aluno já compreendeu – será ele quem fará *compreender melhor*”. Assim, dependerá do professor a verificação de que o aprendizado aconteceu.

Nesse sentido, o professor não deve ser o incentivador das facilidades, mas aquele que problematiza, perturbando o discente com seus ensinamentos, negando as aparências, despertando-o para a crítica. Para Bachelard (1977, p. 31-32):

Toda filosofia da cultura deve acolher a noção de níveis pedagógicos. Toda cultura é solidária com planos de estudos, com ciclo de estudos. A pessoa afeita à cultura científica é um eterno estudante. A escola é o modelo mais elevado de vida social. Continuar sendo estudante deve ser o voto secreto de todo professor. [...] A dialética do mestre e aluno invertem-se sempre. [...] Deus é um professor que gosta de pasmar seu aluno. Ele conserva um repertório de maravilhas para confundir o aluno presunçoso.

De acordo com Bittar (2006, p. 28-29), é necessário mudar o contexto de indiferença dos sujeitos que fazem parte do processo educacional, pois este não atinge os objetivos da educação plural:

Por isso, o cotidiano das disciplinas ensinadas nas faculdades, no lugar de produzir capacidade de autonomia produz, em seu conjunto o esvaziamento de ideais de vida (gerando em seu lugar o conformis-

mo), a formatação de mentalidades para a aceitação (a inaceitação é sempre mal recebida) o encapsulamento de vontade de libertação (gerando apatia), a castração da luta pela sempre presente exigência da pureza do conceito (criando a consciência da abstração e da nulidade da ação). Trata-se de um modelo de ensino que desestimula em todos os momentos, a dúvida — ela é mal vista, mal recebida e profundamente desloca — mas somente se torna bem vinda quando se trata de dúvida meramente ‘esclarecedora da matéria lecionada’.

Essa visão, porém, pode ser de fato alterada pela compreensão do valor da liberdade de transmitir o conhecimento e de receber saberes, bem como da possibilidade de construí-los, em uma perspectiva humanista.

Nesse sentido, o plano e o programa de ensino não devem ser planejamentos isolados que busquem realizar a satisfação pessoal do docente; eles devem ser planejamentos específicos de um momento do processo educacional e, como tal, devem estar efetivamente integrados no planejamento mais amplo da instituição e do curso. Neste sentido, o planejamento que serve para a disciplina de um curso pode não servir para a *mesma disciplina* em outro curso; o planejamento que serve para um grupo de alunos pode não servir para outro.¹⁴⁸

É importante destacar, considerando a importância das liberdades de ensinar e de aprender no âmbito do processo ensino-aprendizagem, que, em cada instituição de ensino, o professor deve, necessariamente, considerar quando do planejamento de suas atividades em uma determinada disciplina, suas especificidades e o contexto em que ela se encontra (curso, projeto pedagógico, etc.).

148 Sobre o planejamento educacional ver: RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Planejando atividades de ensino-aprendizagem para Cursos de Direito. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei; Edmundo Lima de Arruda Júnior (org.). **Educação jurídica: temas contemporâneos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. p. 253-268. Disponível em: <http://funjab.ufsc.br/wp/?page_id=1819>

Além disso, o planejamento da atividade docente deve partir de um diagnóstico da realidade que considere as necessidades e as expectativas dos alunos. Por isso, embora o professor deva comparecer no primeiro dia de aula já com seu plano de ensino, é fundamental conversar sobre ele com os alunos, escutá-los, refazendo, se necessário, o planejamento inicial.

Quando as ações docentes são planejadas, evita-se a improvisação e se garante, através da utilização de estratégias adequadas, uma maior probabilidade de atingir os objetivos propostos. Também se utiliza melhor o tempo, se consome menos energia e se realiza o trabalho com maior segurança.

O planejamento também inibe o improviso, garantindo de forma mais eficaz as liberdades de ensinar e de aprender e, em especial, garantindo aquele que é o principal direito em matéria educacional na Constituição Federal de 1988, qual seja, o próprio direito à educação.

CONCLUSÃO

Consideradas todas as questões expostas neste artigo, é possível afirmar que a liberdade de ensinar é uma garantia constitucional de duplo direcionamento:

- a) garante a liberdade de ensinar às instituições de ensino, que cumpridas as normas gerais da educação e as diretrizes curriculares, podem livremente construir seus projetos pedagógicos;
- b) garante a liberdade de ensinar do professor, que:
 - no âmbito do conteúdo da disciplina que está sob sua responsabilidade, mesmo no contexto de um projeto pedagógico específico, mantém o espaço de manifes-

tação das suas posições e convicções, devendo entretanto, em respeito ao direito à educação, à liberdade de aprender do aluno e ao pluralismo de ideias, também propiciar aos discentes o acesso às demais posições e teorias aceitas pela respectiva área do conhecimento; ou seja, o docente possui liberdade de ensinar, mas possui também o compromisso de cumprir o conteúdo programático definido para a disciplina ou módulo e de propiciar aos alunos acesso à pluralidade de posições existentes sobre o tema sob sua responsabilidade pedagógica; e

- no âmbito didático-pedagógico, mantém autonomia de escolha, respeitada a necessária adequação entre meio e fim.

É nesse segundo sentido, da liberdade de ensinar do professor, que pode ser identificada a liberdade de cátedra, liberdade essa que não é, entretanto, absoluta, precisando ser compatibilizada com um conjunto de outros princípios e garantias constitucionais, em especial a liberdade de aprender e o pluralismo de ideias.

REFERÊNCIAS

BACHELARD, Gaston. **O racionalismo aplicado**. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.

BARCELLOS, Ana Paula de. O direito à educação e o STF. In: SALERT, Ingo Wolfgang. SARMENTO, Daniel (Coord.) **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 609-633

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1998. 8 v.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 ago. 2013.

_____. Congresso Nacional. Lei n.º 9.394/1996. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm>. Acesso em: 15 ago. 2013.

CADERMATORI, Luiz Henrique Urquhart. A liberdade de cátedra universitária face à interpretação do conceito de autonomia-didático científica: uma abordagem jurídico-administrativa. In: DINIZ, Débora; BUGLIONE, Samantha, RIOS, Roger Raupp. **Entre a dúvida e o dogma: liberdade de cátedra e universidades confessionais**. Brasília: Letras Livres; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituinte aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DONADELI, Paulo Henrique Miotto; GONÇALVES, Viviane. **Liberdade de ensinar do docente no ensino superior**. Disponível em: <<http://port.pravda.ru/sociedade/cultura/13-07-2006/11952-ensino-0/>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

DURHAM, Eunice Ribeiro. **A autonomia universitária: o princípio constitucional e suas implicações**. NUPES – Núcleo de Pesquisas sobre Ensino Superior Universidade de São Paulo e Departamento de Antropologia – FFLCH, disponível em <<http://nupps.usp.br/downloads/docs/dt8909.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2013.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**. Saberes necessários à prática educativa. 16. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

LIMA, António Sebastião de. **Teoria do Estado e da Constituição**: fundamentos de direito positivo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1998.

MEIRELES, Cecília. **Romanceiro da Inconfidência**, Rio de Janeiro: Editora Letras e Artes -, 1965. Disponível em <http://www.releituras.com/cmeireles_romanceiro.asp>. Acesso em 22 set. 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Pensando o ensino do Direito no século XXI**: diretrizes curriculares, projeto pedagógico e outras questões pertinentes. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

_____. **Liberdade de ensinar no Direito Educacional brasileiro**: limites legais à manifestação da OAB. Anuário da ABEDi, a. 2, n. 2, p. 181-197, 2004.

_____. Direito à educação: acesso, permanência e desligamento de alunos do ensino superior. **Seqüência**, Florianópolis, CPGD/UFSC, a. XXVI, n. 52, p. 201-216, jul. 2006. Disponível em: <<http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15207/13832>>.

_____. Controle público da educação e liberdade de ensinar na Constituição Federal de 1988. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga. (Coord.). **Constituição e Democracia**: estudos em homenagem ao Professor J.J. Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. O exercício do magistério superior e o direito educacional brasileiro. **Seqüência**, Florianópolis, UFSC, v. 30, n. 58, jul. 2009, p. 35-46. Disponível em: <<http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/14874/13606>>.

_____. Popper e o processo de ensino-aprendizagem pela resolução de problemas. **Revista Direito GV**, São Paulo, FGV, v. 6, n.1, jan.-jun. 2010, p.39-57. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322010000100003>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

_____. O direito educacional brasileiro e o alcance da garantia constitucional da liberdade de ensinar. In: FERREIRA, Dâmares (coord.). **Direito Educacional: temas educacionais contemporâneos**. Curitiba: CRV, 2012. p. 135-148.

ROSSATO, R. **Universidade: nove séculos de história**. Passo Fundo: EDIUPF, 1998.

RUSSELL, Bertrand. **Ensaio cético**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1957. Trecho disponível em: <http://criticanarede.com/ens_russell.html>. Acesso em 22 set. 2013.

SANTOS, André Leonardo Copetti; MORAIS, José Luis Bolzan de. **O ensino jurídico e a formação do bacharel em Direito: diretrizes político-pedagógicas do curso de Direito da UNISINOS**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

PRECEDENTES JUDICIAIS: SEGURANÇA JURÍDICA OU IMOBILIZAÇÃO DO SISTEMA?

Ruy Alves Henriques Filho
Thaiz Singer Correia da Silva

INTRODUÇÃO

A velocidade vertiginosa e constante da dinâmica social naturalmente se reflete no cenário jurídico. Com a função de garantir a pacificação social, o Direito não pode permanecer inerte, devendo adequar-se e suprir as necessidades sociais. É neste contexto que surge a adoção da teoria dos precedentes judiciais como uma alternativa à crise de insegurança jurídica ora experimentada.

O ganho de liberdade do juiz do *civil law* provocou uma ruptura no sistema. A atuação não sistêmica e dessincronizada de nossos magistrados trouxe consigo a insegurança jurídica, abrindo ensejo à parcela renomada da doutrina em defesa dos precedentes judiciais vinculativos, típicos do *common law*, sugerindo-os como mecanismo de solução ao problema que se deflagra no *civil law*.

Contudo, remanesce a dúvida acerca do real objetivo dos precedentes, enquanto mecanismo de segurança jurídica, ou mesmo de engessamento da atuação jurisdicional. É sobre este ponto nodal que se debruça o presente trabalho.

1. O novo papel do juiz do *civil law*

O papel do magistrado e o exercício da magistratura sofreram grandes mutações ao longo do tempo, havendo um inicial distanciamento entre o papel exercido pelo juiz do *common law* e o

juiz do *civil law*. As tradições do *civil* e do *common law* são os dois grandes círculos que dão formato ao Direito Ocidental, tendo um berço comum e desenvolvimento que ao longo da história lhes deu contornos diferenciados.

No entanto, como se verá ao longo do presente estudo, hoje denota-se uma profunda aproximação entre ambas as tradições, com a constante absorção de institutos do *common law* pelo *civil law* e vice-versa. Destaca-se, nesta conjuntura, a absorção da teoria dos precedentes judiciais, originária do *common law*, pelo *civil law* com o objetivo de superar a crise da insegurança jurídica ora experimentada.

Historicamente, o *civil law* foi forjado na ideia de ruptura. A Revolução Francesa, além de destituir a monarquia, teve por cuidado ceifar quaisquer reminiscências do *ancien régime*, delimitando a atuação judicial à mera vontade do legislador, este representado pela burguesia revolucionária, enquanto aquele ainda representava os resquícios da monarquia e dos interesses absolutistas.

Após a Revolução Francesa, ao juiz foi atribuída a mera função de reproduzir o texto legislado, sendo-lhe vedado interpretar e adequar à lei diante do caso concreto. Não cabia ao magistrado exercer juízo de valor frente à norma, pouco importando se a lei era imoral ou injusta: ao juiz apenas atribuíam-se a função de aplicar a norma legislada ao caso concreto que lhe fosse apresentado. Daí inaugurou-se a Era das Codificações, a qual representou a um só tempo o rompimento com o Absolutismo, pois inaugurou a revolução, e a comunhão com o Direito Romano, confirmando a tradição da *civil law* quanto ao uso do direito escrito. (DRUMMOND; CROCETTI, 2010, p. 47).

Contudo, sabe-se que o motivo pelo qual os revolucionários elegeram o princípio da legalidade como base do Estado não era de cunho tão nobre quanto se pensava: o reinado absolutista

fora apenas substituído pelo absolutismo então operado pelos revolucionários, estabelecidos no Poder Legislativo, donde também se exercia o poder absoluto e descomprometido (HENRIQUES FILHO, 2008, p. 36).

Daí exsurgiu o Positivismo Jurídico, o qual concebia a lei como o produto da atividade legislativa e tendo por objetivo justamente a limitação do trabalho exercido pelo magistrado. Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier (2001, p. 16):

Não foi pequena a desconfiança dos legisladores franceses em relação aos juízes. Em decorrência disto, acabou-se restringindo a atividade jurisdicional — especialmente no que diz respeito à interpretação — a um âmbito estrito, pois que o juiz era tido como um ser inanimado e não deveria ser nada, além de ser a boca da lei. A Corte de Cassação francesa nasceu como órgão anexo ou auxiliar do Corps Legislatif.

Paralelamente, na Inglaterra, onde germinava o embrião do *common law*, o parlamento conteve rigidamente o absolutismo tendo como principal aliada a magistratura. Nesta oportunidade, coube aos juízes o resguardo das garantias dos direitos dos cidadãos em detrimento aos arbítrios do soberano. O juiz do *common law* sempre foi visto como um aliado (ARGUELLES; ROIG, 2003, p. 15), diferentemente do clima de desconfiança que ensejou na Revolução Francesa, deixando de sofrer as limitações impostas ao colega da *civil law*. Daí originou-se a maior liberdade de atuação tradicionalmente atribuída ao juiz do *common law*, muito embora sempre pautada pela submissão à lei comum.

Embora distintas, ambas as tradições sempre primaram pela estabilidade e previsibilidade, sem as quais não se pode cogitar num Estado Democrático de Direito. O *civil law* atribuiu à segurança ju-

rídica à aplicação literal e estrita da lei. O *common law*, antevendo a necessidade interpretativa do magistrado, jamais negou ao juiz a possibilidade de pensar sobre o direito, afastando a insegurança jurídica e a imprevisibilidade pela teoria dos precedentes.

Embora o civil law pareça, por sua formatação, mais estruturado à garantia da segurança jurídica, é fato que a modificação no papel atribuído ao magistrado desta tradição demonstra que a cega obediência ao direito legislado não mais é suficiente. A maior liberdade de atuação experimentada pelo juiz do *civil law* sem o devido suporte do sistema, demonstra que o *common law*, através da teoria dos precedentes, demonstra a maior confiabilidade (SABINO, p. 59).

Ainda acerca do *civil law*, no início do século XX o positivismo foi adotado como a verdadeira filosofia dos juristas, utilizando a norma como um dogma, que não precisava ser explicada nem justificada, bastando sua mera existência para tornar o sistema jurídico perfeito. A partir da metade do século XX, o direito influenciado pelas reviravoltas sociais não mais comportava a ideia de norma como dogma, demandando novos traços. A nova fase do Direito objetiva a discussão de valores ímpares como justiça e equidade, os quais não podem ser encontrados na norma legislada. No mesmo condão, outros institutos jurídicos ensejaram uma abertura do direito.

Uma das teses fundamentais do pensamento crítico é a admissão de que o Direito possa não estar integralmente contido na lei, tendo condição de existir independentemente da bênção estatal, da positividade, do reconhecimento expresso pela estrutura de poder. O intérprete deve buscar a justiça, ainda quando não a encontre na lei. A teoria crítica resiste, também, à ideia de completude, de autossuficiência e de pureza, condenando a cisão do discurso jurídico, que dele afasta os outros conhecimentos teóricos. O estudo do sistema normativo (dogmática jurídica) não pode insular-se da realidade (sociologia

do direito) e das bases de legitimidade que devem inspirá-lo e possibilitar a sua própria crítica (filosofia do direito)¹⁸. A interdisciplinaridade, que colhe elementos em outras áreas do saber – inclusive os menos óbvios, como a psicanálise ou a linguística – tem uma fecunda colaboração a prestar ao universo jurídico (BARROSO, 2011).

O movimento pós-positivista trouxe consigo um novo método de interpretar e modelar a Constituição. Tem-se que o marco filosófico do pós-positivismo é o cerne do novo direito constitucional, erigindo a Constituição ao núcleo do ordenamento jurídico, do qual irradia toda força normativa e orientação interpretativa.

O intérprete utiliza a essência constitucional como norte. Neste contexto, os tribunais desempenham um papel desafiador diante da tamanha efusão jurídica, cabendo ao Judiciário a função magna de controle dos atos dos demais poderes, aferindo se os mesmos estão em consonância com a Constituição, já não mais se podendo falar em atuação do magistrado estritamente nos limites da norma escrita e legislada.

A codificação não é completa o suficiente, tampouco atende à incalculável velocidade da dinâmica social. Cabe ao juiz adotar postura proativa e estabelecer a ligação entre os anseios sociais e a legislação anacrônica ao mesmo tempo em que busca adequar o caso concreto previsto ou não em legislação aos ditames Constitucionais. É o julgador o anteparo do Estado onde se deflagram os conflitos sociais, ponto de reclame da população, a quem cabe a função da pacificação¹⁴⁹.

Tanto no que tange ao direito material quanto no que tange ao direito processual, a atuação do juiz do *civil law* agora se

¹⁴⁹ “Quanto maior o abismo entre os anseios da sociedade e os ditames do código, maior será a tendência dos tribunais em desenvolver novas interpretações para antigos dispositivos a fim de atender aquelas necessidades. As decisões judiciais se tornam de fato, se não na teoria, uma fonte de direito” (MERRYMAN; PERDOMO, 2009, p. 193).

mostra ampliada por normas abertas que conferem ao magistrado uma gama de instrumentos destinados a tutelar especificamente na esfera processual o direito material objeto de litígio. O uso da discricionariedade judicial¹⁵⁰ refere-se à consequente conscientização do Estado em tutelar com efetividade os direitos. Neste sentido, a omissão justificável ou não do legislador não pode autorizar a denegação de justiça pelo julgador. Se cabe ao Estado a efetividade dos direitos constitucionais, a *civil law* admite que o Judiciário exerça poder suficiente para proteção ou concretização dos direitos fundamentais diante da inércia dos demais poderes (MARINONI, 2008, p. 233).

Conclui-se que paulatinamente o juiz do *civil law* passou a exercer atividade tão criativa quanto seu colega do *common law*, negando os princípios de sua tradição¹⁵¹. O controle de constitucionalidade e a ferramenta de declaração parcial de nulidade sem redução do texto corroboram esta afirmativa, demonstrando que o atual juiz do *civil law* não mais está preso às amarras do Legislativo.

Trata-se, segundo Dierle Nunes (2012, p. 247-248), do fenômeno da judicialização do Estado, enquanto compensador do déficit de atuação dos poderes Executivo e Legislativo.

150 Muito se discute na doutrina sobre o exercício ou não do poder discricionário pelo magistrado, neste considerando-se critérios de conveniência e oportunidade. Os tribunais superiores brasileiros, no entanto, tem admitido que cabe à magistratura na solução do caso concreto através da utilização de conceitos jurídicos indeterminados. Súmula 622 STF.

151 “A common law conserva hoje a sua estrutura, muito diferente da dos direitos romano-germânicos, mas o papel desempenhado pela lei foi aí aumentado e os métodos usados nos dois sistemas tendem a aproximar-se; sobretudo a regra de direito tende, cada vez mais, a ser concebida nos países de common law como o é nos países da família romano-germânica. Quanto à substância, soluções muito próximas, inspiradas por uma mesma ideia de justiça, são muitas vezes dadas às questões pelo direito nas duas famílias de direito. A tentação para falar de uma família de direito ocidental é tanto mais forte quanto é certo que existem, em certos países, direitos que não se sabe bem a qual das duas famílias pertencem, na medida em que tiram alguns dos seus elementos à família romano-germânica, e outros à família da common law. Entre estes direitos mistos podem citar-se os direitos da Escócia, de Israel, da União Sul-Africana, da província do Quebec e das Filipinas” (DAVID, 2002).

2. A crise da insegurança jurídica

O ganho de poder experimentado pelo juiz do *civil law* vem recebendo acirradas críticas. Falta-lhe mecanismo de controle sobre o poder discricionário exercido, correndo-se o risco do desregramento total do sistema judicial pela incoerência das decisões ou mesmo do ganho exorbitante de poder desta esfera, em desequilíbrio a formação do Estado consistindo numa “subversão de diversos institutos jurídicos tradicionais” (HARTMANN, 2008, p. 55). Para Lênio Luiz Streck (2012), “nessa perspectiva, haverá no sistema jurídico brasileiro o poder discricionário da *common law* sem a proporcional necessidade de justificação, ocorrendo assim um processo de dispositivação da *common law*”.

Por parcela da doutrina, esta inovação é uma inquietante discussão ética sobre o papel do julgador que outrora encontrava consolo e escusa de consciência ao intitular-se mero declarador do direito, tendo atualmente sua função repaginada a construtor e aplicador da justiça¹⁵².

Embora Karl Larenz diga que é impossível e inviável embasar a ciência jurídica sobre um sistema axiológico, o *common law* prova o contrário, demonstrando-se evidentemente histórico, previsível e conservador. É na tradição da *civil law*, nos moldes atuais, que o magistrado tem maior liberdade de manipular o sistema jurídico (LARENZ, p. 1991, p. 13)

Ainda assim, no *common law* a função essencial do Judiciário será sempre a solução de conflitos, submetendo-se ao trabalho prévio desenvolvido pelo legislador. É o que diz Cambi (2009, p. 194):

152 “Os normativistas não precisam ser justos, embora muitos deles sejam juizes. Ai está a primeira grande reforma que se faz necessária” (DALLARI *apud* HENRIQUES FILHO, 2008, p. 31).

A desneutralização política do Judiciário é uma consequência das alterações resultantes do advento do Estado Social e da complexa sociedade tecnológica, surgida a partir de meados do sec. XX. A consagração de direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, nas Constituições contemporâneas, gerou, nas últimas décadas uma explosão de litigiosidade, trazendo ao Judiciário ações individuais e coletivas voltadas a efetivação desses direitos constitucionais. O desempenho judiciário passou a ter maior relevância social e suas decisões se tornaram objeto de controvérsias públicas e políticas. O Poder Judiciário está constitucionalmente vinculado à efetivação dos direitos fundamentais e, por isso, à política estatal.

A previsibilidade, de acordo com a *civil law* tem por sustentáculo a lei, segundo modelo clássico do *civil law*, distante do que ocorre na prática, visto que a lei assume seu aspecto abstrato em face da codificação, demandando articulação do julgador frente ao caso prático, no sentido de dar vida ao sistema jurídico.

A norma, quando interpretada, possibilita uma série de entendimentos diversos, possibilitando que uma mesma norma possa ser entendida de diversas formas distintas em casos concretos idênticos. Habermas (2010, p. 64) faz importante ponderação neste sentido:

De um lado, o princípio da segurança jurídica exige decisões tomadas consistentemente, no quadro da ordem jurídica estabelecida. E aí o direito vigente aparece como um emaranhado intransparente de decisões pretéritas do legislador e da justiça ou de tradições do direito consuetudinário. E essa história institucional do direito forma o pano de fundo de toda prática de decisão atual.

Teresa Wambier (2001, p. 9) assevera que “o direito está intrinsecamente ligado a valores como segurança, valor esse que ao

nosso ver hoje se liga muito mais à ideia de previsibilidade do que à de manutenção do *status quo*”.

José Augusto Delgado (2012) ressalta que “a doutrina jurídica contemporânea tem concentrado propósitos visando analisar, com profundidade, as consequências geradas para a sociedade pela crescente condição de imprevisibilidade que vem assumindo, no Brasil, as decisões judiciais”.

A imprevisibilidade das decisões judiciais gera total instabilidade no judiciário e no direito de um modo geral, deixando ao cidadão que aguarda a tutela de seu direito um sentimento de perplexidade pelo modo paradoxalmente diverso como casos idênticos são tratados. Não raro, é possível observar que jurisdicionados com o mesmo problema jurídico tem resultados absolutamente distintos para suas ações, a depender da “simpatia” com a qual o tema é visto pelo magistrado que preside a causa. Já Montesquieu (2000, p. 168) teceu comentário acerca da adoção de entendimento unívoco dos tribunais:

(...) mas se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto preciso de lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos que ali assumimos.”

Marinoni (2010, p. 63) sustenta que os países que não se iludiram a pensar que o juiz não interpretaria a lei buscaram segurança e previsibilidade nos precedentes e na doutrina do *stare decisis*.

A estabilidade não dispensa a interpretação do Direito, mas dispensa a frivolidade nesta interpretação, garantindo que prevaleça somente um entendimento a orientar os jurisdicionados. Conforme Habermas (2010, p. 84):

De outro lado, a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões, as quais não podem limitar-se a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito. Nos julgamentos os juízes, que decidem um caso atual, levando em conta também o horizonte de um futuro presente, pretendem validade à luz de regras e princípios legítimos.

A crise da insegurança jurídica vai além, eis que não somente desestabiliza o trabalho exercido pelo Judiciário, mas também a manutenção da Democracia, do Estado de Direito e do ordenamento jurídico, senão porque “um Estado é democrático se e enquanto a grande massa da população pode exercer influência positiva nas decisões que constituem o trabalho do governo” (AZAMBUJA, 1995, p. 179).

No *commow law* obtém-se a certeza jurídica através do *stare decisis* e da teoria dos precedentes vinculativos. Diante disso e da inexorável aproximação do papel exercido pelo juiz do *civil law* ao colega do *common law*, forte parcela da doutrina entende pela necessidade da adoção dos precedentes judiciais vinculativos no seio do ordenamento jurídico brasileiro. Conforme Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 65):

Como é óbvio, o juiz ou tribunal não decidem para si, mas para o jurisdicionado. Por isso, pouco deve importar, para o sistema, se o juiz tem posição pessoal acerca de questão de direito, que difere da dos tribunais que lhe são superiores. O que realmente deve ter significado é a contradição de o juiz decidir questões iguais de forma diferente ou decidir da de forma distinta da do tribunal que lhe é superior. O juiz que contraria a sua própria decisão, sem a

devida justificativa, está muito longe do exercício de qualquer liberdade, estando muito mais perto da prática de um ato de insanidade. Enquanto isso, o juiz que contraria a posição do tribunal, ciente de que a este cabe a última palavra, pratica ato que, ao atentar contra a lógica do sistema, significa desprezo ao Poder Judiciário e desconsideração para com os usuários do serviço jurisdicional.

Note-se que o sistema que admite decisões contrastantes estimula a litigiosidade e incentiva a propositura de ações, pouco importando se o interesse da parte é a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei. Ou seja, a ausência de previsibilidade, como consequência da falta de vinculação aos precedentes, conspira contra a racionalidade da distribuição da justiça e contra a efetividade da jurisdição (MARINONI, 2010, p. 77). Kelsen (2000, p. 267-268) já concebia a possibilidade do precedente vinculante de cunho criativo, mas delimitava esta possibilidade a tribunais de última instância:

Um tribunal, especialmente um tribunal de última instância, pode receber competência para criar, através da sua decisão, não só uma norma individual, apenas vinculante para o caso *sub judice*, mas também normas gerais. Isso é assim quando a decisão judicial cria o chamado precedente judicial, quer dizer: quando a decisão do caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos. (...) Conferir a uma tal decisão caráter de precedente é apenas um alargamento coerente da função criadora do Direito nos tribunais.

De outro norte, doutrina especializada se opõe à vinculatividade dos precedentes judiciais por entender que a generalização do julgamento de teses não atende às peculiaridades das causas concretas, rebatendo a ideia de um Judiciário julgador de teses ao invés

de julgador de causas.¹⁵³ Parte-se da concepção de que nem mesmo nos países que seguem a tradicional utilização dos precedentes a adoção destes não pode se dar de forma mecânica em privilégio estrito da eficiência quantitativa do Judiciário, eis que tal prática acarreta em prejuízo generalizado à independência dos magistrados, estabelecendo um critério meramente hierárquico, que por sua vez acarretaria o desestímulo ao acesso à justiça (THEODORO JUNIOR; NUNES; BAHIA, 2010, p. 29).

A mesma doutrina confessa irreversível o processo de miscigenação entre o *common e o civil law*, contudo atesta que se mesmo o legislador restou falho em estabelecer um ordenamento jurídico blindado a entendimentos dissonantes, esta atividade heroica não pode ser absorvida pelo Judiciário, já se prevendo seu insucesso. Adota, pois, a necessidade de privilégio das especificidades do caso concreto, em benefício ao contraditório, afastando-se de uma justiça já pré-concebida e privilegiando a efetividade justa.¹⁵⁴

Há ainda que se considerar a doutrina que tradicionalmente refuta a adoção da vinculação dos precedentes por concebê-los como uma afronta à teoria da tripartição de poderes (DAVID, 2002, p. 159).

A organização judiciária está, em geral, encimada por um supremo tribunal cuja missão, se é, em teoria, velar pela estrita aplicação da lei, é muitas vezes também assegurar a unidade da jurisprudência. A existência deste supremo tribunal ameaça de fato, mais do que garante, a supremacia da lei. O legislador não preci-

153 “Desde já algum tempo as reformas têm se concentrado na tentativa de uniformização da jurisprudência a todo custo. O suposto é que seja possível estabelecer ‘standards interpretativos’ a partir do julgamento de alguns casos: um Tribunal de ‘maior hierarquia’, diante da multiplicidade de casos, os julgaria abstraindo-se de suas especificidades e tomando-lhes apenas o ‘tema’ a ‘tese’ subjacente. Definida a tese, todos os demais casos serão julgados com base no que foi pré-determinado; para isso, as especificidades destes novos casos também serão desconsideradas para que se concentre apenas na ‘tese’ que lhes torna idênticos aos anteriores” (THEODORO JUNIOR; NUNES; BAHIA, 2010, p. 24-25).

154 Tal alegação é refutada à medida que se permite a diferenciação entre os casos e eventual afastamento do precedente, efetivado através do *distinguishing*.

saria ter receio da concorrência dos tribunais locais, dispersos, dos quais seria difícil obter uma jurisprudência coerente. Pelo contrário, o supremo tribunal, detentor de um grande poder, é levado a ver as coisas de uma perspectiva muito geral (em especial quando, na França, desconhece os fatos), tentado inevitavelmente a tornar-se uma autoridade complementar, senão rival, do legislador.¹⁵⁵

Ainda se opõe a adoção dos precedentes, sustentando a violação à autonomia e à independência da magistratura, não podendo o juiz singular exercer seu juízo de convencimento acerca de determinada relação jurídica, estando obrigado a adotar o entendimento dos tribunais ordinários ou superiores. Em que pese seja indiscutível a inexistência da subordinação entre juízes singulares ou entre juiz singular e tribunal, o fato é que não cabe ao magistrado à prolação de seu entendimento individual e subjetivo acerca de determinado assunto.

Defendem os opositores da teoria da vinculação dos precedentes que sua adoção enseja um obstáculo ao desenvolvimento do direito, seja no sentido de seu desenvolvimento social a fim de tutelar novas realidades fáticas, seja no sentido de engessar e não permitir o desenvolvimento do direito já posto. Tal cenário, em tese, favorece a obsolescência do direito, ante a obrigatoriedade de adoção das decisões já tomadas.

155 Tal argumentação não subsiste se considerarmos que a vinculatividade dos precedentes relaciona-se exclusivamente ao Poder Judiciário, em sentido vertical e horizontal, e não caracteriza efeito cogente e força obrigatória à coletividade, à sociedade como um todo. Isto significa, em breve síntese, que a adoção do *stare decisis* não enseja a violação da tripartição de poderes, pois em verdade ao Judiciário não se está conferindo competência legislativa de obrigatoriedade geral, mas tão somente uma linha de obrigatoriedade intrínseca a este poder, que por óbvio enseja reflexos além de seus limites, ao passo que denota a previsibilidade do entendimento esposado pelo julgador, mas não estabelece ou insere no meio social novas regras de conduta ou delimitações a direito. Frise-se que a preocupação em questão cuida-se de exclusividade da *civil law*. Ao juiz do *common law*, como vimos, é plausível que por meio de precedentes engendrem-se novos direitos, obrigações ou limitações a direitos que posteriormente serão cristalizados por meio do processo legislativo. Trata-se de aspecto que bem demonstra a necessidade de adaptação dos precedentes ao *civil law*, na medida em que sua utilização tradicional no *common law* não encontra guarida em nossa tradição.

É justamente sobre este possível engessamento do direito que se debruça o presente estudo, como veremos no capítulo a seguir.

3 Os precedentes judiciais: segurança ou rigidez do sistema?

Marinoni (2013, p. 128) sustenta que não deve prevalecer a antiga preocupação de que os precedentes engessam a atuação do magistrado, uma vez que a função contemporânea das Supremas Cortes ao estabelecer precedentes “é atribuir sentido aos textos legais e desenvolver o Direito”, não subsistindo a estagnação ou engessamento do direito, uma vez que cabível a revogação ou modificação dos precedentes quando necessário “firmando o sentido do direito dos novos tempos”.

Arruda Alvim Wambier (2012, p. 53) sustenta no mesmo sentido que, a variar pelo campo decisional da matéria decidida, é possível maior ou menor margem para flexibilização dos precedentes, tendo os campos frouxos (ex.: família) e campos menos frouxos (tributário, penal), que detêm limitada possibilidade de variação dos precedentes.

No mesmo diapasão, Marinoni sustenta que a adoção dos precedentes não se contrapõe à autonomia do magistrado ordinário, constituindo o malfadado engessamento, conforme asseverado alhures, uma vez que esta autonomia ou independência consiste na garantia institucional do magistrado frente a ingerências ou pressões, tratando-se de uma independência objetiva, não consistindo numa verdadeira liberdade discricionária do magistrado para que atue ao prazer de sua própria consciência (HERNANDO, 2013, p. 130). A adoção dos precedentes judiciais, neste escopo, tem por objetivo fazer com que o Judiciário funcione de forma uniforme e sistêmica, inserindo também o magistrado ordinário nesta engrenagem.

Assim, a utilização do precedente não impõe uma subordinação absoluta, pois embora caiba aos precedentes a necessidade de que sejam dotados de certo grau de rigidez, a fim de manter a estabilidade e segurança jurídica do sistema Judiciário, reconhecida com fundamento nos mesmos princípios, que se deva admitir também a mobilidade dos mesmos.

Sempre que houver fundados motivos para entender que determinado precedente não tem mais razão de ser, cabe adotar a modificação do precedente, aplicando sua revogação parcial ou total. E consistem em razoáveis motivos, quando se conclui que antigo precedente obteve uma interpretação equivocada da lei, ou mesmo que a interpretação anteriormente adotada não mais corresponde ao melhor entendimento da norma, seja em razão da alteração do entendimento das circunstâncias, seja em razão da modificação do contexto social.

A mobilidade de um precedente e sua rigidez objetivam resguardar a ordem jurídica: é dever do juiz do *common law* a não aplicação de determinado precedente, sempre que apresentar razões suficientes para não fazê-lo (DEXBURY *apud* PORTES, 2010, p. 109).

Eisemberg utiliza o conceito de *jagged doctrines*¹⁵⁶ para estabelecer situações em que um precedente demanda revogação ou revisão, entendendo que um precedente demanda substituição quando falhou substancialmente em satisfazer os padrões de congruência social e consistência sistêmica, ou quando os valores que lhe garantem a estabilidade são menos afetados pela sua revogação do que pela continuidade de sua inconsistência (EISEMBERG *apud* PORTES, 2010, p. 110).

Em regra somente é cabível revogação de precedentes pela corte superior em relação à corte inferior, disseminando um entendimento vertical a partir da orientação dos tribunais de maior

156 'Doutrinas irregulares', em tradução livre.

hierarquia, cabendo às cortes superiores a modificação de seus próprios precedentes.

Neste contexto, frisa enfatizar que, embora trate-se de *common law*, os Estados Unidos diferenciam-se pela maior flexibilidade de seus precedentes¹⁵⁷, enquanto a justiça inglesa caracteriza-se pelo conservadorismo, até 1966 inadmitindo que a *House of Lords* promovesse a revogação de seus próprios precedentes. Após esta data, admitiu-se a revogação dos precedentes *House of Lords* pela própria casa mediante determinados requisitos, dentre eles: a verificação de que a revogação do precedente ensejará uma real evolução da ciência jurídica; a convicção de que a revogação se dá por critérios de enriquecimento do direito e não por favorecimento de doutrinas e correntes passageiras.

A fim de manejar a modificação dos precedentes, adotam-se técnicas diversificadas que variam conforme o grau de extensão da modificação (ab rogação ou derrogação do precedente), bem como acerca dos efeitos temporais desta modificação.

O modo mais proeminente de modificação dos precedentes refere-se ao *overruling*, que constitui na revogação total do precedente. Por se tratar de modalidade bastante radical, ocorre somente quando o precedente não tem mais embasamento no contexto social e deixa de garantir a pacificação social, seja pela alteração da realidade social, seja pelo surgimento de novos elementos fáticos.

Para que se opere o *overruling*, opera-se um juízo de ponderação entre a ausência de congruência social e/ou inconsistência sistêmica do precedente em relação ao potencial prejuízo causado por sua revogação, admitindo-se o *overruling* se a inconsistência resultar em maior prejuízo que os efeitos de instabilidade de sua revogação. Procedida mediante petição da parte interessada ou mes-

157 “Afastar um precedente e criar outro no seu lugar (*overruling*) é muito mais comum nos Estados Unidos do que na Inglaterra” (WAMBIER, 2009, p. 121).

mo revista de ofício pela Corte, o *overruling* só atinge casos futuros, não alcançando situações pretéritas ou a coisa julgada material.

Via de regra, o *overruling* não surge de modo imprevisível e inopinado. O precedente objeto de revogação costuma ser objeto de críticas doutrinárias que evidenciam sua fragilidade e incoerência, ensejando um amadurecimento da discussão acerca da congruência do precedente, o que possibilita a um só tempo a manutenção da confiança no *stare decisis* e o enriquecimento da ciência jurídica. Difere do denominado *reversal*, consistindo este nas modificações de juízo *ad quem* exarado ao entendimento proferido pelo juízo *a quo*, conhecido no direito brasileiro por reforma da decisão em sede recursal (SOUZA, 2011, p. 153).

Por sua vez, o *anticipatory overruling* constitui mecanismo adotado no direito norte-americano, que de certa forma declara antecipadamente a superação de um precedente. Cuida-se de mecanismo excepcional, adotado pelas cortes de apelação, afastando precedente utilizado pela Suprema Corte, sustentando a necessidade da revogação do precedente e indicando que muito em breve o mesmo será superado pela própria Suprema Corte. Não se cuida, pragmaticamente, na revogação do precedente por corte ordinária, mas na discussão judicial acerca da superação de dado precedente e na inutilização do mesmo, até que a Corte Suprema decida em definitivo a questão.

Ressalte-se que somente utiliza-se deste mecanismo quando presentes fortes fundamentos e alta probabilidade da breve revogação do precedente pela Suprema Corte, inadmitindo-se quando se tratar de mera conjectura da revogação do precedente ou quando se prever a alteração deste sem urgência, em razão de outras determinantes fáticas e sociais que ainda restam pendentes. Marinoni (2010, p. 43) sustenta que para que se opere o *anticipatory overruling* é imprescindível que haja o desgaste do prece-

dente nas decisões da Suprema Corte, não se admitindo o instituto sem que a referida corte tenha demonstrado o enfraquecimento do instituto.

Outra maneira de alteração de precedentes é o *distinguishing*, mecanismo pelo qual se aplica uma distinção entre casos, que permite a não aplicação do precedente quando restar demonstrado que o caso apresentado à corte se diferencia em particularidades, as quais são superiores às similaridades com o precedente que deveria ser observado. Roga-se ao tribunal que este julgue o caso com base nas novas questões jurídicas ou particularidades fáticas — as quais não foram discutidas no precedente original.

No entanto, não é qualquer distinção fática que ensejará o *distinguishing*, mas a distinção fática acerca de elemento essência e que reflita sobre a *ratio decidendi*. O *distinguishing* em um caso não tem o condão de possibilitar a revogação do precedente, não representa o enfraquecimento deste, mas que o precedente invocado não trata de modo coerente a questão tutelada.

Somente se cogita a fraqueza do precedente quando ocorre o *very distinguishing* — ou seja, excesso de distinções, que demonstra a inadequação do precedente ao momento histórico vivido e ao contexto social, resultando em seu desuso.

É possível afirmar que atualmente o *distinguishing* faz parte do cotidiano do Supremo Tribunal Federal, que já utiliza a *ratio decidendi* e *obiter dicta* como conceitos (MARINONI, 2010, p. 384). É possível afirmar ainda que a *ratio* das decisões do Supremo Tribunal Federal vincula os demais tribunais brasileiros, pela questão da “transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados” (MARINONI, 2010, p. 373), uma vez que os fundamentos que sustentam uma decisão se baseiam na Constituição e visam à manutenção da ordem jurídica vigente.

O artigo 543-C¹⁵⁸ do Código de Processo Civil traz que se o Superior Tribunal de Justiça fixou um entendimento, os tribunais de origem não podem se negar a aplicá-lo, a menos que demonstrem o *distinguishing*, e a divergência entre o precedente evocado e o caso recorrido. Neste esteio, Marinoni (2010, p. 387) assevera que a “divergência jurisprudencial” e o “paradigma” são utilizados pelo ordenamento jurídico brasileiro, já indiciando a adoção da teoria dos precedentes vinculativos.

Outra forma de flexibilização dos precedentes é o que se denomina *the drawing of inconsistent distinctions* (desenho de distinções inconsistentes, tradução livre), instituto oriundo do direito norte-americano, que prevê a modificação parcial de determinado

158 Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008). § 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008) § 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008). § 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008). § 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008). § 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008). § 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008). § 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008). I – terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008). II – serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008). § 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008). § 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

precedente, contudo não aplica revogação à parte modificada, mantendo ileso o restante do precedente, formando uma espécie de precedente provisório.

É denominado inconsistente porque se assemelha à *tertia lex* do direito penal, e desmuniado de segurança quanto a sustentação ou revogação da parte alterada, mantendo caráter de provisoriedade.

Trata-se de instituto duramente criticado por Dworkin (1999) e Eisenberg (1973, p. 136), que sustentam neste instituto a violação das principais características dos precedentes: consistência e integralidade, podendo mesmo resultar em um precedente de exceção ou por encomenda.

Por sua vez, constitui a *technique of signaling* quando a corte não revoga o precedente, mas desde logo sinaliza a perda de sua consistência, já indicando que em breve dar-se-á sua revogação. O precedente é mantido por força da segurança jurídica, abrindo espaço à comunidade jurídica para que se adapte à sua futura revogação. Enseja especial destaque a possibilidade de que, ao efetuar o *overruling* de precedente que já sofreu *signaling* com antecedência, a Corte opte por conferir à revogação efeitos retroativos à data em que se deu o *signaling*, entendendo que a este tempo já se havia criado nos jurisdicionados e na comunidade jurídica um sentimento de prevenção em relação ao precedente, possibilitando às relações jurídicas a adequação necessária.

Enquanto no *overruling* comumente se adotam efeitos retroativos, a partir do pressuposto de que o entendimento anterior sempre esteve errado, e no *distinguishing* se afasta um precedente entendendo-se que o mesmo não tutela o caso concreto em análise, a técnica do *transformation* caracteriza-se por possibilitar a reconfiguração do precedente sem revogá-lo ou distingui-lo. Assim como no *overruling*, nega-se o conteúdo do precedente, mas não o revoga, admitindo a alteração do entendimento acerca de determinado

assunto, mas deixando de reconhecer o equívoco do julgamento anterior. Desta forma, passam a coexistir tanto o entendimento antigo quanto o novo acerca do mesmo assunto.

Muito embora pareça ensejar grave insegurança ao permitir a coexistência de dois precedentes contrapostos, o *transformation* elide a dúvida acerca dos efeitos temporais da modificação do precedente, evitando discussões sobre os efeitos retroativos dos casos já julgados, assim como o *the drawing of inconsistent distinctions* denota caráter de provisoriedade, possibilitando em momento oportuno a manifestação da Suprema Corte acerca da revogação definitiva de um dos entendimentos.

Por sua vez, o *overriding* consiste na técnica de flexibilização do precedente que lhe modifica parcialmente em razão das modificações sociais que o adéquam à atualidade. Não possibilita revogação do precedente uma vez que o entendimento anterior simplesmente cai em desuso. Segundo Marinoni (2010, p. 347), é como se o caso que deu origem ao precedente, visto sob a ótica atual, pudesse ser solucionado de outra maneira.

A modificação/flexibilização dos precedentes, assunto de especial relevo, refere-se aos efeitos temporais destas modificações, tendo Sesma (1995, p. 169) afirmado que “se a sociedade fosse estática e os tribunais infalíveis seriam poucos problemas, mas como os tempos mudam e os tribunais erram, os juizes muitas vezes enfrentam o dilema entre tracionar as expectativas de mudança jurídica ou seguir uma decisão antiquada”.¹⁵⁹

A revogação dos precedentes no *common law* tem, em regra, efeitos retroativos. Trata-se de entendimento oriundo do direito

159 No original: dichas decisiones generan expectativas respecto de derechos y obligaciones y las partes orientam sus acciones em función de ellas. Si la sociedade fuera estática y los tribunales infalibles, esto presentaría pocos problemas; pero como los tempos cambiam y los tribunales se equivocan, los jueces se enfrentam frecuentemente al dilema de tracionar las expectativas de um cambio jurídico o seguir uma decisión anticuada.

inglês de que, ao posicionar-se com relação a um direito, a corte o está fixando como ele sempre foi, de modo que, reconhecido o erro do entendimento anterior, impera a eficácia *ex tunc*, podendo, eventualmente, atingir casos já julgados.¹⁶⁰ No entanto, a prática norte-americana adota entendimento segundo o qual, para garantir a segurança e a confiança no Poder Público, os efeitos devem ser só prospectivos, não atingindo situações jurídicas iniciadas durante o advento do precedente, pois entende que estas relações pautaram-se de acordo com o mandamento originário, sem ter como prever a alteração.

Em síntese, nos Estados Unidos aplicam-se efeitos exclusivamente prospectivos ao precedente revogador em quatro hipóteses: a) casos penais, em que se estabelece a criminalização de conduta; b) processos cíveis contra pessoas que atuaram pautadas numa lei posteriormente declarada inconstitucional; c) processos cíveis contra partes que celebraram contratos pautados em precedente posteriormente revogado; d) nova hipótese de responsabilização civil (SOUZA, 2006, p. 172).

Eisenberg (1998, p. 131) enfatiza que a maior justificação para os efeitos exclusivamente prospectivos do *overruling* refere-se à proteção da confiança justificável, pois agir aleatoriamente na revogação seria equivalente a dizer que o precedente que pautou a ação jurisdicionada não é mais válido, podendo tratar situações iguais de modo desigual.

No entanto, para que reste assegurado exclusivamente o efeito prospectivo da modificação do Precedente, necessário que ao tempo da análise sua credibilidade esteja ainda imaculada, caso contrário, factível a adoção dos efeitos retroativos, como utilizado na técnica do *signaling*.

160 Em esfera criminal, a House Of Lords já admitiu apelação intempestiva após revogação de precedente que embasou condenação criminal. Ramsden (1972 – Crim. L.R. 547).

No que se refere aos efeitos temporais da modificação dos precedentes, a doutrina aponta diversidade de classificações que coexistem. Marcelo Alves Dias de Souza (2006, p. 160) adaptou as principais classificações à linguagem do *civil law*, classificando tais efeitos como: a) aplicação retroativa pura, b) aplicação retroativa clássica, c) aplicação prospectiva pura e d) aplicação prospectiva clássica, e) aplicação prospectiva a termo.

A aplicação retroativa pura diverge da aplicação retroativa clássica por possibilitar a aplicação do novo precedente em todos os casos pretéritos, atingindo até mesmo a coisa julgada. Por sua vez, a aplicação retroativa, mais comum, não viola o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada, limitando-se a atingir casos que tiveram lugar antes de sua formação, mas que ainda não foram submetidos ao crivo judicial.

Enquanto na aplicação prospectiva pura somente atingem-se casos futuros, excluído dos seus efeitos inclusive o caso concreto que ensejou à revogação do precedente, na aplicação prospectiva clássica atinge também o caso que lhe deu formação.

Por fim, e não menos importante, a aplicação prospectiva a termo estabelece *dies a quo* para o início da aplicação dos efeitos do novo precedentes, conferindo tempo para a adaptação da comunidade jurídica e dos magistrados (SOUZA, 2006, p. 162).

É possível ainda ao tribunal modular os efeitos da revogação, determinando pontualmente os casos nos quais incidem os efeitos retroativos. Trata-se de procedimento com o qual já se adequou o direito brasileiro, uma vez que cabe ao Supremo Tribunal Federal modular o efeito temporal de suas decisões, consoante estabelecido pelo **art. 27 da lei 9868/1999**¹⁶¹. Trata-se de instituto que objetiva

161 Lei 9.868/1999, art. 27: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

proteger a previsibilidade das decisões judiciais, sem no entanto impedir o avanço da ciência do direito.¹⁶²

Dentro de todo este escopo, é correto afirmar que a adoção dos precedentes judiciais vinculativos, por si só, não engendra o engessamento da atividade jurisdicional ou o empobrecimento do direito, uma vez que existem mecanismos para que se opere a flexibilização dos precedentes, de acordo com a evolução do direito. Trata-se, todavia, de medida excepcional, visto que a instabilidade jurisprudencial detém graves consequências, destacando-se a vulnerabilidade da previsibilidade dos pronunciamentos judiciais e conseqüentemente a segurança jurídica (TUCCI, 2012, p. 110).

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, impera afirmar a inexorável absorção da teoria dos precedentes vinculativos pelo direito brasileiro. Impera, contudo, a dúvida acerca dos efeitos deste instituto em relação à atividade jurisdicional: se um verdadeiro engessamento ou tênue medida de controle. Sabe-se, como outrora exposto, que os precedentes vinculativos admitem flexibilização, contudo remanesce a dúvida se o instituto, globalmente analisado, é medida asaz à garantia da segurança jurídica.

O fato, entretanto, é que a grave crise da insegurança jurídica ora experimentada pelo direito brasileiro demanda rápida solução, a qual aparentemente deflui do *stare decisis*. No entanto, o instituto

162 CONSTITUCIONAL. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE. MODULAÇÃO TEMPORAL DA DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. A orientação do Supremo Tribunal Federal admite, em situações extremas, o reconhecimento de efeitos meramente prospectivos à declaração incidental de inconstitucionalidade. Requisitos ausentes na hipótese. Precedentes da Segunda Turma. Agravo regimental conhecido, mas ao qual se nega provimento. (Supremo Tribunal Federal: Agravo de Instrumento 627770 – **Relator: Min. Joaquim Barbosa, Julgamento: 04/10/2011**).

analisado de modo originário, por certo, demanda adaptações ao cenário do direito nacional, a fim de garantir a maximização de sua eficácia, tendo por escopo a unicidade do entendimento jurisprudencial, sem o qual não se pode cogitar num Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ARGUELLES, J. J. de P.; ROIG, F. J. A. Los derechos em la Revolución Inglesa. In: **Historia de los derechos fundamentales**. Tomo I: Transito la Modernidad. Siglos XVI y XVII. Madrid: Dykison, 2003.

AZAMBUJA, D. **Teoria Geral do Estado**. Ed. 34. São Paulo: Globo, 1995.

BARROSO, L.R. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>. Acesso em: 28 set. 2011.

BRASIL. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, 17 de jan. de 1973, p-1. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>>. Acesso em: 19 set. 2010.

DAVID, R. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DELGADO, J. A. A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica. Disponível em: <<https://www>.

stj.gov.br/.../A%20IMPREVISIBILIDADE% 20DAS%20DECI-SÕES>. Acesso em: 12 maio 2012.

DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectiva de convergência das tradições de *Common Law* e de *Civil Law*. In: MARINONI, L. G. **A força dos precedentes**. Salvador: Jus Podium, 2010.

DWORKIN, R. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EISENEBRG, M. A. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre a facticidade e validade. v. I.2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

HARTMANN, R.K. Eficácia Vinculante em Precedente Judicial e Pronunciamento de Ofício da Prescrição e da Competência Relativa: Estudo crítico das recentes reformas processuais que fortaleceram os poderes do magistrado. In: **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. Coord.: José Miguel Garcia Medina et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HENRIQUES FILHO, R. A. **Direitos fundamentais e processo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes.

LARENZ, K. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

MARINONI, L. G. A Legitimidade da atuação do Juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. In: José Miguel Garcia Medina (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das deci-**

sões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, L. G. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, L. G. **O STJ enquanto corte de precedentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MERRYMAN, J. H.; ROGELIO PÉREZ – PERDOMO, R. **A tradição da civil law**: uma introdução aos sistemas judiciais da Europa e da América Latina. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NUNES, D. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletação. In: TEREZA ARRUDA. A. WAMBIER (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 247-248.

NUNES, J. A. M. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PORTES, M. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema do Common Law. In: **A força dos precedentes**. Salvador: Jus Podium, 2010, p. 109/110.

SABINO, M. A. C. O precedente jurisdicional vinculante e sua força no Brasil. **Revista Dialética de Direito Processual**, nº 85, p. 59.

SESMA, V. I. **El precedente en el common law**. Madrid: Civitas, 1995.

SOUZA, M. A. D. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.

STRECK, L. L. **As súmulas vinculantes e o controle panóptico da justiça brasileira**. Disponível em: <<http://www.unimar.br/>

biblioteca/publicacoes/2011/argumentum_11.pdf>. Acesso em: 29 mar 2012.

THEODORO JUNIOR, H.; NUNES, D.; BAHIA, A. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo**, v.189, novembro, 2010, p. 24/25.

WAMBIER, T. A. A. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WAMBIER, T. A. A. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito. **Revista de Processo**, jun 2009 – REPRO 172, p. 121.

WAMBIER, T. A. A. **Precedentes e evolução do direito**. Direito Jurisprudencial. São Paulo: RT. 2012.

A ECONOMIA CRIATIVA: AS INTERFACES ENTRE O INDIVÍDUO, A CRIATIVIDADE, A INFORMAÇÃO, A CULTURA E O ACESSO

Nathalie de Paula Carvalho

INTRODUÇÃO

A economia atual capitaneia um processo que não se sabe como ou quando irá terminar. Antes de teorizar acerca dessa afirmação, é necessário um mínimo desvio que visualize o porquê de o leitor 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 o reconhecimento de que a revolução tecnológica (RIFKIN, 2012) é a orientadora das mais diversas searas: humanas, econômicas, sociais, estruturais, etc. 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 computa-

dores: “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 reagrupar 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.

Com a 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 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 solu-

ções 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 deve ser levada 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 tecnologia 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 “perestroyka 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 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)¹⁶³. 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 (1997, p. 49) 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 contribuições 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.

A globalização é um processo que não pede licença. Nem precisaria. Por conta disso, será mais dispendioso para alguns, mas

163 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.

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”¹⁶⁴ que permita maiores mercados para os países centrais impulsiona a globalização no que diz respeito à forma como ocorre uma maior interação e aproximação entre as nações, interligando o mundo, e para isso levam-se em consideração os aspectos econômicos, sociais, culturais e políticos¹⁶⁵.

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. 1-33) 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

164 Cf. IANNI, Otávio. **Era do globalismo**. Rio de Janeiro: Civ. Brasileira, 1996, p. 50.

165 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.

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 socioeconômicas.

2. A ECONOMIA CRIATIVA

Antes de adentrar no complexo tratamento da economia criativa, cumpre apresentar alguns conceitos fundamentais para a compreensão da temática. Inicialmente, demonstra-se a diferença entre um bem — relacionado com a ideia de circulação, agregando-se, portanto, um valor econômico adequado ao respectivo mercado — e uma obra — conectada diretamente com a criação, valores estéticos e culturais.

Reputa-se salutar um retorno à década de 40, quando surgem as primeiras considerações sobre a denominada Indústria da

Cultura, alvo de severas críticas pela Escola de Frankfurt, mais precisamente por Theodor Adorno (2002). Está intimamente relacionada com a cultura das massas, com um cunho ideológico preponderante no que diz respeito aos novos métodos de industrialização na esfera cultural.

Nesse contexto, surge a criatividade como a mola propulsora da Terceira Revolução Industrial, nas palavras de Jeremy Rifkin (2012). Este é o ponto de partida da economia criativa, ou seja, seu principal insumo: a criatividade. O patrimônio cultural apresenta-se como um complexo de bens culturais valorados. O mercado seria a “palavra-chave” para a inserção desta categoria jurídica no cenário social e econômico, gozando de proteção legal pela importância e repercussões que surgem desta relação entre a coisa criada e o seu criador. Para Celso Furtado (2012, p. 91-92):

Evidentemente, [a criatividade] não se trata de um ato lúdico, e sim de uma ação que visa satisfazer uma necessidade humana, mesmo que esta seja tão somente virtual, ainda que não concretizada pelos contemporâneos. Neste caso, o ato criativo amplia as possibilidades do ser humano, enriquece-lhe a vida. As necessidades humanas se apresentam em ordens diversas e tendem a uma crescente complexidade.

Cumpramos ressaltar que a criatividade, entendida como a movimentação do intelecto humano com objetivo de criar algo novo, remonta desde a Idade da Pedra Lascada (ou Período Paleolítico da História Antiga), até mesmo como um fator de sobrevivência para os seres daquela época. Naturalmente, não havia que se falar em resguardo jurídico nesta época.

Na sociedade contemporânea, porém, a criatividade é tratada como um fator de produção: “o ato criativo se manifesta na

produção de obras excepcionais, que enriquecem o patrimônio da humanidade, como obras que se incorporam imediatamente ao viver cotidiano de certas comunidades” (FURTADO, 2012, p. 95).

E é neste ponto que a economia criativa surge propondo e reverberando a necessidade do surgimento de novos modelos de produção, crucial para a manutenção do próprio sistema de mercado. A circulação de informação, recorde-se, é a base da sociedade informacional. Trata-se de um conceito ainda em construção, variando as definições de acordo com o contexto em que o termo é proposto.

Em linhas gerais, a economia criativa representa os setores criativos, que agregam novos valores inerentes à sociedade da informação. Esses novos modelos de relações requerem uma proteção jurídica que legitime esta conexão e, principalmente, exista para limitar e condicionar as condutas humanas nesse sentido. Fala-se ainda em uma Economia da Cultura (TOLILA, 2007).

A análise da economia criativa se apresenta em um meio sistêmico, na medida em que a sociedade está inserida em um ambiente multifacetário. Pode-se afirmar que, sob o aspecto da denominada sustentabilidade integral e/ou sistêmica, o mundo representa um ecossistema socioambiental, não se traduzindo apenas como um ambiente tangível, aquele natural e tecnológico, mas também o ambiente intangível, protagonizado pela sociedade e pela sua cultura.

O capitalismo, em suma, representa a síntese entre uma recompensa do trabalho, uma recompensa da poupança, o risco inerente à atividade qualificada como econômica, ladeada por um espírito minimamente empreendedor, a inventividade e a criatividade, essencial na denominada economia criativa.

Isso se reflete em todo tipo de processo e estrutura, que terá sempre uma parte tangível — o suporte estrutural — e uma parte intangível — a inteligência, o processo que origina a função criati-

va. Essa divisão acadêmica aponta para quatro vetores de percepção, devendo-se: (i) identificar desequilíbrios; (ii) otimizar resultados; (iii) identificar oportunidades; (iv) aproveitar as tecnologias de modo eficiente.

O principal objetivo desta modificação sistêmica seria a inclusão social e dos setores que estão fora do mercado, sendo a economia criativa um modelo de negócios, além de um compartilhamento e, por via de consequência, um desenvolvimento sustentável. Assim, por meio de uma visão reducionista, os bens intelectuais seriam considerados *commodities* primárias, mas a mudança de estratégias do desenvolvimento convencionais promove o surgimento de novos agentes. Esta análise, conforme restou demonstrada, deve ser interdisciplinar (Economia, Antropologia, Direito, Cultura).

Pergunta-se: como? O Ministério da Cultura (*online*, 2011, p. 127) aponta alguns exemplos de políticas públicas destinadas a promover e a regulamentar algumas manifestações de economia criativa, a saber: (i) maior oferta e concentração de mão de obra qualificada com geração e difusão de conhecimentos tácitos; (ii) maior fluxo de consumidores e consolidação de mercados; (iii) fortalecimento da economia local no setor de serviços; (iv) maior ganho de infraestrutura e interesse do poder público em proporcionar melhor infraestrutura e segurança; (v) maior produção e difusão de informações, de conhecimento e de bens intelectuais; (vi) endogeneização de habilidades com utilização plena da capacidade produtiva para suprir demandas minimizando a necessidade de agentes externos. A partir destas diretrizes, o Estado pode, ao lado do setor empresarial, unir forças e determinar um incremento em uma atividade econômica, acrescida dos adjetivos “sustentável” e “criativa”.

A proteção desta espécie de direitos, principalmente os denominados direitos autorais, pressupõe uma diversidade cultural, quesito considerado direito fundamental pela Constituição Federal

de 1988. A inserção e a incorporação das tecnologias como fatores de produção têm por função estimular a inclusão social.

Este aquecimento social e econômico, temperados com a força da sociedade da informação, torna possível o surgimento de novos bens culturais. O avanço é veloz. A economia criativa representa categorias dos setores criativos, com uma volátil estrutura de mercado cultural. Apresentam-se, naturalmente, as justificativas e consequências das políticas culturais, na medida em que o cenário da economia da cultura renova as considerações sobre o real valor para a sociedade, presentes nas mais diversas formas de vida.

Vale ainda mencionar o impulso que a promoção da cultura fornece para uma determinada sociedade em formato de empregos, geração de renda para os entes federativos que explorem a cultura de forma setorial, com a cobrança de preços muitas vezes módicos e, com esta movimentação, a oferta de subsídios. Essa (re)orientação demonstra a diferença entre o consumidor racional — ligado à economia padrão — e o consumidor cultural, na medida em que, nesta seara, a propriedade seria usufruída coletivamente.

Ainda há de se observar o caráter da remuneração variável nos chamados “empregos culturais”, o que poderia ser considerado um desestímulo para a imersão neste tipo de mercado (BENHAMOU, 2007). Os museus, por exemplo, possuem como fontes de financiamento o Estado, o mecenato e as receitas próprias, ao mesmo tempo em que convivem com as dificuldades inerentes à administração e aos custos elevados com as aquisições, exposições e manutenções necessárias. As obras de arte, vale dizer, possuem um valor de mercado, agregado ao prazer da contemplação, admiração, coleção.

Nesta toada, pode-se afirmar que o direito autoral encontra guarida na lógica da escassez da sociedade industrial, mas não se encaixa na abundância e velocidade da economia criativa. Não se deve olvidar que a titularidade destes bens é a coletividade. Essas

indústrias culturais, pela sua dinamicidade, promovem a implantação de políticas públicas, por meio também da diversidade cultural, um terreno fértil para a criatividade. Celso Furtado (2012, p. 187) salienta que:

Numa sociedade democrática, já não basta tornar mais intensa a acumulação. É igualmente importante garantir a abertura de espaços para a participação de todos. Se é verdade que o crescimento econômico pode se fazer, em geral, pela importação de modelos estrangeiros, o desenvolvimento cultural, em contrapartida, implica sempre na percepção da identidade de um povo, sem o que ele jamais terá autonomia indispensável à criação.

Paul Tolila (2007) argumenta que é fundamental esta relação entre a cultura e a economia, haja vista que existem cinco fases em que essa ligação pode ser percebida na produção de um bem cultural: a criação, a edição/produção, a fabricação, a distribuição e a comercialização pública (TOLILA, 2007, p. 38-39). Ao lado disso, percebe-se uma ampliação do setor cultural pelo turismo, pelo valor espiritual que a cultura desperta. Assim, a economia se transforma como a emblemática “economia do conhecimento” (TOLILA, 2007, p. 92), onde a interpretação dos símbolos se mostra determinante.

A ideia inicial é unir os processos de criação, planejamento, produção, distribuição e divulgação de produtos e serviços tendo como base de origem o capital intelectual, a criatividade, o nível de conhecimento e os recursos materiais disponibilizados, além de modelos de gestão e de negócios. Veja-se:

Em suma, a economia criativa é composta por áreas da economia que tem como base a inventabilidade individual de criar produtos e serviços que tenham

impacto positivo na sociedade de consumo e gerem renda e lucros para a empresa ou para o empreendedor. A economia das ideias tem sido um dos principais caminhos para a manutenção de mercados de países desenvolvidos e em desenvolvimento. Além dos pontos e setores econômicos tradicionais como diminuição dos custos com a mão-de-obra, investimentos em maquinaria para viabilizar uma produção mais rápida de produtos e avanço tecnológico, o campo das ideias tem superado esses setores, sendo a criatividade uma das dianteiras dessas ações. (REBOUÇAS, *on line*, 2013).

Nesta oportunidade, apresenta-se uma crítica à autorregulação da economia, na medida em que se vive em uma sociedade complexa. Seria uma superação ou uma adaptação do livre mercado? A resposta é indefinida. O que se pode afirmar é o surgimento de uma nova proposta metodológica de uma análise econômica da cultura (TOLILA, 2007, p. 124), sem a pretensão de fornecer respostas exatas a um conceito ainda em construção. O método se traduz no fornecimento de incentivos, estímulos para o conhecimento, sempre velando por uma padronização teórica (TOLILA, 2007, p. 115).

A Convenção da Diversidade Cultural, lançada em 2005 pela Unesco, afirma que as políticas e medidas culturais são traduzidas nos seguintes termos: criação, produção, difusão, distribuição das atividades em forma de bens ou serviços e, principalmente, o acesso.

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 precisa 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 sua proposta de diminuir as desigualdades sociais e econômicas não conseguem se impor, deficiências estas que tornam o ideal democrático inoperante.

Neste cenário, acrescenta-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” (ASCEN-SÃO, 2006, p. 89).

Seus próprios discursos, carregados por 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.

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. 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, abrem 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.

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.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor. **Indústria cultural e sociedade**. Trad. Augustin Werner e Jorge Mattos Brito de Almeida. 5. ed. São Paulo, Paz e Terra, 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A função social do direito autoral e as limitações legais. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Org.). **Direito de propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes**. 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%A1lise>>. 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.

FURTADO, Celso. **Ensaio sobre cultura e o Ministério da Cultura**. São Paulo: Contraponto, 2012.

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. 4, 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. 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.

A INFLUÊNCIA DA ECONOMIA NO PROCESSO LEGISLATIVO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

*Dayse Braga Martins
Rodiney Rietez de Moraes*

INTRODUÇÃO

A satisfação das necessidades do homem, limitada pela escassez de recursos, sempre constituiu motivo de disputas, exigindo o estabelecimento de regras para solucionar conflitos e preservar a paz social. Neste contexto, o inter-relacionamento entre direito e economia se mostra constante ao longo da história, representando papel fundamental no desenvolvimento de todos os segmentos das atividades humanas.

Presentes tais premissas, este trabalho foi idealizado com o objetivo de demonstrar os efeitos práticos decorrentes da referida vinculação no processo de elaboração de normas jurídicas pelo Congresso Nacional brasileiro, utilizando uma exposição evolutiva, evidenciando-se, por meio de circunstanciada análise, a influência exercida pela economia na formatação do ordenamento jurídico brasileiro, em especial. Tomando-se como referência o desenvolvimento do processo legislativo no âmbito federal, são analisados aspectos pertinentes à atuação dos diversos segmentos institucionalizados presentes nos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, assim como a participação representada pelas entidades que nele interagem, visando a defesa de interesses gerais ou particularizados, notadamente envolvendo fatores de ordem econômica.

Para a realização deste trabalho, a metodologia utilizada teve como base estudo descritivo-analítico resultante de pesquisas bibliográficas e documentais, muitas obtidas virtualmente, com o intuito de extrair e consolidar informações específicas ou de alcance restrito, não disponibilizadas em outros meios como ocorre, por exemplo, com o encaminhamento e trâmite das proposições legislativas no âmbito do Congresso Nacional. Sendo caracterizada como descritiva e exploratória, na implementação da metodologia foram expostos aspectos inerentes ao inter-relacionamento entre economia e direito, bem como os reflexos decorrentes do fator econômico no processo legislativo. A natureza qualitativa das pesquisas possibilitou vincular a ciência econômica com a jurídica, vislumbrando a importância das leis para a preservação da paz social e para a solução pacífica de conflitos de natureza econômica. Os resultados certamente poderão ser utilizados para ampliar o debate sobre o assunto focado, numa perspectiva pura de pesquisa a ser continuada.

Os resultados das pesquisas e análises realizadas estão detalhadas em três tópicos, onde se encontram descritos os principais aspectos identificados com cada uma daquelas fases, ou seja, evolução histórica, processo legislativo e reflexos da economia no ordenamento jurídico, além do tópico de conclusão.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO E DA ECONOMIA

O inter-relacionamento entre economia e direito se mostra constante ao longo dos tempos, representando papel fundamental na evolução humana e no desenvolvimento de todos os segmentos de atividades do homem. Centrada na administração da escassez, a economia busca a satisfação das ilimitadas necessidades humanas frente aos limitados recursos disponíveis, e o direito, diante dos

inevitáveis conflitos gerados pelas disputas econômicas, apresenta como função básica a criação e o estabelecimento de regras tendentes ao alcance da paz social. Objetivando justificar estas afirmativas procurar-se-á oferecer uma rápida retrospectiva da história humana focando aspectos econômicos e jurídicos que representaram acontecimentos importantes na evolução do homem, dados fundamentadores dos propósitos deste trabalho.

Embora a falta de dados concretos constitua fator limitativo para responder às inúmeras questões relacionadas com os primeiros tempos da humanidade, tomando-se como base características inatas da natureza humana, é possível deduzir que, a exemplo de muitas espécies gregárias, os primeiros grupamentos tinham como objetivo a satisfação de necessidades básicas, a proteção da prole e a defesa mútua. Também no âmbito dedutivo, é lícito acreditar que os conflitos de então, gerados a partir das incipientes comunidades, tinham como principal motivação a disputa por bens escassos indispensáveis para a sobrevivência individual e coletiva, notadamente alimentos e instrumentos de proteção e de defesa, assim como a posse e manutenção do local de seu habitat.

Neste contexto, parece ter sido imperativo, mesmo que instintivamente a exemplo do mundo irracional, o estabelecimento de normas reguladoras das relações sociais ou interpessoais destinadas a preservar os grupamentos e solucionar conflitos entre seus membros e/ou da comunidade com outras tribos como condição fundamental de sobrevivência. Corroborando tais divagações, Gilissen (2003, p. 36-37) comenta sobre a importância dada pelas sociedades primitivas à preservação da comunidade ao estabelecer que “é justo tudo aquilo que interessa para a coesão do grupo social, e não o que tende para o respeito dos direitos individuais”, penalizando o infrator com o banimento ou com a ameaça de castigo divino.

No que se refere às relações atinentes à posse, o mesmo autor registra que em algumas sociedades os bens pertencentes ao indivíduo eram considerados como integrantes do seu corpo, ou seja, “as formas de propriedade pessoal apresentam-se como pertenças sob o aspecto da participação mística das coisas do ser humano”, sendo, portanto, inalienáveis e incinerados e/ou enterrados com o corpo quando de sua morte. Ressalva, entretanto, que “as necessidades econômicas obrigam muitas vezes a deixar subsistir certos objetos (armas, reservas de alimentos, etc.) em favor dos sobreviventes, fazendo assim aparecer as primeiras formas de sucessão de bens”, da mesma maneira que a troca e depois a alienação de “bens de consumo corrente, sobretudo os alimentos” indicam os primeiros passos da atividade comercial (GILISSEN, 2003, p. 44).

A propósito, em seu tratado sobre a história do direito, ao dividir o estudo do direito primitivo em pré-história e história do direito de acordo com o conhecimento ou não da escrita, Gilissen (2003, p. 31) afirma que quando da transição grande parte das instituições civis já existiam, “nomeadamente o casamento, o poder paternal ou maternal sobre os filhos, a propriedade (pelo menos mobiliária), a sucessão, a doação, diversos contratos tais como a troca e o empréstimo”. Fica evidente, desta forma, que normas reguladoras das relações econômicas antecederam, em muito, a instituição da escrita na sua forma concreta de registro das leis, indicando a importância dada à posse, assim como à propriedade de bens e valores já naqueles tempos.

A posse da terra como bem pertencente às famílias evoluiu a partir do seu uso como local sagrado, onde eram enterrados os antepassados e, posteriormente, utilizada para o apascentamento de animais domésticos e a cultura e produção de alimentos, situações originárias da primitiva propriedade particular e da sucessão imobiliária (GILISSEN, 2003, p. 45).

Em sua obra “A cidade antiga”, Coulanges (2007, p. 66) assevera que a lei surgiu de forma natural como parte indissociável da religião primitiva baseada na tradição dos deuses domésticos e que as normas relativas ao direito de propriedade e sucessão obedeciam aos rituais e costumes observados desde os primeiros tempos. Assim, “não foi da interrogação da consciência do homem que nasceu o direito antigo”, mas da crença religiosa que determinava a manutenção hereditária da propriedade (COULANGES, 2007, p. 208).

O sistema de inalienabilidade da propriedade imobiliária familiar permaneceu neste formato por longo período e teria dado origem às classes de ricos e pobres, livres e não livres. Numa amostra do que ainda acontece hoje, a apropriação do solo representava singular determinante para acentuar as desigualdades sociais e econômicas. No contexto das partilhas sucessórias, a produtividade das terras e o empenho na exploração e na produção econômica pelos grupamentos familiares eram, e ainda são, fatores preponderantes no surgimento das classes sociais, pois, ao acumular riquezas representadas por bens tangíveis, as diferenciações se mostram evidentes.

De acordo com estudiosos da história antiga, o aparecimento da escrita representa fato marcante na evolução humana, pois coincide com a consolidação das primeiras cidades pelos povos que desde antes de 2100 a.C. habitavam a Mesopotâmia e o Egito. Tal acontecimento permite que se visualize, mesmo que de forma fragmentada, as condições econômicas e jurídicas observadas por aquelas civilizações. A característica de origem divina do direito de então, segundo Pinto (2006), passou a não mais atender às necessidades geradas pela ampliação das relações econômicas e sociais.

Diante do fato, parece plausível que referidas condicionantes tenham contribuído para a elaboração do Código de Hammurabi por volta do Século XVIII a.C. Considerado como dos mais remo-

tos registros de normas escritas de que se tem notícia, nele estão destacadas as regras que deveriam ser observadas pelos babilônicos em suas relações comerciais e contratuais, dentre outras, ou seja:

Os Mesopotâmicos praticavam a venda (mesmo a venda a crédito), o arrendamento (arrendamentos de instalações agrícolas, casas, arrendamentos de serviços), o depósito, o empréstimo a juros, o título de crédito à ordem (com a cláusula de reembolso ao portador), o contrato social. Eles faziam operações bancárias e financeiras em grande escala e tinham já comandita de comerciantes (GILISSEN, 2003, p. 63).

A partir de textos escritos, é possível examinar, com maior facilidade, a evolução do desenvolvimento do direito e da economia, acompanhando alguns fatos que demonstram a intervinculação entre uma e a outra ciência, assim como os reflexos daí resultantes.

Tomando a Grécia antiga como referência, verifica-se que, apesar da pouca contribuição deixada pelos filósofos locais acerca do pensamento econômico, a história indica que as primeiras moedas metálicas foram ali cunhadas entre os séculos VIII e VII a.C., fato que gerou grande expansão da influência comercial grega, ou seja:

É a época em que, sob a influência da expansão geográfica, a Economia grega se volta para o mar. É a extraordinária epopeia da colonização, levada a efeito de norte a sul pelos gregos da Ásia e no Ocidente pelos gregos do Continente. Esta colonização representa, na Antiguidade, uma revolução econômica cujo objetivo é em primeiro lugar comercial — encontrar produtos e mercados — e, em segundo, agrícola — adquirir terras (HUGON, 1973, p. 38).

Objeto de discussão por alguns dos grandes filósofos de então, como Aristóteles, Xenofonte e Platão, as ideias monetárias

serviram, mais tarde, para embasar estudos de economistas e teóricos como Adam Smith e Nicolau Orèsmes. Considerada uma das mais significativas invenções da humanidade, é indiscutível a importância decorrente da utilização da moeda como intermediadora nas trocas, denominadora ou medida dos preços e reserva de valor no mundo de hoje. Naqueles tempos, em face das naturais limitações do escambo, a utilização da moeda representou instrumento fundamental para a dinamização e desenvolvimento das atividades comerciais sob seus variados aspectos.

O Direito Romano, conjunto de normas balizadoras das relações jurídicas utilizadas em Roma há mais de 2000 anos, pode ser apresentado como “direito universal”, sendo tomado até os dias de hoje como modelo “porque os romanos tiveram aptidão especial para o direito, criando uma inteligência e uma forma de raciocínio jurídicas que nos seguem até o presente” (VENOSA, 2004, p. 56-57). Decorrente do regime familiar, onde o “*pater familias* é não apenas o proprietário do fruto do trabalho da família, como também o senhor dos escravos, de sua mulher e dos filhos, os quais podia vender, como fazia com os produtos agrícolas” (VENOSA, 2004, p. 58), o incipiente direito romano se ampliou, auxiliando na formação das leis das primitivas sociedades latinas. Neste modelo, *Pater* é elevado à condição de rei eleito, com amplos poderes sobre as comunidades jurisdicionadas, passando a exercer o papel de juiz, tanto na área civil como criminal, além de outras atribuições ampliadas a partir da formação utilizada no sistema do *pater familias*.

Com a queda da realeza e o estabelecimento da República, por volta de 510 a.C., aparecem as primeiras leis romanas escritas, as Leis das XII Tábuas, “um monumento fundamental para o Direito que revela claramente uma legislação rude e bárbara, fortemente inspirada em legislações primitivas e talvez muito pouco diferente do direito vigente nos séculos anteriores” (VENOSA, 2004, p. 61).

As XII Tábuas abrangiam conjunto de normas e recomendações direcionadas para a solução de conflitos interpessoais centradas, notadamente em aspectos relacionados com bens econômicos, envolvendo direitos de crédito, herança, propriedade e posse, assim como a punição de crimes de furto, o pátrio poder e o casamento.

A partir das XII Tábuas, o Direito Romano alcançou grande desenvolvimento, em parte devido à necessidade da criação de regras para exercer o domínio sobre os vastos territórios conquistados. No contexto, os costumes e a cultura dos povos conquistados contribuíram para a criação e a consolidação de leis, numa miscigenação altamente positiva, cujas repercussões puderam ser sentidas através de normas que alcançaram nossos dias.

Dificuldades no abastecimento das populações romanas, nos anos de 495 e 440 a.C., teria ensejado o que se caracterizaria como as primeiras leis reguladoras de intervenção estatal na economia que se tem notícias. Embora criticadas em face dos reflexos negativos causados às finanças públicas, além de incentivar a fraude e provocar o desestímulo à produção local, a sistemática atravessou séculos (HUGON, 1973, p 44). Deve-se destacar também que as ideias econômicas dos romanos tinham fins políticos, ou seja, estavam centradas na utilização dos recursos econômicos como instrumentos de dominação e não como promessa de bem-estar.

O registro de tais fatos confirma, de forma clara, o papel desempenhado pelo Estado na imposição de condições relacionadas com as atividades econômicas, sistemática observada ao longo do tempo até os dias de hoje e exercida com intensidade variada, conforme as políticas adotadas pelos governantes.

A Idade Média, período compreendido entre os Séculos V e XIV, caracteriza-se por momentos de obscuridade nos primeiros quinhentos anos, aproximadamente, com retomada do desenvolvimento das atividades econômicas e sociais com maior desenvoltura por

volta do Século XI, com o surgimento e a crescente importância do comércio regional e inter-regional, em que era transacionado grande e variado volume de mercadorias das mais diversas origens. Naquele interregno, observa-se, dentre outros acontecimentos, a ocorrência das Cruzadas e o surgimento e declínio do feudalismo, a consolidação do conceito de propriedade e da legitimidade de posse, assim como a reorganização social com a criação de cidades e ampliação produtiva com reflexos em todo o sistema econômico de então.

A influência da Igreja, comportando todas as áreas do conhecimento, foi responsável pela introdução de conceitos como justo preço e justo salário, bem como pelo uso social da propriedade e, em especial, para a consciência pessoal, ou seja, “a moderação no uso do direito de propriedade, por parte de seu titular, constitui essencialmente um assunto entre ele e Deus” (HUGON, 1973, p. 52). Os sistemas de produção, na Idade Média, seguiam o sistema de autoridade, ou seja, “a economia dentro dos feudos tinha conotação autoritária incontestada, com o senhor feudal determinando as linhas mestras do quê, como e para quem produzir” (ALMEIDA, 2012, p. 129), característica da centralização das decisões no poder político que ainda vigora em muitos estados. Entretanto, o crescimento da burguesia, a revolução industrial, a agonia do feudalismo substituído pelo poder do rei e o surgimento de novos conceitos sobre a sociedade, sobre o Estado e, principalmente, sobre a economia transformaram totalmente as comunidades primitivas, fazendo surgir um novo tempo capitaneado pela modernidade e pelo nascente capitalismo.

Superado o obscurantismo da Idade Média, a humanidade iniciou uma nova fase, caracterizada por grandes alterações em todas as atividades de interesse do homem, em especial na área das ciências humanas. São mudanças que revolucionam e reordenam o conjunto prático/teórico que até o momento vinha regulando e condicionando as relações sociais, abrindo novos campos de conhe-

cimento e pesquisas. As ciências jurídicas e econômicas, por suas próprias características, experimentaram excepcional desenvolvimento com o aparecimento de novas teorias e de estudos voltados para questões relacionadas com o bem-estar, com a riqueza e suas consequências, com o mercado, o capital e o trabalho.

Diversamente do que havia ocorrido na Idade Média, agora o pensamento econômico inicia os primeiros passos na área da administração pública ao indicar para os governantes os caminhos para o aumento da riqueza da nação e do príncipe, frente ao fluxo de metais preciosos provenientes do Novo Mundo, o mercantilismo. Segundo Pinho (1998), as principais transformações determinadas pelo mercantilismo abrangeram, em especial, o campo intelectual, com o Renascimento artístico, literário e experimental; o religioso, com a Reforma e os novos conceitos sobre as atividades econômicas, a cobrança de juros sobre empréstimos e a obtenção de lucro e sucesso nos negócios.

Também registrando significativas alterações no modo de vida das famílias com o afastamento do ascetismo e a busca do bem-estar pessoal, usos de alimentos requintados e habitações confortáveis, etc.; no campo político, o surgimento do Estado Moderno “como coordenador dos recursos materiais e humanos da nação, aglutinador das forças da nobreza, do clero, dos senhores feudais, da burguesia nascente, etc”; e, no âmbito da geografia, a ampliação dos “limites do mundo”, resultante das grandes navegações e conquistas de novos continentes e de suas riquezas. Na área da economia:

O afluxo à Europa de metais preciosos provenientes do Novo Mundo, provocou o deslocamento do eixo econômico mundial: os grandes centros comerciais marítimos não mais se limitaram ao Mediterrâneo, estendendo-se também ao Atlântico e ao Mar do Norte (Londres, Amsterdão, Bordéus, Lisboa, etc.).

O aparecimento de interessantes ideias sobre a moeda possibilitou a elaboração da concepção metalista, base do Mercantilismo: o ouro e a prata passaram a ser considerados os mais perfeitos instrumentos de aquisição de riqueza (PINHO, 1998, p. 33).

A ciência do direito, em especial no período entre os Séculos XVII e XVIII, era dominada pelas ideias do direito natural, com grande influência sobre o direito positivo de muitos países e repercussões em todos os sistemas jurídicos herdados da Idade Média. Na época, pensadores como Hugo Grotius e Thomas Hobbes, seguidos por John Locke, Montesquieu e Jean-Jacques Rousseau, lançavam suas teorias acerca do Estado, sua formação e características, assim como a representatividade, a divisão dos poderes, os limites da liberdade e o papel desempenhado pelo cidadão no contexto social, delineando os primeiros passos de uma interminável jornada.

A Revolução Francesa, em 1789, constitui marco indelével na história humana, pois inspirada em múltiplos princípios políticos e jurídicos seus legisladores “vão construir o sistema jurídico do mundo contemporâneo sobre um certo número de teorias políticas, que dominarão o direito dos países da Europa ocidental e da América nos séculos IX e XX” (GILISEN, 2003, p. 413-414).

Dentre outras teorias que se tornaram referenciais a partir de então, segundo o mesmo autor, destacam-se: a teoria da soberania nacional, que afasta o rei como soberano representante do Estado, colocando em seu lugar o povo e o interesse deste como detentor do poder; a teoria do regime representativo, prevendo a eleição de representantes para exercer os poderes estabelecidos pelos representados por meio de leis; e a teoria da separação dos poderes, destinada a prevenir abusos por parte dos representantes que exercem suas funções através de três segmentos, o executivo, o legislativo e o judiciário. Neste contexto, inicia-se o constitucionalismo, movimen-

to caracterizado pela tentativa de reunir em um mesmo documento escrito as normas sobre a organização política-administrativa do Estado, instituição da separação dos poderes, garantia dos direitos dos cidadãos e formas de representatividade.

Tais limitações dificultaram, num primeiro momento, a aplicação plena das regras idealizada pelo constitucionalismo, dando espaço para que o Direito Privado continuasse exercendo sua influência ainda por longo tempo, conforme atesta Bobbio (1997, p. 21):

O primado do direito privado se afirma através da difusão e da recepção do direito romano no Ocidente: o direito assim chamado das *Pandette* é em grande parte direito privado, cujos institutos principais são a família, a propriedade, o contrato e os testamentos. Na continuidade da sua duração e na universalidade da sua extensão, o direito privado romano adquire o valor de direito da razão, isto é, um direito cuja validade passa a ser reconhecida independentemente das circunstâncias de tempo e de lugar de onde se originou e está fundada sobre a “natureza das coisas”, através de um processo não diverso daquele por meio do qual, muitos séculos mais tarde, a doutrina dos primeiros economistas — depois chamados de clássicos (como foram chamados de clássicos os grandes juristas da idade de ouro da jurisprudência romana) — será considerada como a única economia possível, porque descobre, reflete e descreve relações naturais (próprias do domínio da natureza ou ‘fisiocracia’).

No espaço cronológico em que, redigidas as primeiras constituições, estavam em evidência as ideias liberais difundidas por Locke, principalmente, eram dados os passos iniciais do estudo da economia como importante componente das relações humanas, políticas e sociais. Na época, vigoram as teorias criadas por François Quesnay, que pregava a importância da terra como fator de riqueza.

za de um país, e não os metais preciosos, defendendo também a não intervenção do Estado nas atividades econômicas. A mesma postura quanto ao intervencionismo foi adotada por Adam Smith, considerado o pai do liberalismo econômico, em sua obra “Riqueza das nações”, onde procurou consolidar conceitos como o da mão invisível, mecanismo responsável pelo equilíbrio dos mercados, e o distanciamento do Estado como normalizador ou regulador das relações econômicas.

Centrado, basicamente, no âmbito das relações civis, os sistemas legais de então necessitaram adaptações e aperfeiçoamentos para comportar as diretrizes determinadas pelos novos conceitos, em especial, pela crescente importância do constitucionalismo e das matérias relacionadas com a administração do Estado. É o período em que o Direito Público passa a fazer parte das Cartas Políticas, ensejando mudanças significativas nos relacionamentos internos da sociedade, principalmente quando determina que o bem comum deve prevalecer sobre o individual, ou seja, que em favor daquele o indivíduo deveria renunciar a própria autonomia.

Neste novo contexto, apresenta-se cada vez mais complexo o papel do Estado, mesmo aqueles bem constituídos e com formas e sistemas de governo consolidados, pois, conforme atesta Miranda (2007, p. 29): “Não tem sido fácil encontrar o equilíbrio de liberdade política, liberdade econômica e direitos sociais; ou entre pluralismo político e pluralismo econômico ou coexistência, por vezes, constitucionalmente garantida de várias categorias de iniciativa econômica e de vários setores de propriedade dos meios de produção”.

No mesmo sentido, reconhecida a importância da economia nas relações de poder, tem-se que, elevada à condição de “valor primário”, a liberdade econômica tende, naturalmente, a concentrar riquezas gerando desigualdades sociais e limitações ao exercício das demais liberdades, com enfraquecimento do pluralismo político, re-

ferências indicadoras da importância da economia nas relações de poder (MIRANDA, 2007). E é diante de tais dilemas que os Estados, por meio de regras estabelecidas no seu ordenamento jurídico, procuraram conviver buscando compatibilizar interesses conflitantes, onde o aspecto econômico se apresenta com especial destaque.

O inter-relacionamento entre o Direito e a Economia, de acordo com Almeida (2012, p. 112), “está inteiramente consolidada na Constituição Econômica brasileira de 1988, considerando que a hermenêutica moderna evidencia a interconexão de todos os títulos e emendas constitucionais”. Neste sentido, já no seu preâmbulo, a Constituição define “a ideologia adotada e também a direção da política econômica”, determinando os parâmetros que devem regulamentar a vida jurídica nacional, nos seguintes termos:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (CONSTITUIÇÃO FEDERAL/1988).

Efetivamente, tais diretrizes, quando não explicitadas, estão implícitas em muitos dos artigos e leis dela emanadas, indicando a forte influência de fatores econômicos no seu conjunto, característica também evidenciada no seu artigo 170 da CF/88. De outro lado, embora concorrente com os Estados e com o Distrito Federal para legislar sobre o direito tributário, financeiro, penitenciário, econô-

mico e urbanístico, conforme previsão do artigo 24, da CF/88, à União é atribuída competência para legislar e conduzir matérias relacionadas com áreas econômico-financeiras do País, com a responsabilidade para a execução da política monetária, de crédito, cambial e de comércio exterior, detendo ainda o poder de emitir moeda, de acordo com o artigo 48.

Neste contexto, o encaminhamento de propostas de leis econômicas tem origem, principalmente, no âmbito da União Federal, visto que, além da tutela das relações sociais, deve o Estado definir políticas e traçar diretrizes buscando o atendimento de seus objetivos, compromisso indicado no artigo 3º, da CF/88. Acompanhando referidas premissas, a sociedade civil, através de seus representantes, também procura obter avanços em diversas de suas áreas de influência, oferecendo proposições legislativas orientadas para o atendimento de interesses gerais ou específicos, de acordo com as ideologias corporativas e/ou partidárias a que estejam vinculadas.

Diante do exposto, mostra-se como de fundamental importância o estudo da ciência jurídica sob o prisma dos interesses econômicos, haja vista que, conforme demonstrado ao longo da história, referidos fatores condicionaram, de uma ou outra forma, os resultados do processo legislativo. É com este foco que o assunto é tratado nos tópicos seguintes.

2. PROCESSO LEGISLATIVO BRASILEIRO

O processo legislativo, entendido como o conjunto sequenciado de procedimentos que interagem na formulação de normas de direito, compreende os atos regimentais e as fases percorridas pela matéria proposta, conforme diretrizes constitucionalmente definidas. Neste capítulo, serão tratados, resumidamente, aspectos

gerais relacionados com o desenvolvimento do referido processo no âmbito do Poder Legislativo, tomando como base as orientações constantes do regimento de cada uma das Casas Legislativas, em especial o Regimento Interno da Câmara Federal.

O ordenamento jurídico brasileiro observa a sistemática utilizada pela grande maioria dos países onde o sistema constitucional é adotado e toma as diretrizes emanadas da Constituição, consideradas como a Lei Maior e o topo da pirâmide hierárquica, como referência para toda sua produção legislativa. Instituído como República Federativa e constituído o Estado Democrático de Direito, o Brasil adota a divisão do poder como fundamento do Estado, estabelecendo a atuação independente e harmônica do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, disposições constantes da Constituição Federal de 1988 – CF/88.

De outra parte, a federação compreende a união indissolúvel de estados, municípios e distrito federal, compondo sistema organizacional com atribuições político-administrativas relativamente independentes e regidas por disposições constitucionais que delimitam a competência de cada um dos referidos níveis federativos. Presentes, assim, os três níveis de governo, federal, estadual e municipal, aí incluído o Distrito Federal, a Constituição Federal de 1988, através dos seus artigos 22, 23, 24, 25, 30-I e II e 32, § 1º, notadamente, estabelece a competência legislativa de cada uma das referidas esferas federativas.

No âmbito federal, foco deste tópico, o atual processo legislativo brasileiro está disciplinado a partir do artigo 59 da mesma Constituição, que prevê, como espécies normativas, as emendas à Constituição, as leis complementares, as leis ordinárias, as leis delegadas, as medidas provisórias e os decretos legislativos e resoluções. Cada uma de tais figuras segue regras próprias de tramitação para definitivo ingresso no ordenamento jurídico nacional.

As leis, aqui tratadas em sentido amplo, são resultantes da deliberação, aprovação, sanção e promulgação, seguindo cada espécie, os requisitos e procedimentos regulamentares correspondentes. Considerando os aspectos que interagem em cada fase do processo legislativo, detalhados nos regimentos internos de cada Casa do Congresso e no regimento comum, para efeito deste trabalho, serão apresentados, resumidamente, os principais passos percorridos pela proposta de lei acolhida pela Câmara, assim como seu encaminhamento após aprovação naquela Casa Legislativa.

Inicialmente, deve-se ressaltar que a primeira fase do processo para a criação de uma lei é semelhante nas duas Casas Legislativas e compreende, basicamente, a apresentação da proposição com os termos do projeto correspondente. No Senado o assunto é tratado a partir do art. 230 do seu Regimento Interno, onde estão dispostas todas as regras correspondentes. Na Câmara, o artigo 100 de seu Regulamento Interno. Embora mencionem outras figuras, as proposições efetivamente componentes do processo legislativo se restringem às de emenda à Constituição e aos projetos de lei, de decreto legislativo e de resolução. As demais figuras compõem espécies diversas, não normativas.

Assim, além do nível qualitativo para encaminhar a proposição, algumas matérias não são passíveis de proposta de alterações, pois, tidas como “cláusulas pétreas”, não admitem mudanças: a forma federativa do Estado, o direito ao voto para escolha de representantes, a divisão do poder, a harmonia e a independência do executivo, do legislativo e do judiciário e os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

Os projetos de lei, por sua vez, objetivam criar ou alterar normas em vigor podendo abranger lei ordinária e lei complementar. Com menor nível de exigências comparativamente às previstas para emendas à Constituição, a modalidade lei ordinária admite

possibilidade de proposição através de iniciativa popular. Os projetos de decreto legislativo decorrem de disposições constitucionais que determinam a exclusividade do Congresso Nacional para decidir assuntos exclusivos, tais como a fixação dos subsídios de deputados e senadores e apreciação das contas do Presidente da República. São restritos, basicamente, aos membros do Congresso Nacional, da mesma forma que acontece com os projetos de resolução; destinam-se a tratar matérias de interesse interno e de competência exclusiva da Câmara e/ou do Senado. As emendas, os pareceres, os recursos e algumas espécies de requerimentos são instrumentos de uso administrativo interno das Casas Legislativas, tratados nos Regimentos Internos de cada uma daquelas instituições.

As proposições percorrem longo caminho até a definição de seu destino. Inicialmente, antes de seu encaminhamento para deliberação pelas comissões pertinentes ao assunto, as proposições devem ser analisadas pelas comissões de Finanças e Tributação, Constituição e Justiça e de Cidadania e, se for o caso, pela Comissão Especial, para verificação dos eventuais aspectos financeiros e orçamentários, constitucionalidade e legalidade, e admissibilidade, respectivamente, conforme determinado no art. 53, do RI. Assim, concluído o referido exame, a Presidência da Casa Legislativa deve determinar sua publicação e encaminhamento para a comissão ou comissões competentes para exame e parecer sobre a viabilidade da proposição, aprovação ou rejeição e demais procedimentos disciplinados nos artigos 56 a 59 do RI.

Além das permanentes, podem ser criadas comissões temporárias, previstas no artigo 33 do RI, para tratar de assuntos Especiais, Inquéritos e Relações Externas, com funções específicas relacionadas com o exame e parecer sobre fatos com maior nível de complexidade, tais como projetos de emendas constitucionais, CPIs e relações com outros países, especificidades tratadas nos artigos 34 a 38, do RI.

No âmbito das comissões, a providência inicial a ser tomada por sua presidência é a designação de um relator para exame e parecer sobre a matéria, ocasião em que também verificará se a proposição se comporta em seu poder conclusivo, ou seja, se é passível, ou não, de ser encaminhada para o Plenário. Sobre isso, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 58, § 2º, I, prevê a possibilidade de decisão sobre determinados assuntos pela própria comissão, sem necessidade de encaminhamento ao Plenário. Tal atribuição, que valoriza em muito o papel das comissões, está disposta nos artigos 24 e 132 do Regimento Interno da Câmara Federal.

Em qualquer situação, entretanto, o relator deverá examinar a matéria em conjunto com os demais membros da respectiva comissão e emitir relatório circunstanciado consignando os termos da proposição principal e todas as informações sobre a sua tramitação. Ao relatório juntará o seu voto contendo opinião fundamentada acerca da aprovação ou rejeição do assunto. As comissões estão sujeitas a prazos para emitir seus pronunciamentos, variáveis de acordo com o regime de tramitação da matéria e alteráveis em condições especiais, sendo os principais assim distribuídos: cinco sessões para o regime de urgência, dez sessões no caso de prioridade e quarenta sessões para tramitação ordinária, conforme artigo 52 do RI.

Enquanto conduzida pelo relator, a proposição passa por diversas fases, compreendendo discussões, emendas, votação e aprovação integral, parcial ou rejeição, observando em cada uma delas procedimentos próprios regulamentados nos artigos 57 a 59 de seu Regimento Interno. Depois de aprovado o parecer sobre a matéria submetida a seu exame, se a proposição estiver na competência conclusiva da comissão, todo o processo correspondente deve ser encaminhado à Mesa da Câmara para as providências em seu âmbito, ou seja, anúncio da decisão ao Plenário e abertura de prazo para recurso contra a deliberação.

Superada tal fase, a proposição será encaminhada para a Comissão de Constituição e Cidadania para que a mesma elabore a redação definitiva do texto, ou seja, adequação dos termos da proposição aprovada às normas redacionais legalmente definidas para encaminhamento, conforme o caso, à promulgação, ao Senado Federal ou ao Presidente da República, procedimentos previstos no artigo 58 do RI. No caso de proposição dependente da liberação do Plenário, igualmente, o processo e o respectivo parecer serão encaminhados à Mesa para que a mesma o encaminhe para deliberação do Plenário, na forma do artigo 59 do RI.

No Plenário, a proposição deverá passar pelas fases de discussão, eventuais emendas e votações. Estas, conforme previsto nos artigos 132, 180 184 a 189, admitidas duas modalidades de votação, ou seja, votação simbólica e nominal. A simbólica é realizada através do pedido do Presidente dos trabalhos para que, estando de acordo, os deputados permaneçam como estão e os contrários à aprovação manifestem-se levantando a mão. A nominal é realizada por meio do painel eletrônico, com utilização de senha individual, na forma do artigo 168 do RI.

Quando da tramitação da proposição no Plenário, poderão ocorrer diversos incidentes regimentais, previstos no Regimento Interno das Casas, aí incluídas manobras tendentes a facilitar ou dificultar a aprovação da matéria, como os requerimentos de destaque, por exemplo, para que determinado tópico seja votado em separado (arts. 189 e ss., RI). Concluída a votação e aprovação pelo Plenário, a matéria deverá ser encaminhada para redação final pela Comissão de Constituição e Cidadania, realizada nova votação sobre a redação definitiva e só então encaminhada em autógrafos à sanção, à promulgação ou ao Senado, conforme o caso (art. 200, RI). Os procedimentos especiais que regem a tramitação de propostas de emenda à Constituição, por exemplo, estão disciplinados

a partir do artigo 201 do RI e seguem procedimentos semelhantes, em alguns aspectos, aos tratados anteriormente, razão por que não serão tratados neste trabalho.

As proposições aprovadas em uma das Casas Legislativas são encaminhadas à outra para apreciação. Naquela, seguirá os procedimentos previstos no respectivo Regimento Interno. A figura 1 exemplifica o fluxo constitucional de um projeto de lei. Na segunda Casa, as providências sequenciais deverão seguir as diretrizes previstas para os casos de aprovação da proposição na íntegra ou com emendas. No primeiro caso, o processo será encaminhado à Presidência da República ou à promulgação, se for o caso. Se aprovada com emenda, a proposição retornará para a Casa originária para exame das alterações realizadas.

Na hipótese de proposição aprovada com emendas à última palavra, caberá à Casa originária do processo condição que não alcança, entretanto, a proposição de emenda à Constituição. Neste caso, a proposição transitará entre as duas Casas até o momento em que haja consenso sobre o texto definitivo da emenda prevista, sendo necessário, então, ser aprovado integralmente em dois turnos de votação em cada uma das Casas para seu ingresso no ordenamento jurídico.

Concluídas as fases de tramitação e de definitiva aprovação pelas Casas Legislativas, o projeto de lei deve ser encaminhado ao Presidente da República para sanção ou veto. No caso de sanção, que poderá ser explícita ou tácita, de acordo com a manifestação ou não, pelo Presidente, no prazo de quinze dias úteis, o projeto será encaminhado à promulgação. Caso a decisão do Presidente seja pelo veto, suas razões deverão ser fundamentadas na constitucionalidade ou interesse público, e comunicado o fato ao Presidente do Congresso Nacional. Este deverá convocar sessão conjunta das duas casas para exame e decisão a respeito, ressaltando que o veto

só poderá ser derrubado pelo voto secreto da maioria absoluta dos membros de cada uma das Casas Legislativas. A comunicação ao público em geral de que uma lei foi aprovada e entrará em vigor é efetivada através da promulgação, tipo de ato declaratório que determina o encaminhamento da lei para publicação em órgão oficial.

Descritos, resumidamente, os trâmites inerentes ao encaminhamento do processo legislativo, serão tratados os reflexos decorrentes da transformação das proposições em leis, notadamente daquelas relacionadas com a intervenção do Estado na economia, e as repercussões resultantes da participação dos diversos agentes que para isso contribuem. Dentre os agentes que atuam no processo legislativo, merecerão especial tratamento as bancadas parlamentares e a atuação de grupos de pressão, de interesses ou lobby.

3. A ECONOMIA E SUA INFLUÊNCIA NO PROCESSO LEGISLATIVO

A democracia, tida como forma de governo em que o poder emana do povo e em seu nome é exercido por meio dos seus representantes, contempla “o exercício do poder através de quem ele escolha ou de quem tenha a sua confiança”, ou seja, “a representação política é o modo de o povo, titular do poder, agir ou reagir relativamente aos governantes” (MIRANDA, 2007, p. 49). De outra parte, o Estado de Direito compreende o atendimento do princípio da legalidade, segundo o qual todos devem se submeter à lei, em especial à lei fundamental, que é a Constituição, assim como o princípio da separação de poderes, que determina atribuições distintas para o Executivo, o Legislativo e o Judiciário (OLIVEIRA, 2008).

Assim, fica claro que a adoção de políticas públicas específicas depende da criação de aparato legal que ampare, além da Administra-

ção Pública, o planejamento estratégico e todas as ações que forem determinantes para o atingimento dos objetivos desejados, independentemente da corrente ideológica seguida. Ao longo de sua história, o Brasil foi submetido a inúmeras variantes de políticas econômicas, passando por períodos de intervenção moderada, em seus primeiros tempos, até grandes intervenções exemplificadas pelos planos econômicos dos anos 1986 a 1994. Apesar da menor intensidade e impacto sobre a população, pode-se dizer que ainda é significativo o grau de intervenção do Estado na economia nacional (OLIVEIRA, 2008).

A história também tem mostrado que na condução das ações governamentais as políticas econômicas brasileiras variam de acordo com as diretrizes traçadas pelo determinismo político dominante, alternando ou conjugando tendências liberais, intervencionistas e mistas dependendo dos interesses envolvidos. Definido como um dos principais responsáveis pela condução da atividade econômica do Estado, conforme inteligência do art. 174, da CF/88, a iniciativa das leis relacionadas com as correspondentes políticas públicas é, normalmente, do Poder Executivo.

No exercício desta função, além da iniciativa de projetos de lei, cujo trâmite deve ser iniciado na Câmara dos Deputados, o Presidente da República tem competência para legislar, nas situações previstas, por meio de Medidas Provisórias, prerrogativa que tem sido utilizada, com frequência, desde sua instituição pela Constituição Federal de 1988. É o que aconteceu, por exemplo, com o programa de privatização de empresas públicas criado pela Medida Provisória 155, de 15/3/1990, convertida na Lei 8031, de 12/4/1990, esta revogada pela Lei 9.491, de 9/9/1997, ainda em vigor. Note-se que o referido programa, com objetivos claramente definidos, estava inserido no âmbito das políticas públicas direcionadas pelas teorias neoliberais presentes no governo de então, que pugnavam por maior distanciamento afastamento do Estado das atividades econômicas.

Num outro momento, também por meio de Medida Provisória, esta de nº 132, de 20/10/2003, posteriormente convertida na Lei 10.836, de 9/1/2004, foi criado o Programa Bolsa Família, com os seguintes objetivos:

Art. 1 Fica criado, no âmbito da Presidência da República, o Programa Bolsa Família, destinado às ações de transferência de renda com condicionalidades.

Parágrafo único. O Programa de que trata o *caput* tem por finalidade a unificação dos procedimentos de gestão e execução das ações de transferência de renda do Governo Federal, especialmente as do Programa Nacional de Renda Mínima vinculado à Educação – ‘Bolsa Escola’.

Neste caso, com outro foco, o Estado intervém na vida econômica do País amparado em objetivos sociais e acionamento da sua função distributiva, ou seja, transferindo recursos para as classes menos favorecidas da população, mostrando, de forma clara, o duplo viés adotado pelo Estado brasileiro, ou seja, liberal e social. Em ambas as situações exemplificadas, bem como em grande parte das formas de intervenção do Estado na economia, também se mostram significativos os reflexos delas resultantes, pois políticas inadequadas podem comprometer os destinos de um país, positiva ou negativamente, conforme evidenciado pela história.

A participação direta da sociedade na proposição de leis, no Brasil, apresenta grandes dificuldades em face dos requisitos estabelecidos constitucionalmente para que isso ocorra, fato constatado pela simples leitura do §2º, do artigo 61, da CF/88. Ante os limitadores da Ação Popular, a proposição legislativa só acontece por meio da atuação dos agentes listados no *caput* do artigo 61, da CF/88, ou seja, “[...] cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Na-

cional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República [...]”.

Assim, eventual interferência da sociedade no processo legislativo também depende do posicionamento de seus representantes ou de figuras institucionalizadas que auxiliam na tramitação das proposições, intervenções que podem influenciá-las de forma positiva ou negativa, de acordo com os interesses em jogo. A Câmara dos Deputados também abre a possibilidade da apresentação de sugestões, coletivas ou individuais, à Comissão Legislativa Participativa, encarregada de acolher e compilar referidas proposições para possível aproveitamento, conforme previsto no Portal da Câmara dos Deputados, na aba “sua proposta pode virar lei”. Apesar da tentativa de agregar recurso democrático ao sistema, a abertura pode oferecer riscos de desvirtuamentos em face da possibilidade de acesso ou interferência por elementos que buscam atendimento de interesses particularizados, prejudiciais ao conjunto da sociedade.

3.1 Os grupos de interesse ou de pressão ou lobby

Na literatura pesquisada, não foi possível definir claramente a diferenciação existente entre lobby, grupo de interesse e grupo de pressão no processo legislativo. Entretanto, o ponto comum em todos os casos é a busca pelo atendimento de suas pretensões com atuação centrada no processo de produção normativa acompanhado desde a idealização e proposta inicial, negociações e ajustes, até a votação e aprovação da nova lei (MEYER-PFLUG, 2009).

Para efeito deste trabalho, os termos são usados como sinônimos ou similares, identificados com indivíduos ou grupamentos de pessoas e/ou parlamentares unidos por laços de afinidade econômica com o objetivo de influenciar no processo legislativo em prol de interesses exclusivos, de interesses de corporações ou de

interesses de um ou mais poderes do Estado. Segundo Coelho e Junqueira (2013, *online*):

Os profissionais do lobby atuam durante o processo decisório do país, portanto, são atuantes nos três Poderes. No âmbito do Poder Legislativo, por exemplo, os lobistas atuam durante todo o processo de produção normativa, desde as proposições parlamentares, passando pela negociação e até a aprovação dos projetos de lei. Antenor Madruga salienta no tocante ao lobby no Legislativo que: ‘Todos têm direito de fazer lobby: falar e convencer. O convencimento faz parte do processo. O Congresso trabalha com verdades relativas e não absolutas, assim cabe o convencimento’. Já no Poder Executivo sua atuação se dá na ocasião das execuções de políticas públicas e no Poder Judiciário quando das decisões de temas relevantes.

Assim, no âmbito do Poder Executivo, o governante se utiliza, normalmente, de assessores especializados para subsidiar decisões e formatar diretrizes orientadoras das políticas públicas escolhidas. Além dos órgãos componentes da estrutura própria, o Presidente conta com fontes de informações representadas por consultores e entidades identificadas com os interesses políticos e econômicos vigentes, também eles fontes de proposições legislativas.

Observa-se, a propósito, que amiúde projetos encaminhados pelo Executivo são submetidos a intensos debates e negociações antes de serem transformados em leis. Tal ocorre, em especial, no caso de matérias polêmicas, não consensuais e/ou quando o governo não conta com sólida base de apoio nas Casas Legislativas. São nestas situações que o lobby pode atuar por meio de assessores e servidores do Executivo e dos ministérios e demais órgãos vinculados (MEYER-PFLUG, 2009).

No âmbito do Legislativo, além dos grupos de interesse ali localizados, as bancadas parlamentares podem desenvolver suas es-

tratégias, favoráveis ou contrárias às proposições, com a utilização de simpatizantes vinculados aos diversos setores em que possuem influência, ou seja, o lobby pode ocorrer tanto no próprio recinto interno quanto nas áreas externas do Congresso. De outro lado, as ações desenvolvidas variam, podendo ser restritas e coordenadas pelos próprios parlamentares e suas assessorias, ou amplos, envolvendo diversas bancadas, formando frentes suprapartidárias e informais com objetivos previamente acordados. Nestes casos, de acordo com Pardellas (2011, *online*), estas associações estão assim caracterizadas:

Com uma agenda própria, alheias aos embates das legendas e indiferentes às cores partidárias, pelo menos 17 grandes bancadas informais exercem hoje enorme influência no Congresso, orientam a atuação parlamentar e revelam o grande poder dos lobbies em Brasília. Por trás desses grupos de pressão organizados, encontram-se verdadeiros conglomerados corporativos, associações, confederações, empresas e movimentos da sociedade civil. Garantindo a coesão dessas frentes pluripartidárias, é corriqueiro encontrar poderosos financiadores de campanhas, que trabalham diuturnamente para ver seus interesses atendidos no Legislativo. Ao contrário das bancadas dos partidos, não é o tamanho dos blocos temáticos que determina suas forças. Importante, no caso, tem sido a capacidade de mobilização. [...] A disputa ferrenha entre as bancadas suprapartidárias e “grupos de pressão” por espaço e influência no Congresso mostra que o lobby, prática que cresceu no Brasil a partir da Constituinte de 1988, está cada vez mais transparente no País, embora não seja ainda regulamentada por lei, como nos EUA. Há pouco tempo, o lobby era quase sempre relacionado a atividades ilegais. Casos de tráfico de influência seguem sendo tratados como fruto do trabalho de lobistas, mas nos últimos 20 anos ganhou corpo uma categoria de profissionais que vem se pautando por uma atuação à luz do dia.

A Figura 2, constante da página seguinte, ilustra a constituição de algumas das diversas bancadas parlamentares que atuam no Congresso Nacional. Apesar de referenciada no ano de 2011, pela revista IstoÉ, os dados ali registrados não sofreram alterações significativas, conforme pode ser constatado no portal da Câmara dos Deputados (www.camara.gov.br/internet/deputado/frentes.asp), onde se encontram listadas inúmeras bancadas vinculadas aos respectivos grupos de interesse.

Figura 2 – Bancadas do Congresso Nacional segundo sua vinculação a grupos de interesse.



Fonte: Pardellas (2011, *online*)

Conforme exposto, em função da dinâmica econômica e das opções estratégicas de governo, a interferência do Estado se faz necessária, frequentemente, para direcionar e validar políticas públicas, além de corrigir falhas, deficiências e/ou distorções decorrentes do próprio funcionamento dos mercados, utilizando, para isso, sua base de sustentação política. De outro lado, os agentes formadores da sociedade civil e dos variados segmentos econômicos que interagem no desenvolvimento de suas atividades, buscam, constantemente, a tutela do Estado para assegurar-se da proteção e, eventualmente, da obtenção de benefícios que facilitem o atingimento dos seus objetivos sociais ou econômicos, contando também com o apoio de entidades politicamente organizadas.

Em algumas situações, há convergência de interesses, fazendo com que a respectiva proposição seja transformada em lei num espaço de tempo relativamente curto, apesar da complexidade da matéria. Exemplo de tal situação ocorreu com o Projeto de Lei nº 3.118, que “Dispõe sobre a Política Nacional de Turismo, define as atribuições do Governo Federal no planejamento, desenvolvimento e estímulo ao setor turístico, e dá outras providências”, originado na Presidência da República e encaminhado à Câmara dos Deputados no dia 27/03/2008. No caso:

Os grupos de interesses organizados em torno da Confederação Nacional do Comércio, Bens, Serviços e Turismo e da Câmara Empresarial de Turismo (CNC/CET) atuaram para que, em apenas seis meses, obtivessem a aprovação do Projeto de Lei nº 3.118, de 27 de março de 2008 (projeto da Lei do Turismo), dentro da Câmara dos Deputados. A CNC/CET, por meio dos seus membros, é ligada especificamente às vinte e quatro associações e a segmentos do turismo [...]. Na tramitação do projeto de lei dentro da Câmara dos Deputados, essa Organização (atuou diferentemente, inclusive em

audiência pública relatada no item 3.2, em visitas a parlamentares, exercendo a função típica de grupo de pressão (itens 2.1 e 2.2) para convencer, por meio do contato pessoal, da relevância do projeto de lei para o desenvolvimento do turismo e que o mesmo já tinha um texto alinhado com o pensamento do governo e do setor privado. É importante frisar que, na pauta dessa audiência pública realizada na CTD, a CET/CNC era a única participante como representante do empresariado, evidenciando sua ação como grupo de pressão. Quando o projeto foi apresentado à Câmara dos Deputados, esse grupo começou a agir sobre o parlamento, transformando-se em um grupo de pressão por meio do contato com líderes de partidos, audiência pública, visando, assim, obter, por intermédio da pressão, seus objetivos, isto é, influenciou uma decisão, qual seja a aprovação do projeto da Lei do Turismo o mais rápido e com o menor número de emendas possíveis (ZASTAWNY, 2012, p. 35, 56).

Em outras ocasiões, o que é mais comum, os diversos segmentos institucionalizados atuam, de forma massificada, para alcançar seus objetivos. Neste sentido, Dowbor (2001) assim se manifesta com relação ao que acontece no legislativo nacional:

No Brasil, há pelo menos cinco grandes grupos que possuem um amplo estruturado sistema de interferência nas decisões políticas. As grandes empreiteiras são literalmente donas de deputados, senadores, juizes, diretores, frequentemente de ministros, e ninguém duvida do poder real que manejam, apesar de ninguém ter votado nelas. Outro grupo de poder político organizado são as grandes empresas de mídia, que na tradição da manipulação e chantagem política tão bem desenvolvidas por Assis Chateaubriand, ‘valem’ milhões de votos, por mais que o sistema formalmente seja de ‘um homem um voto’. Os usineiros e grupos de grandes latifundiários, do-

nos da chamada ‘bancada ruralista’, dão continuidade ao poder político organizado de grupos econômicos ainda desde o século passado, manejando a imensa máquina de especulação fundiária e de subsídios, ambos vitalmente dependentes do poder político. Um quarto grupo são os grandes bancos, que também fazem periodicamente os seus próprios ministros, mas que têm sobretudo uma máquina permanente e bem estruturada dentro do sistema político formal. Um quinto grupo que deve ser mencionado são as grandes montadoras multinacionais de automóveis, que conseguiram a grande proeza de ser simultaneamente multinacionais e protegidas da concorrência internacional, levantando alto a bandeira da indústria nacional. O poder das montadoras, que se constata por exemplo nos volumes de financiamento a candidatos presidenciais, resulta da própria importância da cadeia técnica do automóvel, que inclui as concessionárias, as autopeças, o sistema de distribuição de combustível e outros grupos de atividades que colocam de certa forma as montadoras no topo de uma gigantesca pirâmide econômica. Também estas empresas souberam constituir a correspondente rede política. Pode-se privilegiar estes cinco grupos de poder econômico informalmente estruturados como poder político, ou outros, ou ainda acrescentar segmentos regionalmente poderosos.

Relativamente às formas de atuação, com base na reportagem produzida por Pardellas (2011, *online*), algumas situações são exemplificativamente expostas para mostrar casos de sucesso decorrentes da interferência de grupos de interesse no processo legislativo, assim como a motivação que leva muitos parlamentares assim agirem:

Um exemplo disso é a chamada bancada da saúde. Em número de integrantes, ela é a sétima do Con-

gresso – menos robusta que a ruralista ou sindical (leia quadro na pág. 45). Reunindo 50 parlamentares, a bancada divide-se em pelo menos três grupos: o dos que defendem a saúde pública, estatal e gratuita; o grupo que dá voz aos interesses privados, com fins lucrativos, entre eles os planos de saúde; e, por fim, a turma favorável às Santas Casas, que fazem filantropia e recebem recursos públicos. Os parlamentares da bancada da saúde, no entanto, costumam quintuplicar os apoios quando estão em jogo os interesses das entidades que representam. [...] A relação direta entre doações e empenho parlamentar também se evidenciou no episódio da derrubada da proibição dos inibidores de apetite. A maioria dos deputados que esteve ao lado dos laboratórios recebeu doações da indústria dos remédios durante a campanha do ano passado. Entre os beneficiários aparecem os deputados Saraiva Felipe (PMDB-MG) e Osmar Terra (PMDB-RS). Por intermédio da Interfarma (Associação da Indústria Farmacêutica de Pesquisa), os dois receberam R\$ 150 mil de laboratórios multinacionais. Outro parlamentar pertencente à bancada da saúde, o deputado Bruno Araújo (PSDB-PE), foi contemplado com R\$ 50 mil. No total, a Interfarma doou R\$ 1,8 milhão para 20 candidatos. Desses, 13 se elegeram. [...] Os planos de saúde, lançando mão da mesma prática, investiram R\$ 12 milhões em doações nas eleições de 2010. Elegeram 38 parlamentares, dez a mais do que em 2006. As empresas do setor esperam que seus parlamentares agraciados derrubem, este ano, o projeto que obriga as operadoras a justificar por escrito eventual recusa em realizar exames e internações. O deputado mais beneficiado com recursos dessas fontes foi Doutor Ubiali (PSB-SP), que recebeu R\$ 285 mil da Federação das Unimeds de São Paulo. O parlamentar, que, em 2010, relatou e conseguiu aprovar projetos do agrado do setor, é um dos críticos mais ferozes dos procedimentos adotados pelo SUS. ‘O ressarcimento ao SUS pelo atendimento de quem possui plano de saúde é exagerado’, diz ele.

Ainda com relação às interferências que se verificam no processo administrativo, podem ser destacadas distorções decorrentes da utilização de artifícios regimentais que possibilitam a introdução ou retirada de dispositivos jurídicos de interesse de segmentos específicos, como bem exemplificado no texto a seguir e no trâmite da lei indicada:

Desde 15 de Maio, a Lei 12.810 sancionada pela presidente Dilma tirou direitos do cidadão ao mudar texto do Código de Processo Civil (CPC). Agora, quem entrar em litígio com o banco sobre financiamento ou empréstimo, é obrigado a continuar a pagar as prestações, até a decisão da sentença – mesmo que a instituição esteja errada. Pelo novo Parágrafo no Artigo 285-B, o cidadão deve destacar de parte do contrato quais os valores que pretende incluir em litígio, mas é obrigado a continuar a pagar os outros valores pré-acordados. Antes da mudança, o cliente tinha o direito de suspender totalmente o contrato ou depositar em juízo, até a decisão judicial. A mudança do CPC foi incluída em emenda pelo relator, senador Romero Jucá (PMDB-RR), na MP 585/2012, que não tinha nada a ver com este assunto, convertida em lei. A MP liberou R\$ 1,95 bilhão a estados e municípios exportadores para compensações pelas perdas de arrecadação da Lei Kandir.

O chamado ‘contrabando’ na MP passou ‘despercebido’ pelo Senado. Venceu o lobby da poderosa Federação Brasileira dos Bancos, que representa as instituições financeiras que mais lucraram na História do País.

Há um imbróglio jurídico nessa questão do ‘contrabando’ patrocinado por Jucá. O artigo 62 da Constituição, Parágrafo 1º, Item b, proíbe que se mude CPC por Medida Provisória. A brecha para a manobra ocorreu, porém, porque a MP foi convertida em lei na tramitação (MAZZINI, 2013).

O referido subterfúgio não é incomum, visto que, ao não serem observadas as diretrizes da Lei Complementar 95, de 26/2/1998, que “estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona”, sistematicamente tem ocorrido a divulgação de leis abrangendo assuntos variados, sem qualquer vinculação entre si, mas envolvendo aspectos de natureza econômica. O procedimento, além de dificultar sobremaneira o exame e avaliação de seu alcance no conjunto do ordenamento jurídico nacional, encerra riscos na aplicação de normativos alterados e/ou tacitamente revogados, já que em muitos casos o afastamento expresso não é informado.

CONCLUSÃO

A vinculação entre a economia e o direito está demonstrada nos relatos sobre a evolução histórica das ciências econômicas e jurídicas, materializada por meio da indicação dos reflexos motivados pela instituição de leis reguladoras das relações socioeconômicas. Assim, no exame das primitivas sociedades, pode-se inferir que a introdução de regras de relacionamento e convivência foi fundamental para a preservação do homem e seus descendentes em um mundo inóspito e violento, onde se prioriza a luta por bens indispensáveis para a sobrevivência da espécie.

No transcorrer da evolução, os sistemas normativos foram se aperfeiçoando e se adaptando às novas situações resultantes do crescimento populacional, das relações comerciais, dos modelos de produção de alimentos e de bens em geral e da ampliação dos conglomerados urbanos, dentre outras, mas principalmente em decorrência da criação e organização do Estado como instituição agregadora de interesses econômicos e sociais. Dessa forma, a adoção do constitucionalismo e da representatividade democrática do Estado

de Direito ensejaram o incremento da normatização envolvendo inúmeras situações em que a segurança jurídica se faz indispensável, notadamente relacionada com aspectos econômicos como as da posse e da propriedade, dos contratos e empréstimos, da herança e da sucessão, por exemplo, no âmbito privado.

No mesmo sentido o exercício da função estatal, caracterizado pela formalização e administração das políticas públicas e dos bens do Estado, focando a defesa, a segurança e o bem-estar social, também exige a instituição de aparato legal, pois, ante as limitações impostas pelo princípio da legalidade, o administrador público só pode fazer o que a lei permite. Neste contexto, o cuidado com a formulação e implementação das leis se apresenta de fundamental importância, vez que as repercussões delas resultantes possuem amplo alcance, notadamente quando geradas na esfera federal, podendo influenciar significativa gama de atividades. Maior atenção merece o assunto quando as proposições envolvem aspectos econômicos, oportunidade em que sempre entram em disputas interesses particularizados.

No Brasil, entretanto, mesmo utilizando breve análise, fica evidente que o processo legislativo apresenta vulnerabilidades que podem ensejar o total comprometimento dos resultados pretendidos, tanto no que se refere a proposições geradas pelo Executivo quanto pelo Poder Legislativo, em especial em face da possibilidade da interferência dos grupos de interesses, de pressão ou lobby. Efetivamente, conforme já exposto, o processo de formulação das leis se apresenta sujeito a influências desde o momento em que se dá o ingresso das proposições legislativas até a finalização e implementação da lei, mediante atuação de intervenientes que podem realizar mudanças ou afastar proposições, conforme atenda ou não os interesses em jogo.

Entre tais intervenientes, destacam-se os grupos constituidores dos lobbies institucionalizados, como é o caso das bancadas

parlamentares formadas para cuidar, preferencialmente, dos interesses de seus representados, dentre os quais os produtores rurais, os empresários, as instituições financeiras, os sindicalistas e outros não menos atuantes. Além daqueles, atuam junto às Casas Legislativas, ao Executivo e aos demais órgãos governamentais de ponta outras entidades, informais ou especializadas, que individual ou coletivamente procuram influenciar no encaminhamento e resultado das propostas e de outras proposições legislativas, em consonância com os interesses econômicos dos organismos por eles representados.

Como resultado, verifica-se a ativação de normas tendenciosas ou economicamente prejudiciais aos interesses da sociedade em geral, mas beneficiando grupos ou segmentos particularizados, fato facilmente detectado quando do aprofundamento do exame de muitas das leis brasileiras. Assim, identificados os diversos aspectos do inter-relacionamento existente entre o Direito e a Economia, mostrados ao longo do presente trabalho, conclui-se que a economia, pela força e consequências da sua importância, efetivamente influencia a formatação do ordenamento jurídico, brasileiro em especial.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Luiz Carlos Barnabé de. **Introdução ao Direito Econômico**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2013;

BRASIL. **Regimento Comum**: Resolução nº 1, de 1970-CN e normas conexas. Brasília: Congresso Nacional, 2011.

BRASIL. **Regimento interno da Câmara dos Deputados** [recurso eletrônico]. 11. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013.

BRASIL. **Regimento Interno**. Resolução nº 93, de 1970. Brasília: Senado Federal, 2011.

COELHO, Gabriel Rodrigues C.; JUNQUEIRA, Ana Claudia S. **Lobby no Brasil: Uma análise sobre o caso brasileiro e as tentativas de regulamentação da atividade**. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/cursos/politica-e-direito/artigos/lobby-no-brasil-uma-analise-sobre-o-caso-brasileiro-e-as-tentativas-de-regulamentacao-da-atividade#topo>>. Acesso em: 17 mar. 2013.

COULANGES, Fustel. **A cidade antiga**. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2007.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

HUGON, Paul. **História das doutrinas econômicas**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1973.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (Coord.). **Grupos de Interesse (Lobby)**. Série Pensando o Direito. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL), 2009. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={329D6EB2-8AB0-4606-B054-4CAD3C53EE73}>>. Acesso em 17 mar. 2013.

MIRANDA, Jorge. **Formas e sistemas de governo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

OLIVEIRA, Vicente Kleber de Melo. A intervenção do Estado na economia. In: POMPEU, Gina Marcílio (Org.). **Estado, Constituição e Economia**. Fortaleza: Fundação Edson Queiroz, 2008.

PARDELLAS, Sérgio. **Para quem o Congresso Trabalha**. Istoé, São Paulo, Ed. 2159, mar.2011. Disponível em: <<http://www.istoe.com.br/reportagens/130292> PARA+QUEM+O+CONGRESSO+TRABALHA>. Acesso em 3 nov. 2013.

PINHO, Diva Benevides. **Evolução da ciência econômica**. In: PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de (Org.). **Manual de Economia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 30-66.

PINTO, Cristiano Paixão Araújo. Direito e sociedade no Oriente antigo: Mesopotâmia e Egito. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 11-33.

PLATÃO. **A República**. São Paulo: Martin Claret, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

ZASTAWNY, Fabrício dos Santos. **A participação de grupos de interesse e a Lei Turismo**. Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, 2012. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br>>. Acesso em: 20 out. 2013.

INVASÃO DOS PODERES

Paulo Maria de Aragão

INTRODUÇÃO

O desrespeito a um dos principais paradigmas do estatuto jurídico da República, a independência e a harmonia dos poderes, revela o pouco amadurecimento do incipiente estágio de nossa democracia.

Em virtude dos resultados que produz, o princípio da segurança jurídica deveria indignar o cidadão, partícipe de uma sociedade multiforme, marcada histórica e culturalmente pelo desacato simultâneo à lei e à Justiça. Ao certo, num país em que, sem pejo, ainda se questiona “se a lei vai ou não pegar”, onde as violações jurídicas acontecem amiudadamente, é crível se falar em Estado de Direito?

Por boas razões, a ordem constitucional deveria impor reverência, algo quase sagrado, nunca representar ficção jurídica para os arautos do discurso longo e tedioso, que fazem das tribunas legislativas palcos de autoexaltação, enganando, com promessas vãs, os incautos.

Nesse “disfuncional” cenário representativo, há quase silêncio quanto às medidas provisórias editadas em desalinho com o art. 62 da Lei Maior, promulgada a 5 de outubro de 1988, e à falta de seus requisitos fundamentais: relevância e urgência.

Os generantes das MPs exorbitam de suas finalidades e tornam a concepção original desse instituto legislativo uma circunstância meramente conjecturável, desatada do mandamento constitucional, porquanto são desprovidas dos requisitos de admissibilidade. Procura-se explicar os motivos, mas nada se explica. Inescusável é o *animus* do Executivo de manietar o Congresso e usurpar-lhe sua atribuição primordial, típica, *i.e.*, legislar.

É justamente por isso que a competência legiferante do Executivo tem limitações. Logo, o Presidente só pode editar MP quando houver motivos fáticos autorizáveis. A ausência de um desses pressupostos importa inconstitucionalidade material e/ou formal da norma por ela veiculada, gerando intranquilidade jurídica.

Entretanto, a MP – quando se volta aos fins para os quais foi instituída, na forma original do art. 62, aplicável na tomada de decisão para os casos de relevância e urgência – atenderia à dinâmica real das ações do Estado Moderno. Na prática, isentá-lo-ia, ainda, da morosa tramitação do processo legislativo. Uma adoção, que manteria inquebrantável, ileso o princípio do equilíbrio e da independência entre os poderes.

A ingerência do Executivo no Legislativo e no Judiciário tem implicado grave violação à incolumidade dos poderes republicanos. Convertem-se, por esse motivo, muitos congressistas em reles figurantes, inaptos e ineptos para o exercício parlamentar.

A Emenda Constitucional nº. 32/2001 trouxe uma série de alterações à Lei Maior, mormente quanto à limitação temporal e material do objeto das medidas provisórias. No Brasil, criar direitos ou obrigações novas não é difícil. Difícil é desenraizar o sentimento de desobediência ao cumprimento das leis. Veja-se o binômio educação e saúde, *direito de todos e dever do Estado*, garantido pelos artigos 196 e 205 da CF, até hoje não resgatado neste país. À espera desse sonho social, agiganta-se a marginalidade e as epidemias proliferam.

A emenda foi importante, mas ainda não encarou, por meio de atitudes firmes e terminantes, o controle preventivo e o sustamento abusivo delas. Desse modo, verificando-se desobediência aos pressupostos da relevância e urgência, estar-se-á causando flagrantemente afrontamento ao princípio da legalidade, que representa um dos elementos estruturais mais importantes do Estado Democrático de Direito, proclamado no parágrafo único, do art.1º, da CF.

Há tempos, a doutrina vem apontando para esse preocupante procedimento. Nessa linha, Themistocles Brandão (1958, p. 176), com ênfase, admoesta:

(...) o grande problema do século XIX foi o dos Par-
lamentos, mas o atual, que absorve todas as aten-
ções dos publicistas, é o do poder Executivo, pela
sua hipertrofia atual, pela tendência cada vez mais
acentuada para seu fortalecimento, em prejuízo dos
Parlamentos.

Por conseguinte, a tibieza dos membros do Legislativo não leva em conta, exatamente, aqueles que os elegeram com liberdade. A situação espelha a miséria social secular ainda tão útil à cultura política da “troca de favores”. Essa fonte fabrica políticos solertes, medíocres, que querem ainda ser reconhecidos na condição de líderes e campeões de votos. Guardadas as proporções, a representação política e sua crise retratam a sociedade brasileira como um todo, do sertão à metrópole.

DA URGÊNCIA E DA RELEVÂNCIA

O conceito de urgência e relevância no sistema jurídico pá-
trio tem um conteúdo próprio, conforme esclarece Cármen Lúcia
Antunes Rocha (1993, p. 234), Ministra do STF:

Urgência jurídica é, pois, a situação que ultrapassa a
definição normativa regular de desempenho ordiná-
rio das funções do Poder Público pela premência de
que se reveste e pela imperiosidade de atendimento
da hipótese abordada, a demandar, assim, uma con-
duta especial em relação àquela que se nutre da nor-
malidade aprazada institucionalmente.

Como visto, a urgência demanda pronta decisão para não comprometer os segmentos sociais e estruturais do Estado, os quais não podem aguardar solução tardia. Portanto, fora dessa realidade, as medidas provisórias despem-se de legalidade, por não atenderem a uma circunstância que as justifique.

Cabe relevar que muitas das MPs são analisadas, ressalvadas as necessárias exceções, superficialmente, pelos congressistas, que se restringem a seguir o voto do líder do partido, não dedicando o mínimo de esforço para auferir se o caso concreto coaduna-se com os interesses coletivos. A ausência do controle popular e de participação nos negócios públicos incentiva, mais ainda, a perpetuação da insciência política.

Certamente, tal situação só prospera numa sociedade indiferente e politicamente autista. E, para melhor esclarecer, vale a expressão tão corriqueira: o povo não aprende o que deveria. Seu desconhecimento das lides políticas mantém-no amorfo e inerte. Contraditoriamente é bem informado na discussão sobre bisbilhote do futebol e novelas. Seu conhecimento de ciência política e noções básicas de direito se prende à ufanía de citações de alguns artigos do Código Penal, v.g., art. 121, 155 e 157, alardeados na mídia policial.

Diz-se que o povo não se manifesta nem reage aos reiterados atos de corrupção. São facetas de nosso atraso cultural, associadas aos múltiplos aspectos da pernicioso degradação dos negócios públicos. A desculpa recorrente de que a corrupção não tem cura, por tratar-se de uma herança tão antiga quanto o Brasil, não resiste a uma investigação sociológica. Assim sendo, naturalizar-se-ia esse procedimento em suas variadas formas, como inerente à vida social e política brasileira. Nesse caso, inúteis seriam os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. De igual sorte, ficaria anulada a suspensão dos direitos políticos, a

perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível, a teor do art. 37, § 4º, da Lei Ápice.

Enquanto perdurar esse cenário de pisoteio às leis e o desrespeito à cidadania, medrará a impunidade no Brasil — tão desigual e centrado num modelo econômico concentrador de riquezas, fortalecendo o sistema financeiro e levando à vacância postos de trabalho. Então, o esperado acontece: a reificação do homem, que se aliena do exercício da cidadania, das responsabilidades. Como resultado disso, irradiam-se conflitos individuais e coletivos, fermentam-se ódios. O sonho do lucro fácil e a deificação do mercado a tudo transcendem.

Em qualquer nação, o alto sentimento da moralidade pública deve plasmar-se como princípio cardeal. Sem tal disposição, debilitam-se os meios de defesa do controle político, que responde pela pleora de MPs, desviando-as de uma excepcionalidade conferida ao chefe do Executivo, encaradas à semelhança de ato ordinário. Um aviltamento dos costumes políticos desejáveis e adequados a uma nação.

A partir da promulgação da Carta de 1988, o uso dessa ferramenta vem sendo abusivo. A transgressão ao princípio da divisão dos poderes pelo Executivo tem colocado à deriva os requisitos da relevância e urgência. A questão ganha maior relevo devido à equivalência entre os efeitos jurídicos das MPs e os das leis ordinárias. Vê-se, o quanto esses diplomas normativos, de aplicação excepcional, podem interferir nas mais variadas espécies de relações jurídicas.

Numa breve contextualização histórica, o Poder Executivo, em períodos revolucionários ou de transição, já editava os decretos-leis, contendo a mesma eficácia das leis ordinárias. A propósito, citam-se como exemplos desta prática as normas básicas do Direito do Trabalho contidas na Consolidação das Leis do Trabalho providas do Decreto-Lei nº 5.442, de 1º de maio de 1943, sancio-

nado pelo Presidente Getúlio Vargas, em vigor a partir de 10 de novembro do mesmo ano. Em plena ditadura, foram ainda publicados o Código Penal Brasileiro (1940), e o Código de Processo Penal (1941), ambos vigentes.

Longe de se fazer apologia ao decreto-lei, mas, nos exemplos citados, sua utilização chegou a ser benéfica, por satisfazer a política social e, adequadamente, as relações de trabalho individuais e coletivas.

As medidas provisórias não desnaturam o princípio da separação dos poderes. O Presidente da República dispõe de força para legislar, mas não para abusar dessa prerrogativa a pretexto de invadir a competência constitucional privativa do Legislativo.

Como pode ser observada, esta exceção constitucional pode ser oportuna e valiosa como meio de ascensão da ordem socioeconômica, desde que adstritas aos limites da lei. Injustificável é que as MPs sejam utilizadas para concentrar poderes, nos moldes dos decretos-leis, mantidos ao longo do *ancien régime* e baixados indiscriminadamente. Afinal de contas, o poder era absoluto e ilimitado.

Por pertinência a essas considerações, ocupa-se o debate de uma indagação: ao exercer o controle de constitucionalidade de medidas provisórias, é lícito o Poder Judiciário emitir juízo de valor sobre os requisitos de relevância e urgência?

Alicerçado em decisões do Supremo Tribunal Federal, o jurista Alexandre de Moraes reputa viável o controle de constitucionalidade, em caráter excepcional, quando evidenciados o abuso do poder legislativo e o desvio de finalidade pelo Presidente da República. Eis seu entendimento (2010, p. 688-689):

Portanto, os requisitos de *relevância* e *urgência*, em regra, somente deverão ser analisados, primeiramente, pelo próprio Presidente da República, no momento da edição da medida provisória, e, posteriormente,

pelo Congresso Nacional, que poderá deixar de convertê-la em lei, por ausência dos pressupostos constitucionais. (...). Excepcionalmente, porém, quando presente desvio de finalidade ou abuso de poder de legislar, por flagrante inoportunidade da urgência e relevância, poderá o Poder Judiciário adentrar a esfera discricionária do Presidente da República, garantindo-se a supremacia constitucional.

Quem acompanha o noticiário político de Brasília pode constatar o menosprezo de sucessivos Presidentes da República à excepcionalidade das medidas provisórias, geralmente desvirtuadas na essência e no objetivo colimado pelo legislador constituinte.

Em termos de competência, os poderes igualam-se em peso e importância, equilibrando o sistema de freios e contrapesos inerente aos regimes democráticos. Tal estrutura está assente no art. 2º da Constituição, visando preservar a atuação mútua dos poderes harmônicos e independentes entre si, demarcando os espaços fronteiros da ordem jurídica.

Se os poderes são independentes, como preceitua o citado dispositivo, violadas suas competências, razões temerosas existem para colocar em risco o arcabouço institucional quanto às condições de segurança do Estado de Direito e da ordem democrática.

Como dedução lógica, a interdependência impõe que ajam reciprocamente como freio, logo cada um não deve permitir que o outro extrapole seu âmbito de ação. Destarte, é essencial o preceito da teoria montesquiana da tripartição clássica, segundo a qual só o poder freia o poder. A hipertrofia de um resulta naturalmente na atrofia de outro.

Luiz Claudio Portinho Dias (1998, p. b-8) ratifica a tese de que há excessos do poder presidencial relativos às MPs e expõe, com absoluta objetividade, sua rejeição a esse expediente:

Não temos medo de críticas ao afirmar que vivemos, hoje, numa ‘ditadura mascarada’, na qual o Governo Federal, não satisfeito com as funções executivas, se apoderou das legislativas, e — mais grave — procura minimizar a atuação do Poder Judiciário. A divisão dos poderes políticos em nosso país não existe ou, quando muito, é bipartida, pois o Poder Legislativo está omissa diante da apropriação de sua competência pelo Poder Executivo.

Sobre a doutrina da separação dos poderes, o próprio Montesquieu (2004, p. 190), em sua célebre obra *Do espírito das leis* (*De l'esprit des lois*), publicada em 1748, demonstra a indispensabilidade da liberdade individual a fim de que possa o Estado atingir seus fins:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não há liberdade alguma, porque pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado produza leis tirânicas para pô-las em execução tiranicamente.

Após notabilizar-se nas constituições de vários Estados europeus, o princípio da separação foi recepcionado no Brasil, *ex vi* da Constituição Imperial de 1891, ao lapidar, no seu art. 15, que os poderes fossem “harmônicos e independentes entre si”. As constituições supervenientes o mantiveram, bem como a vigente, a teor do seu art. 60, § 4º, III, mantendo a separação dos poderes como uma de suas cláusulas pétreas.

Promulgada a Carta de 1988, poucos meses foram bastantes para a emersão das primeiras MPs arbitrárias, levando a crer que vieram para ficar. Por não atenderem aos pressupostos constitucionais de relevância e urgência, têm ferido a harmonia e independência dos poderes.

Não é supérfluo acentuar que o fiel da balança — a Constituição Federal — foi e continua sendo ignorado por aqueles que fingem não divisar qualquer ilicitude no abuso da prerrogativa constitucional.

Agindo assim, o Executivo leva mais ainda descrédito às duas casas congressuais, antanho apequenadas pelo mau conceito. Ali poucos se salvam do estigma. Seus “moradores” investem fortunas na compra de mandatos; quando não, são patrocinados por empresários e, num passe de mágica, multiplicam patrimônios.

Daí o porquê da incúria de muitos parlamentares e de suas indiferenças às inconstitucionalidades. Por temor ao “príncipe”, pela busca frenética da satisfação de interesses particulares, detêm-se em questiúnculas ou deliberam em manifesto prejuízo aos fins sociais que deveriam resguardar. Logo, dão mostras de haverem perdido o senso da responsabilidade democrática.

Em que pese à data da primeira publicação da obra de Montesquieu, suso mencionada, esta resistiu à passagem do tempo. Naturalmente, a obra foi submetida a reajustes e adequações. Contudo preservaram-se os princípios sustentados na teoria do barão. Por tal motivo, num Estado de Direito, um de seus pilares é a separação de poderes e a distribuição de funções para que a República não dependa de um só poder e o arbítrio não prevaleça.

Alexandre Groppali (1962, p. 188), ao falar sobre o objeto e os limites do Estado, pontifica acerca da importância da separação dos poderes, ajustando-a à realidade política no tempo e no espaço, ao evocar o pensamento de Duguit:

Embora o *L'Esprit des Lois* corresponda às exigências do tempo em que foi publicado (1748), os princípios ali defendidos, se encontram ainda hoje todavia, à base das Constituições dos Estados modernos, ainda que aplacados com algumas mitigações que

tornam mais elástica e menos rígida a divisão dos poderes, a qual, como argumentou Duguit, era considerada por alguns como “um dogma político trinário, equivalente ao mistério teleológico da Santíssima Trindade.

Na contramão, verifica-se, em nosso país, que o provisório até parece haver-se tornado permanente, em face da ausência de um posicionamento firme contra o uso abusivo do instrumento legislativo excepcional. Dele lança-se mão indiscriminadamente em nome da eficiência e da celeridade de que se devem revestir os atos públicos. Porém, esses requisitos invocados são discutíveis e despropositados.

É inegável que a edição indiscriminada de medidas provisórias vem se corporificando com matizes de arbítrio, potencializada pela carência de moralidade e ética parlamentar e pelo descrédito do Judiciário.

Em verdade, difícil é crer num poder legislativo cujos integrantes, em sua quase totalidade, ali chegaram à custa de ações escusas.

No mesmo tom, como encontrar cura para o ceticismo num poder judiciário carcomido por casos rumorosos em que acusados recebem afagos por granjearem poder político e econômico?

Por que, então, há tanta tolerância com as medidas provisórias? Como entender a atual inércia perante a disseminação do vírus do desvio de finalidade? Trazem-se a lume as contundentes palavras do professor Ceneviva (2003, p. 233):

O poder Judiciário, não obstante a missão precípua do Supremo Tribunal Federal de guardar a Constituição, validou a constitucionalidade do procedimento abusivo do Executivo, na reiteração de medidas provisórias, ainda quando repetidas durante anos, mostrando-se claramente não urgentes.

Não mais se convive com um estado de exceção, nos tempos em que os decretos-leis eram repelidos com rigorosos protestos. Inaceitável que o uso exagerado das medidas provisórias continue desafiando o equilíbrio dos poderes.

A aplicação dessa espécie normativa, assim caracterizada no texto constitucional, tem sido discutida no direito. Sobre o tema, Paulo Bonavides (2009, p. 105-106) alerta, reforçando as exortações de Leomar Barros Amorim de Sousa, para o mau uso das medidas provisórias, notadamente no que concerne à quebra do princípio da harmonia e independência entre os Poderes:

Oriunda de fonte normativa — a fonte executiva —, a medida provisória se acha vulnerada nos alicerces de sua compreensão legítima em virtude do abuso e quebrantamento da delegação legislativa que o constituinte outorgou em 1988.

O volume e má qualidade da legislação emanada do Executivo, sobre fazer sombra ao legislador ordinário, denotam, ao mesmo passo, a dificuldade de estabelecer no ordenamento jurídico a convivência normal, harmônica e pacífica do poder presidencial com os demais poderes da soberania. Em razão disso, o País mergulha numa grave crise que ora se desdobra sem solução vivível.

(...) Mas o preenchimento desse requisito de poder [legiferante exercido pelo Executivo], cuja ausência paralisaria o estado social em sua expressão legislativa, desgraçadamente nos conduziu ao desastre das Medidas Provisórias, cuja aplicação nos assombra, porque tem sido em mão presidencial o martelo de aniquilamento da Constituição e do regime.

Por tais razões, nunca se deveriam enredar as legítimas medidas provisórias naquelas divorciadas de constitucionalidade. Consoante enfatizado, em muito se assemelham estas aos decretos-leis que prosperaram durante uma situação oposta ao Estado Democrático de Direito.

Desse modo, baniram-se os decretos-leis para dar lugar às medidas provisórias, tidos como entulhos do autoritarismo; tirante alguns casos, estas normas passaram a ser instrumentos do arbítrio, sob as luzes da “Constituição Cidadã” e à sombra do beneplácito legislativo e da unção judiciária.

Certa é, de fato, a máxima de que as revoluções mudam os autores, mas não mudam as práticas. São os oportunistas, trânsfugas de primeira hora, que nada fazem para expurgar o mal ocasionado pela invasão de um poder sobre os demais; nada produzem em benefício do povo, permanentemente à espera por mudanças concretas.

Infringir um dos poderes da República representa sério desvio de competência, choque constitucional, configurável no excesso de medidas provisórias, desviadas e soltas das amarras da relevância e urgência. Por isso, esse procedimento legislativo, conforme o art. 59 da Lei Maior, acaba sendo um instrumento de abuso do Poder Executivo.

Deveras, não é dispendioso relembrar, a existência de limitações materiais à edição de mencionadas espécies normativas. Tais delimitações encontram abrigo no art. 62, §1º, I, de nossa Carta Marga.

Abram-se ainda parênteses com vistas à hipótese de não conversão em lei da medida provisória. Para tanto, sabidamente, o legislador originário insculpiu regra no § 3º do retromencionado artigo, determinando que o Congresso Nacional, por meio de Decreto Legislativo, disciplinaria as relações jurídicas estabelecidas durante o período de sua vigência. Isto *posto*, Ante a inexistência desse diploma legal, a própria MP disciplinará seus efeitos, tal qual preceitua o § 11 do prefalado art. 62.

CONCLUSÃO

Induvidosamente, o recurso excessivo às MPs causa precaução, justamente por insultar o Estado de Direito. Daí, em face da condescendência do Legislativo e a ausência de critérios constitucionais menos subjetivos, estão levando de roldão os pressupostos de relevância e urgência.

Note-se ainda que a ausência dos dois critérios definidos compromete a constitucionalidade formal da norma extraída da MP. Em nenhuma democracia consolidada, como se pretende a nossa, é concebível admitir invasões de competência entre poderes, sem fragilizar a essência maior do que se tenciona resguardar, a suprema ordem constitucional. E adverte Pontes de Miranda (1967), em uma de suas lições lapidares, do desrespeito às constituições:

Nada mais perigoso do que fazer-se Constituição sem o propósito de cumpri-la. Ou de só se cumprir nos princípios de que se precisa, ou se entendem deviam ser cumpridos — o que é pior. No momento, sob a Constituição que, bem ou mal, está feita, o que nos incumbe, a nós, dirigentes, juízes e interpretes, é cumpri-la. Só assim saberemos a que serviu e a que não serviu, nem serve. Se a nada serviu em alguns pontos, que se emende, se reveja. Se em algum ponto em nada serve — que se corte nesse pedaço inútil. Mas, sem a cumprir, nada saberemos. Nada sabendo, nada poderemos fazer que mereça crédito. Não a cumprir é estrangulá-la ao nascer. Ora, por mais duro que seja dizer-se, e por mais grave que nos pareça fazer uma Constituição e resistir ao seu cumprimento, esta é que é a verdade: está escrita, e pouco se consulta; sob as suas vestes insinua-se o propósito de não se reconhecerem as liberdades e estruturas que estão nela, o que é mais, muito mais, do que conspirar contra ela.

Afora a exceção contida no art. 62 da Carta Magna, a ingerência do Executivo na atividade legislativa, por meio de medidas provisórias, é inconstitucional.

Com maior ênfase, o tema proposto tem o fim de despertar a cidadania, conscientizando o cidadão da preeminência da lei. Daí a necessidade de o tema ser mais bem debatido nos congressos jurídicos, seminários e eventos quejandos.

O afrontamento das MPs aos institutos que lhes são afins mostra a falta de compromisso para com os interesses da organização política e do Estado de Direito. Reagir é preciso — a Constituição Federal é a lei suprema de nosso país, daí gravitam em torno dela todos os poderes, atuando em suas áreas, com independência e equilíbrio.

Sem freio ao Executivo, ganham corpo a inércia e o sentimento de impotência do Legislativo e do Judiciário, ao se deixarem por ele atropelar. Sem conter aquele, estes dois assumem o papel de coadjuvantes de uma situação política e juridicamente paradoxal.

Vê-se que, pouco a pouco, o terreno constitucional é minado por um beneplácito conformista, ao permitir que a prerrogativa presidencial possa transformar essa espécie normativa numa arriscada ameaça aos princípios republicanos.

A fiscalização dos atos normativos compete ao Supremo Tribunal Federal, guardião da Carta Fundamental, daí, naturalmente, o dever de tornar efetivo controle das MPs. Árdua, difícil e imposterável missão, que lhe é imposta pelo princípio da *inafastabilidade* do controle judicial, expresso no art. 5º, inciso XXXV, da CF, ao ordenar que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Do que ficou dito, fácil é perceber que o desrespeito e a desconfiança vêm erodindo os poderes. Por isso, são incontáveis os arbítrios e injustiças que tanto têm contribuído para reprimir os direitos e garantias fundamentais do cidadão.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CAVALCANTE, Themistocles Brandão. **Princípios gerais de Direito Público**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

CENEVIVA, Walter. **Direito constitucional brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DIAS, Luiz Claudio Portinho. **Jornal do Comércio**. Medidas provisórias – uma crítica às nossas instituições. Rio de Janeiro, edição de 11.06.98, p. b-8.

GROPPALI, Alexandre. **Doutrina do Estado**. Tradução de Paulo Edmur de Souza Queiro. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1962.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: RT, v. III, 1967.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, Conceito de Urgência no Direito Público Brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Público**, nº 1, Malheiros, 1993, p. 234.

SECONDAT, Charles-Louis de (Montesquieu). **Do espírito das leis**. São Paulo: EDIPRO, 2004.

POR UMA POLÍCIA GARANTIDORA DA SEGURANÇA DOS CIDADÃOS

Adriana Rossas Bertolini

Francisco Lucistênio Rodrigues Júnior

Gerardo Clésio Maia Arruda

INTRODUÇÃO

Este artigo objetiva contribuir com o debate acerca da implantação de políticas de segurança pública viabilizadoras da consolidação dos princípios estruturadores do Estado de Direito numa sociedade onde vigorou, por longos períodos, regimes políticos de exceção. Mais especificamente, as discussões aqui realizadas se alicerçam na experiência do Brasil, que vivenciou ao longo de seus 123 anos de República regimes totalitários de viés civil e militar, sendo ainda recente a estabilidade de suas instituições. De fato, o mais longo ciclo de passagem do comando do Poder Executivo, no Brasil, se dá na atual conjuntura, iniciada com a eleição do Presidente Fernando Collor de Mello, no ano de 1989, por intermédio de eleições livres e diretas; o que perfaz um total de 21 anos de exercício democrático de escolha dos mandatários de cargos políticos, considerando o último pleito que consagrou Dilma Rousseff, aos 31 dias do mês de outubro de 2010. Neste sentido, propõe-se aqui fazer uma discussão acerca da atual estrutura organizacional da segurança pública, considerando a mentalidade autoritária aí incrustada e a necessidade de sua transformação, a partir da incorporação da ideia da garantia e da proteção dos direitos individuais e fundamentais dos cidadãos.

São evidentes os entraves no funcionamento do Sistema Nacional de Segurança Pública, e sobre vários aspectos muito já se pro-

duziu de reflexões acadêmicas e jornalísticas sobre esta temática. O aumento constante de crimes por arma de fogo se apresenta como uma denúncia para a falha no policiamento das fronteiras, que não impede o comércio ilegal de armas. Os dados estatísticos acerca da reincidência de crimes cometidos por egressos do sistema prisional demonstram, a cada nova coleta de informações realizadas, que o cárcere no Brasil em vez de promover a correção colabora para o aumento das ações delituosas, inclusive tornando-as de maior periculosidade. As greves das polícias em vários Estados já indicavam que havia inconformidade destas organizações com o contexto social brasileiro delineado nas últimas décadas. Porém, os movimentos sociais de junho de 2013 que puseram nas ruas centenas de milhares de pessoas nas grandes, médias e até mesmo pequenas cidades brasileiras e que, grosso modo, reivindicavam aperfeiçoamentos e melhorias no funcionamento dos poderes públicos nos âmbitos federal, estadual e municipal, confrontaram a polícia e fizeram-na aparecer diante de todos em sua estrutura totalmente ultrapassada e, principalmente, despreparada para agir nos limites do Estado de Direito.

É com o intuito de refletir sobre os fatores que se encontram na base dessa crise que se abate sobre este segmento do Sistema de Segurança Nacional — a polícia — que se elaborou este artigo, constituído de quatro partes, onde são tratados os seguintes temas: (I) como se constituem os sentimentos de inseguranças e como as sociedades elegem aquelas que devem ser prioritariamente combatidas; (II) os aspectos da relação entre direitos humanos e a formação do poder no Estado brasileiro; (III) a cultura policial brasileira, que privilegia a repressão em contraponto aos princípios norteadores dos direitos humanos e (IV) as principais políticas de Segurança Pública com vistas a corroborar com o desiderato de garantia de direitos individuais. Por fim, para melhor compreender os principais questionamentos do objeto estudado, foi realizada pesquisa de campo de na-

tureza exploratória e descritiva, por meio de entrevistas com agentes do Sistema de Segurança Pública brasileiro, que possibilitou a ampliação e o aprofundamento do conhecimento concernente a relação Estado, direitos humanos, polícia e sociedade.

1. Das seguranças e inseguranças

A reflexão sobre segurança remete para a consideração de um sentimento, portanto, de algo que por não ser tangível se trata de um fenômeno de difícil mensuração. E que também é difuso, dado que no plano individual se manifesta particularmente, uma vez que ao depender da situação é possível que seja gerado sentimento de insegurança para uns e não para todos, e mesmo a magnitude desta insegurança gerada tem intensidades díspares, de sorte que algo percebido como pavoroso pode ser avaliado por outrem como sendo de baixo potencial ou destituído de risco.

É manifesta a subjetividade tanto em quem sente como em quem avalia o sentimento de segurança ou de insegurança. A partir de quem se diz tomado deste sentimento, e entendendo seu significado, como expresso no pensamento de Pascal e explicitado por Nicola Abbagnano (2003), é possível compreendê-lo como um presentimento que não pode ser justificado no ato que se lhe apresenta, pois não se tem elementos concretos que possam validar o que é presumido; encontra-se, portanto, na esfera da intuição, que remete para o natural; não é uma representação decorrente das relações sociais. Apesar de oposto à razão, o que lhe move são princípios; contudo, enquanto a certeza a partir do sentimento se dá por intermédio daquilo que é sentido, por isso não assentado em demonstrações, o raciocínio, por sua vez, busca a certeza na dedução. O sentimento assim compreendido é corroborado e contradito por pensamentos

elaborados na filosofia e na psicologia contemporânea, mas não nos interessa aqui ingressar nos meandros dessa discussão, até porque é o elemento instintivo deflagrador de sua aparição o que balizará nossa reflexão.

Assim, a insegurança é aqui definida como sendo um sentimento que se origina no fato de o indivíduo perceber a existência de ameaças à sua vida ou às coisas que lhe proporcionam conforto e bem-estar, dado que se trata de uma manifestação das pessoas que se encontra alicerçada no instinto de sobrevivência. Trata-se de um fenômeno que acompanha o homem desde sempre e que se mantém intacto em sua essência, deslocando-se de acordo com o objeto da ameaça que se transforma, considerando o espaço e a influência dos elementos pertinentes à conjuntura. Se num determinado território prevaleceu em tempos remotos o medo coletivo quanto à morte por doenças endêmicas, superado pela confiança nas técnicas de controle da qualidade da água e medicamentos desenvolvidos, hoje o que é hegemônico enquanto fator causador de medo, grande parte, está vinculado justamente ao desenvolvimento científico, que permitiu o controle de vários elementos causadores de insegurança, mas que atualmente é identificado às catástrofes ambientais.

Um exemplo que nos possibilita compreender o sentimento de segurança ou de insegurança em suas múltiplas dimensões, nas cidades ocidentais contemporâneas, é a representação que as pessoas têm de becos e ruas mal iluminadas. Pensemos nas várias possibilidades de ideias que suscitam nas pessoas um beco escuro de uma metrópole. É possível imaginar o indivíduo que o atravessa sem nenhum temor porque se sente o ser mais vigoroso fisicamente ou porque questões psíquicas o impulsionam a cometer ações que o ponham diante da possibilidade de ser alvo de agressão; por outro lado, identificam-se indivíduos que evitam o beco porque acreditam que a exposição a lugares escuros e desertos podem levá-los

a sofrer atentados contra a vida, a moral ou aos bens. Devendo-se ainda ser considerado que parâmetros assentados na racionalidade podem ou não estar influenciando na decisão dos indivíduos em atravessar ou não o beco; por exemplo, na ação do indivíduo que caminha despreocupadamente ou não pelo beco a partir de uma decisão apoiada no conhecimento que tem da existência de pessoas que foram agredidas ou na inexistência de tais fatos. Neste sentido, o sentimento de insegurança, apesar de instintivo, pode se manifestar a partir de bases reais, como também pode emergir de idealizações fantasiosas, que pode ser originada de imaginações sem nenhuma base real, mas que pode ser uma construção apoiada em matérias jornalísticas sensacionalistas. Vê-se que, ao considerar as condições de socialização atual, em que sobressai a produção de informação em tempo real que aproxima lugares e culturas, trazendo para perto de nós, mesmo quando a milhas de distância, espaços em conflito militar ou com violência civil exacerbada, faz-se com que, mediado por interesses escusos e outros nem tantos, o sentimento de insegurança seja aflorado a partir de representações elaboradas com base em fatos reais ou mesmo destituídas deles.

Por outro lado, é possível que encontremos pessoas que enxerguem no mesmo beco disposições que o afastam da insegurança; é o caso do indivíduo que busca lá restos de alimentos deixados pelos empregados de restaurante que se limita ao fundo com o beco; também se pode encontrar quem, nesta área, se sinta seguro porque pode se abrigar à noite, vislumbra aí um lugar onde pode dormir afastado do perigo da agressão de criminosos que atacam moradores de rua.

O exemplo mostra que o mesmo espaço é capaz de fazer emergir sentimentos de segurança e de insegurança. Alargando-o, fazendo-o coincidir com a extensão territorial de uma cidade ou de uma nação, o que fatalmente encontraremos será o aumento de sua

complexidade, que evoluirá em concomitância com o volume dos negócios, do tráfego interno e externo de pessoas, da diversidade de hábitos e crenças. Neste sentido, quanto mais dinâmico for o funcionamento da estrutura social maior será o leque de possibilidade de geração de sensações de insegurança. Outrossim, estágios diferentes de desenvolvimento socioeconômico geram tipos diferentes de insegurança, de sorte que uma nação produtora de riqueza satisfatória e que privilegie as políticas assistencialistas e/ou garantidoras de bem-estar social talvez tenha desenvolvido mecanismos proporcionadores da superação da insegurança causada pela incerteza do ter ou não como saciar a fome nos dias, meses e anos vindouros, porém outras inseguranças fatalmente serão encontradas, como o medo de morrer num acidente de carro, da perda de competitividade no mercado de trabalho e da consequente redução de renda e de status social, de uma velhice afastada do convívio social. Não é exagero afirmar, então, que mesmo que tenhamos as inseguranças de origem material superadas não deixaremos de experimentar inseguranças de ordem moral ou psíquica.

Diante de tantas possibilidades de inseguranças, levanta-se a questão: quais serão aquelas para as quais a nação dirigirá os recursos materiais, humanos e de conhecimentos disponíveis? A resposta para esta questão é elaborada no jogo de forças de interesses interno e externo à formação social; define-se neste embate o quanto do que será destinado para tal ou qual sentimento de insegurança expressado por membros da coletividade. Em suma, serão as relações sociais que definirão quais serão as inseguranças priorizadas e como se dará o enfrentamento. É uma definição política, portanto, a delimitação da forma e da lógica de funcionamento do sistema de segurança de uma nação em particular.

O exemplo do beco nos coloca diante dos seguintes dilemas: O sistema de segurança será estruturado para garantir a segurança

do transeunte, da pessoa com fome ou do desabrigado? Será priorizado um destes segmentos ou todos serão enfocados? A decisão será sempre resultante da pressão dos grupos de pressão ou até mesmo de um segmento específico, que bem articulado pode fazer prevalecer seu interesse sobre a maioria da população, que percebe uma determinada insegurança e torna-a mais significativa aos olhos de todos. Tal segmento pode influir na ordenação de prioridades e, assim, indicar o que deva prevalecer como princípios do sistema de segurança. Encontram-se aí os elementos que definem se a segurança será buscada a partir de ações de prevenção, de controle ou de punição. Em outras palavras, se serão adotadas políticas de promoção da equidade social, desenvolvido um sistema de fiscalização que atue de maneira isonômica e nos limites das normas pactuadas ou instituído um código penal rigoroso.

O significado da palavra que representa a instituição que quase sempre vem à mente das pessoas quando emerge o tema segurança — polícia — nos ajuda a desvendar a dualidade que está posta na decisão do que será objeto da segurança e como serão procedidas as ações para viabilizá-la. Segundo o Dicionário Aurélio Buarque de Holanda (1986), do grego *polis* se originou a palavra latina *politia*, que significa organização política, governo. Ampliando o sentido, podemos entender o termo polícia como sendo uma organização que faz valer a ordem por intermédio da observação do comportamento de todos a partir da orientação emanada do conjunto de leis vigentes. Nesta perspectiva, a fala de quem afirma “vou me policiar”, quando se refere à vigília de si por intermédio de uma norma criada por ele mesmo no intuito de evitar o cometimento de uma ação que possa provocar dano a si ou a outros, expressa de forma lapidar o sentido de polícia. O que esta ação denuncia é que existe um *a priori* que demanda um exame de consciência sobre o que é melhor para os outros, sendo, então, o melhor também para

mim. Não é só o outro que aparece como prioridade ante as minhas ações, mas que a insegurança do outro é ocasionada pelo que faço como faço ou pelo que deixo de fazer.

Neste sentido, o conjunto de normas é em princípio a base sobre a qual se pode erigir a segurança, mas sua existência não é suficiente, faz-se necessário que todos balizem seu comportamento por elas e que haja constrangimento aos que as infringirem. No exemplo do beco, também podemos dispor de alguns dilemas que nos auxiliam na compreensão do papel da norma e da ação de polícia para a promoção da segurança. Primeiro, a seguinte questão: o transeunte ou a pessoa que vasculha o lixo em busca de comida, desde que o faça sem provocar barulho nem jogar lixo na via pública, não está agindo fora das normas, portanto não deveria ser objeto de constrangimentos; contudo, a pessoa com fome pode gerar sentimento de insegurança ao transeunte, dado que este pode intuir que o outro lhe ataque para retirar suas poses, pois ele pode não ter sucesso na empreitada de vasculhar o lixo em busca de comida e tentar alternativas outras para dirimir seu fator de insegurança. Abrem-se aqui algumas possibilidades de ações geradoras de segurança: (I) poder-se-ia produzir uma norma que determinasse o Estado a deslocar recursos que impedissem que pessoas se tornassem inseguras devido a dificuldades de suprir suas necessidades alimentares; (II) os órgãos de polícia poderiam dispor de um membro para manter a ordem no local; (III) a sociedade poderia chegar ao consenso de que uma norma punitiva rigorosa seria suficiente para inibir roubos, assim determinando que tal ato devesse ser punido com a reclusão de longo prazo ou com a morte.

Vê-se, então, que policiar como uma atitude consciente ou como um “superego coletivo” que inibisse atos causadores da insegurança de outrem é um caminho possível para ampliar o sentimen-

to de segurança, mas isso dependeria do esforço da sociedade para proporcionar condições de vida digna para todos; um tipo de sociabilidade que afastasse de todos o espectro da miséria, da fome e do desabrigo, e que a riqueza gerada não funcionasse como alavanca para desigualdades econômicas e culturais abissais. Policiar, nesta perspectiva, é verdadeiramente enxergar na lei um instrumento de proteção aos indivíduos, seria perseguir a utopia de que a Constituição deve refletir o ideal de justiça.

No Brasil, entre as várias Constituições instituídas ao longo de sua história, a primeira a estabelecer a dignidade da pessoa humana como princípio de promoção dos Direitos Humanos e como condição substancial de um Estado democrático de direito foi a Constituição Federal de 1988. Esses direitos estão dispostos no capítulo especial sobre os direitos individuais, onde são assegurados, conforme artigo 5º *caput*, a todos os brasileiros e aos estrangeiros residentes no Brasil, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Portanto, aquele *a priori* anteriormente apontado como a consciência de que o que é melhor para os outros é o melhor também para mim está dado na sociedade brasileira. Então, porque é crescente o desconforto com o sistema de segurança pública? O esforço aqui realizado para responder a esta questão se apoiou na tentativa de compreender as influências que se encontram na formação da atual polícia brasileira e na dificuldade para se efetivar políticas promotoras de Direitos Humanos. Para tanto, fez-se neste trabalho uma análise da formação da mentalidade hierárquica da polícia à luz da formação cultural brasileira; bem como se refletiu acerca da estrutura interna das instituições policiais e das influências sociais sobre a conduta da polícia.

2. Por que a polícia brasileira viola os Direitos Humanos?

Os Direitos Humanos são constituídos pelo conjunto de direitos garantidores da sobrevivência digna, da liberdade de expressões e do desenvolvimento do potencial humano. Tal pressuposto imiscuído no interior das normas produzidas pela própria sociedade e/ou naquelas derivadas de anuências aos acordos internacionais não é suficiente para fazer valer sua promessa, pois sua instituição se faz quando transformado em hábitos dos cidadãos e referência do agir dos agentes públicos. Em outras palavras, assim se expressa Alexandre de Moraes (2000 p. 19), ao definir Direitos Humanos como a institucionalização dos direitos e garantias do homem que visam “por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana”.

Os direitos individuais do homem são observados já no antigo Egito com Amenófis IV (séc. XIV a.C.), na Mesopotâmia com o código de Hamurábi (séc. XVIII a.C.), na China (séc. IV a.C.), na Grécia antiga, no Direito Romano. No entanto, na Antiguidade não se conhecia o fenômeno da limitação do poder do Estado. As leis estabelecidas pelos Estados não atribuíam ao indivíduo direitos frente ao poder estatal. O respeito aos Direitos Humanos ficavam na dependência da sabedoria e do bom senso dos governantes, uma vez que estes direitos não eram garantidos legalmente.

As primeiras limitações ao poder do Estado surgiram no final da Idade Média, com a Magna Carta da Inglaterra em 1215, com restrições ao poder absoluto do monarca. E somente no século XVIII, com o advento da Revolução Francesa e da Americana, editaram-se os primeiros enunciados de direitos individuais. Precisamente, no ano de 1789, elaborou-se a Declaração dos Direitos do

Homem e do Cidadão, no esteio da Revolução Francesa. Contudo, o respeito aos Direitos Humanos se universalizou em todos os países do mundo, após a Segunda Guerra Mundial, com a edição pela Organização das Nações Unidas, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Como define Norberto Bobbio (2004, p. 5), “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.

Embora se atribua um caráter universal aos Direitos Humanos, alguns Estados estabelecem mecanismos próprios para regulá-los. Por isso, o entendimento de sua legitimidade no Brasil ocorrer em concomitância com a instituição do Estado e de sua lógica de funcionamento. Para tanto, é preciso fazer uma incursão na organização político-jurídica brasileira, fundada no colonialismo e com base em elementos transplantados do modelo lusitano, assentado na unilateralidade das decisões políticas emanadas da classe mais economicamente favorecida. Viés que apareceu originariamente na forma do poder político concentrado na figura do senhor de engenho e dos coronéis.

A aliança do poder aristocrático da Coroa com as elites agrárias locais permitiu construir um modelo de Estado que defenderia sempre, mesmo depois da independência, os intentos de segmentos sociais donos da propriedade e dos meios de produção. São dessas constatações que se pode auferir a confluência paradoxal; de um lado, da herança colonial burocrática e patrimonialista; de outro, de uma estrutura socioeconômica que serviu e sempre foi utilizada não em função de toda a sociedade ou da maioria de sua população, mas no interesse exclusivo dos donos do poder (FAORO, 2001, p. 205).

Nasce daí um Estado apartado de sua população, na medida em que foi se instituindo na normalização, fiscalização e controle de formas consolidadoras da acumulação de capital assentada na exploração da terra e da mão-de-obra local e da trasladada do Continente Africano. Ao se subordinar incondicionalmente a tal interesse, este Estado foi pródigo na construção de elementos de repressão, de disciplina e de controle social. Ao contrário da maioria dos países ocidentais, cuja formação social contemporânea originou-se do feudalismo, onde o vínculo com a terra pressupunha uma autonomia relativa, no Brasil o esquema vertical de exploração traçado pela metrópole por meio de estratégias de dominação, negou a participação política, frustrando a emancipação da nação.

Pode-se afirmar que no Brasil Colonial registra-se a consolidação de uma instância de poder que, além de incorporar o aparato burocrático e profissional da administração lusitana, surgiu sem identidade nacional, completamente desvinculada dos objetivos de sua população de origem e da sociedade como um todo. (SALVADOR, 2012, *online*)

O sistema senhorial de exploração socioeconômico aqui desenvolvido, assentado na escravatura, se distingue em suas características estruturais do feudalismo europeu¹⁶⁶. Darcy Ribeiro (1995, p. 289-290) explica que os feudos eram resultado de uma conquista que almejava recursos para a autossuficiência, enquanto o senhor de engenho “já surge como o proprietário de um negócio que incluía as terras, as instalações e as gentes de seu domínio, exercendo seu comando para conduzi-las a uma atividade econômica exógena”. Fundou-se neste sistema senhorial de exploração, onde imperava

¹⁶⁶ Os feudos eram fundados na conquista para autossuficiência e não para o enriquecimento. O senhor de engenho, ao contrário, já surge como o proprietário de um negócio que incluía as terras, as instalações e as gentes de seu domínio, exercendo seu comando para conduzi-las a uma atividade econômica exógena (RIBEIRO, 1995, p. 289-290).

uma hierarquia rígida, o mecanismo de produção de riqueza capaz de realizar um máximo de prosperidade aos que detêm o poder, mas relega à miséria um contingente expressivo de sua população. Ainda sobre as diferenças fundamentais existentes entre o feudalismo e o colonialismo escravista brasileiro, Darcy Ribeiro (1995, p. 290) esclarece que:

A diferença essencial dos dois sistemas está, porém no papel e na função da população envolvida: no primeiro caso, sobreviver de acordo com sua concepção de vida; no segundo, produzir lucros, como se fora uma fábrica moderna, e integrar-se na condição de vida que lhe era imposta como camada subalterna de uma sociedade colonial.

Aí se originou um segmento com poder extremamente alargado, dado que monopolizavam a operação das condições econômicas, políticas e sociais da sociedade colonial. Almeida (2007, p. 296) identifica no colonialismo brasileiro a formação de um descontrolo de direito-lei e direito-costume, fundado “entre duas culturas políticas diversas: a das elites metropolitanas, com a cabeça cheia de ideias dominantes nos grandes centros estrangeiros, e a da enorme massa de população rural — o povo-massa —, imersa em tradições centenárias”. As relações sociais tecidas neste contexto plasmou na sociedade uma mentalidade de obediência à hierarquia despótica, sob o comando de um grupo que sempre ostentou riqueza, benefícios e confortos, que contrastam radicalmente com as condições de vida miserável da massa populacional acostumada ao assistencialismo compensatório e imediatista.

Como defende Raimundo Faoro (2001), estes condicionantes deram feição, no Brasil, a um Estado de caráter aristocrático e instituído de cima para baixo, onde as mobilizações populares foram sempre rechaçadas com força desproporcional ao que im-

punha a necessidade. Isso assentado na falsa ideia de que o povo é inapto para participar das questões de interesse da coletividade. O mandonismo e a força sempre estiveram presentes na manutenção desta ordem, que atravessou vários contextos nacionais. Neste sentido:

O que era do interesse da Coroa passou a ser do interesse dos donos das capitâneas hereditárias, depois dos grandes proprietários de terra, do empresariado de modo geral, dos senhores poderosos, que detêm o poder político e econômico, mas sempre muito mais preocupados com os interesses do Estado, com a manutenção do status quo, mesmo que ele seja perverso, injusto, e com as questões de natureza patrimonial. (PLANEFOR, 2001, p. 34)

Forjaram-se no colonialismo, consolidaram-se no período imperial e aperfeiçoaram-se no republicanismo as funções e formas de agir das organizações policiais brasileiras, que hoje se evidenciam como contraditórias à estrutura político-jurídico. Afinal, mesmo com as mudanças ocorridas após a democratização da sociedade brasileira, o Estado se apresenta na condução da máquina pública como defensor de interesses de uma minoria, o que levou à manutenção no âmbito da polícia de diretrizes abalizadoras da repressão, principalmente contra as camadas mais pobres da população, e não como instituição que se destina a promover direitos e proteção aos indivíduos. Ideologicamente, a força policial desmesurada que se projeta contra marginalizados se justifica na ideia de que pobreza é causa da criminalidade, o que embasa a violência imposta à população da periferia e de favelas das cidades brasileiras; e assim se fortalece a tese de que, em primeiro lugar, para a manutenção da ordem deva-se usar a repressão e, secundariamente, a adoção de políticas públicas promotoras de direitos e de cidadania.

3. “Polícia boa” é “polícia que bate”

A forma de atuação do policial é uma determinação cultural orientadora do funcionamento que estrutura as organizações que compõem o sistema social. E a cultura que predomina neste âmbito do sistema de segurança pública valoriza o policial que utiliza a força, de tal maneira que distingue positivamente o policial repressor, assim desvinculando-o do contexto social ao qual ele próprio está inserido. A cultura policial opera sobre o indivíduo recrutado de sorte a torná-lo estranho a suas raízes, condiciona-o a uma visão de mundo que o leva a enxergar o outro como suspeito, principalmente se o outro se enquadra nos estereótipos socialmente legitimados, como o jovem negro ou pardo, morador da periferia ou da favela. Embora o policial seja majoritariamente originário das classes sociais mais afetadas pela repressão, ele atua contra elas como se fossem inimigos desde sempre, esta é uma postura desenvolvida na formação e no exercício da função.

A cultura policial brasileira que privilegia a repressão se desenvolve no esforço para fazer valer em todas as suas instâncias a prevalência da atuação policial no combate a ações de violência e não a suas causas, isto se efetiva nas técnicas de ações assimiladas e criadas e nos treinamentos. Trata-se de uma cultura fortemente influenciada por princípios positivistas e legalistas, que recrudescem uma atitude do policial baseada no automatismo pragmático do uso da força, pois a violência se justifica quando adotada contra quem investe contra a ordem. A questão preocupante neste esquema é que como já está previamente legitimado socialmente quem são os “indivíduos perigosos” a violência ocorre — e as muitas denúncias provam isto — mesmo quando não se atentou contra a ordem. Ludwig (1998, p. 8-59) demonstra em suas reflexões sobre a formação do policial brasileiro como se forja o militar para a enérgica repressão:

[...] o processo ensino-aprendizagem da oficialidade brasileira, das três armas, está voltado para a tarefa de forjar um tipo de profissional, isto é, o aplicador da violência, adequado ao jogo de forças típico da sociedade brasileira. [...] O ensino militar, hoje agrega um conjunto de atividades capaz de solidificar no cadete a ideologia dominante. [...] Por meio dessas atividades, o aluno assimila os valores de obediência, submissão, dependência, paternalismo, assiduidade, pontualidade, racionalidade e meritocracia. [...] No caso militar, a imagem de uma conduta eminentemente motora, cujo processo educativo tem grande peso, parece não constituir novidade, pois faz parte do pensamento de muitos oficiais que o comportamento do soldado deve ser basicamente reflexo. Eles continuam pensando que num teatro de operações a tarefa de refletir cabe somente ao comandante. [...] Faz parte das doutrinas militares de muitos países, particularmente dos denominados, subdesenvolvidos ou periféricos, a ideia da centralização do poder. Essa concepção, levada ao extremo, tende a sustentar o ponto de vista de que os militares não devem ser preparados para pensar, refletir, criticar e sim para executar ordens e cumprir missões sem questionar.

Ao entrevistarmos membros (um bombeiro, uma policial civil e um policial militar) do sistema de segurança pública, foi possível verificar que as constatações realizadas por Ludwig (1989) ainda procedem. Aos policiais foram propostas as seguintes perguntas: (1) Durante o curso de formação, existe treinamento ou qualificação em Direitos Humanos? (2) A estrutura hierárquica da polícia possibilita à vivência de direitos humanos? (3) O policial dispõe de espaço para discutir suas condições de trabalho? (4) O que poderia ser mudado para uma prática policial orientada pelos Direitos Humanos? Em uma transposição livremente sistematizada das respostas dadas, se chegou à assertiva, quanto à existência de

treinamento e qualificação em Direitos Humanos, que o curso possui uma disciplina referente ao tema, mas que é trabalhada superficialmente; no que se refere à estrutura hierárquica e seus reflexos, o sistema é de tal maneira avesso a contestações que os afastam completamente de uma experiência cotidiana quanto a ser um sujeito de direitos; também foi salientado o fato de que existe pouco espaço para tomada de decisões, que dependem do oficial e do comandante direto; acerca de espaços de discussões, foi unânime a afirmação de que isto é inexistente nas corporações militares¹⁶⁷, que suas reivindicações dependem da “boa vontade¹⁶⁸” do comandante; a respeito do que é necessário ser mudado no atual sistema administrativo da polícia, as respostas apontaram para o fato de que devem ser feitas e de forma substancial, bem como que as mudanças devem focar o modelo militarizado e o código disciplinar.

A pesquisa realizada pelo Ministério da Justiça, em 2009, acerca do que pensam os profissionais de Segurança Pública no Brasil chegou a conclusões próximas às que foram aqui indicadas. Em um dos trechos do relatório, é afirmado que o anseio por mudanças é bem mais forte do que supõem os cidadãos e mesmo estudiosos do sistema de segurança:

Ao contrário do que talvez suponha a opinião predominante na sociedade brasileira a respeito dos po-

167 A LEI Nº 13.407, DE 21.11.03 (PUBLICADA NO DOE Nº 231, DE 2 DE DEZEMBRO DE 2003) trata do Código Disciplinar da Polícia Militar do Ceará e do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Ceará, e estabelece como transgressão disciplinar os dispostos nos artigos a seguir: art. 12 § 3º, que aos militares do Estado da ativa são proibidas manifestações coletivas sobre atos de superiores, de caráter reivindicatório e de cunho político-partidário, sujeitando-se as manifestações de caráter individual aos preceitos deste Código; Art. 13, XLIX, autorizar, promover ou participar de petições ou manifestações de caráter reivindicatório, de cunho político partidário, religioso, de crítica ou de apoio a ato de superior, para tratar de assuntos de natureza militar, ressalvados os de natureza técnica ou científica havidos em razão do exercício da função militar; LI – recorrer a outros órgãos, pessoas ou instituições para resolver assunto de interesse pessoal relacionado com a corporação militar, sem observar os preceitos estabelecidos neste estatuto.

168 A fala de um dos entrevistados esclareceu que: dentro da polícia, quando ocorre troca de comandante, existe uma especulação sobre se o novo comandante será TAN – “um cara ruim” – ou um TAJ – “um cara bom”.

liciais, eles, em sua grande maioria, desejam, sim, mudanças institucionais profundas, querem novas polícias, não aprovam as polícias em que atuam, nem concordam com o atual modelo organizacional, e estão maduros para discutir esses temas tão complexos e urgentes. Ao contrário também do que talvez o imaginário popular suponha, os policiais militares são mais “mudancistas” do que os civis. E mais uma vez contra a tendência dominante nas especulações usuais, os oficiais, nas PMs, são quase tão “mudancistas” quanto os não-oficiais. (SENASP/PNUD, 2009, *online*)

A organização policial brasileira é extremamente rígida em sua administração interna e nos controles disciplinares, reflexo da cultura senhoril historicamente inculcada na construção dos papéis sociais de comando. Para que se avance na promoção de direitos humanos na esfera da segurança pública, faz-se necessário o enfoque na mudança da cultura organizacional das polícias, de modo a promover direitos humanos “de dentro para fora”. Neste aspecto, dever-se-ia promover a valorização da carreira do policial, com capacitação técnica e principalmente humana, com melhores condições de trabalho e de salários.

4. Os passos dados na direção da implantação de uma polícia cidadã

Após a conclusão dos mandatos presidenciais de Fernando Collor de Mello (1990 – 1992) e de Itamar Franco (1992 – 1995), foram realizados os primeiros esforços, no governo do presidente Fernando Henrique Cardoso (1995 – 2002), para instituir um sistema de segurança pública que observasse os princípios norteadores dos direitos e garantias individuais presentes na Constituição de 1988. Apesar dos avanços, muitos dos objetivos traçados neste

período não se concretizaram em decorrência de inconsistências presentes nas políticas propostas, observadas nas discontinuidades das ações implantadas e na insuficiência de recursos alocados. Eis os fatores que pesquisadores indicam como tendo sido pífios os resultados das políticas de segurança no Governo de Fernando Henrique Cardoso:

(...) A ausência de uma política nacional sistêmica, com prioridades claramente postuladas, dada a dispersão varejista e reativa das decisões, que se refletia e inspirava no caráter dispersivo e assistemático do plano nacional do ano 2000, o Fundo acabou limitado a reiterar velhos procedimentos, antigas obsessões, hábitos tradicionais: o repasse de recursos, em vez de servir de ferramenta política voltada para a indução de reformas estruturais, na prática destinou-se, sobretudo, à compra de armas e viaturas. Ou seja: O Fundo foi absorvido pela força da inércia e rendeu-se ao impulso voluntarista que se resume a fazer mais do mesmo. (SOARES, 1996, p. 85)

Entre o que havia sido originalmente pensado no Governo de Fernando Henrique para a questão da segurança pública, onde se priorizava as ações de prevenção da violência, e as concessões feitas para atender aos aliados políticos, chegou-se à proposta do Plano de Integração e Acompanhamento dos Programas Sociais de Prevenção da Violência – PIAPS. O objetivo primordial era reduzir os fatores que ensejavam a criminalidade através de programas sociais; contudo, o modelo escolhido para implantar tais políticas não teve êxito, pois se baseava na busca da execução de um programa que possuía coordenação articulada entre os três níveis federativos: federal, estadual e municipal. A articulação não ocorreu de acordo com a expectativa, o que ocorreu foi uma desarticulação corroborada pela insuficiência de recursos.

Luiz Inácio da Silva, ainda como pré-candidato em 2002, apresentou ao Congresso Nacional um Plano Nacional de Segurança Pública posteriormente incorporado a seu programa de governo. O Plano abordava a segurança pública como matéria de Estado e não de governo. As premissas fundamentais desse plano visavam promover uma atuação sistêmica das polícias com o objetivo de reestruturar essas instituições, já que se encontravam atuando de forma desorganizada. A atuação sistêmica das polícias, a reforma do sistema penitenciário e um perfil mais preventivo da polícia contribuiriam inexoravelmente para a melhoria da segurança pública nacional. Outra característica importante era a proposta de desconstitucionalização das polícias, ou seja, seria transferida aos Estados a competência, para de forma livre, fazer modificações que atendessem às necessidades locais. De acordo com Luiz Eduardo Soares (1996), se o plano tivesse sido mantido pelo presidente Lula, haveria também uma atuação das polícias em regime de ciclo completo, ou seja, não haveria uma fragmentação das funções dessas instituições, que procederiam ao patrulhamento associado à investigação, assim criando as condições para a superação dos problemas ocasionados pela atuação estanque.

Entretanto, após ter sido empossado como presidente, Luiz Inácio da Silva retrocedeu em seu intento, estribado na ideia de que por se tratar de um plano nacional quaisquer falhas seriam apontadas como de responsabilidade do governo federal. Mas é preciso ponderar ainda que o Plano originalmente apresentado ao Congresso se tratava de um conjunto de metas que deveriam ser alcançadas no longo prazo, o que provavelmente fora percebido como estrategicamente ineficiente aos interesses políticos de seu grupo.

Já no segundo governo Lula, em 2007, foi lançado o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania – PRONASCI, através da Medida Provisória Nº 384. Esse programa traz inovações

em relação ao que fora executado até então na área de segurança pública, pois retomava alguns aspectos da que havia sido pensado anteriormente. Dentre os avanços que se pode atribuir ao PRONASCI, salienta-se o fato de que se estriba na concepção de que, quanto mais pautada a atuação do policial nos primados dos Direitos Humanos, mais êxito advirá em suas tarefas. O programa retrata ainda que a repressão deva ser adequada à necessidade circunstancial, ao contrário de um princípio inerente à atividade de polícia, de tal maneira que não se opõe de forma decisiva prevenção e repressão, na verdade se busca um equilíbrio dessas perspectivas.

Entretanto, aos avanços assistidos com o PRONASCI, registraram-se alguns retrocessos. Isso é flagrante quanto ao tema relativo à fragmentação das polícias, que, ao invés de ser superada, foi mantida. Outro aspecto em que não se percebeu melhorias foi o da ordenação da política de segurança, que se manteve enredada numa burocracia excessiva provocada pelo envolvimento de um número elevado de Ministérios responsáveis por sua condução. Em suma, não é exagero afirmar que houve ações exitosas na área da segurança pública no período recente da República brasileira; contudo, não se pode desconsiderar que as questões políticas partidárias têm se sobreposto de tal maneira que deturpam os planos originalmente concebidos, levando-os a resultados pífios. Tal retrospecto reforça a tese de que o Brasil está fadado a transformações lentas, dada à resistência das forças da tradição que fazem os interesses de grupos particulares prevalecerem sobre os interesses coletivos.

CONCLUSÃO

A implantação de qualquer projeto ou política de segurança pública deve buscar reforçar o diálogo entre os aspectos sociocultu-

rais da sociedade brasileira e os elementos que compõem a escolha de prioridades de segurança e insegurança. Isso se deve principalmente ao amplo número de fatores que favorecem a proliferação da delinquência na sociedade brasileira. Portanto, é indispensável essa compreensão de modo a se atender efetivamente às expectativas de satisfação da sensação de segurança.

Neste sentido, a lógica e o funcionamento das instituições que compõem o sistema de segurança pública brasileira devem ser objeto de transformações pautadas no reconhecimento da existência de fatores culturais que evidenciam elementos de repressão e disciplina, forjados nas relações sociais de caráter autoritário e patriarcal. A Constituição Federal de 1988 é um marco formal estruturante de uma cultura capaz de se contrapor efetivamente à orientação ainda predominante na segurança pública nacional. Neste sentido, a politização deste tema se faz extremamente necessária, dado que ainda se percebe a manutenção de características que depõem contra a lógica do Estado de Direito no cerne das institucionais brasileiras, principalmente na estrutura organizacional da polícia que se mostra inadequada à proposta Constitucional.

Ao não observar estes entendimentos, as políticas públicas formuladas nos últimos anos redundaram em fracasso. Destaque para os governos FHC e Lula, que não alcançaram a meta de fazer valer a obrigação constitucional de promoção de Direitos Humanos, e que no rastro desta ineficiência muito menos promoveram uma reforma institucional fundadora de uma polícia mediadora de conflitos e, por conseguinte, cidadã.

Deste modo, o aperfeiçoamento do atual sistema de segurança deve ter a participação de um amplo espectro da sociedade brasileira, de modo a se promover inovações que contemplem as necessidades sociais atuais e futuras. Contudo, principalmente, o engajamento da população neste tema refundaria os princípios republicanos da socie-

dade brasileira, ao se estruturar instituições em consonância com as necessidades e anseios de sua população. Para tanto, um largo debate sobre este tema precisa urgentemente ser realizado.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ALMEIDA, Alberto Carlos. **A cabeça do brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: campus, 1992.

BRASIL. **Lei de Segurança Nacional. Lei Nº 7.170/1993**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7170.htm>. Acesso em: 15 fev. 2013.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. SENASP/PNUD. **O que pensam os profissionais da Segurança Pública no Brasil**. Disponível em: <www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/arquivo/id/36921>. Acesso em: 15 fev. 2013.

CEARÁ. **Código Disciplinar da Polícia Militar do Ceará e do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Ceará**, Lei Nº 13.407/2003. Disponível em: <http://www.cb.ce.gov.br/html/coletanea/coletanea_html/coletanea_lei13407.html>. Acesso em: 15 fev. 2013.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

LUDWIG, Antônio Carlos Will. **Democracia e ensino militar**. São Paulo: Cortez, 1989.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

PLANEFOR. **Segurança pública**: direito da cidadania. Fortaleza: Planefor, 2001.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**: a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SALVADOR, Alessandra. **Os donos do poder ao longo da formação sócio-polícia brasileira**: uma visita à obra de Raymundo Faoro. Disponível em: <www.univen.edu.br/revista/n009>. Acesso em: 18 nov. 2012.

SOARES, Luiz Eduardo [et al]. **Violência e Política no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Relume Dumará; ISER, 1996.

CONTEXTO E PERSPECTIVAS DE UM DIREITO HUMANO À PARTICIPAÇÃO

José Péricles Pereira de Sousa
Pedro Rafael Malveira Deocleciano

INTRODUÇÃO

Os primeiros anos do século XXI, nomeadamente entre 2010 e 2013, testemunharam uma onda de movimentos de contestação política por todo o mundo. Não por coincidência, os mesmos instrumentos que permitiram a globalização *neoliberal* impulsionam, agora, uma espécie de globalização “contra-hegemônica”, fundamentada tanto num discurso de direitos — e, portanto, ainda um discurso herdado do *Iluminismo* — como num discurso de transformação das temporalidades, das espacialidades, das escalas, das produtividades e dos reconhecimentos dominantes, na contemporaneidade, por outros parâmetros, radicalmente novos (RÜSTOW, 1938).

A *Primavera Árabe* agitou o norte-nordeste da África e parte do Oriente — Tunísia, Líbia, Egito e Síria — derrubando governos e tentando reconstruir as bases políticas daqueles Estados. A Turquia debate a legitimidade das políticas de seu Primeiro-Ministro (Recep Tayyip Erdoğan) com milhares de pessoas nas praças e parques públicos, como o Parque Taksim Gezi, onde os protestos se iniciaram. Na Grécia, em Portugal e na Espanha, milhares de pessoas saíram em passeatas e em acampamentos públicos contra as “políticas de austeridade” ditadas por uma tríade de órgãos multilaterais credores de seus governos (o BCE, o FMI e a UE) — expressão máxima disso, os movimentos *Los Indignados* (de Espanha), *Que*

se lixe a troika! (de Portugal) e as mais de 300 organizações sociais reunidas na Praça Syntagma (Grécia), em junho de 2013.

Na Itália, o *MoVimento 5 Stelle*, iniciado através do *blog* do comediante Beppe Grillo (Giuseppe Piero Grillo), organizara movimentações populares em nome de cinco fatores considerados essenciais: “água, meio ambiente, transportes, conectividade e desenvolvimento”. Após seis anos de *ciberativismo* e ações de rua, o movimento se converteu a partido político e decidiu concorrer às eleições nacionais, obtendo 108 vagas na Câmara dos Deputados e 54 no Senado. O partido atingiu 25,5% dos votos nas eleições de fevereiro de 2013, tornando-se a terceira força política italiana, o que gerou um impasse administrativo para a escolha do novo Primeiro-Ministro.

Na Rússia, na Ucrânia, na Eslovênia, na Bulgária e em outros países do leste europeu, movimentos como o *Femen* lutam contra a tecnocracia, a austeridade e os oligopólios instalados naqueles países, além de uma tendência “autoritária” de seus governos (tudo na visão dos próprios movimentos). Ainda na Europa, nestes últimos anos (da crise da Zona do Euro) se intensificaram protestos na Suécia, na Alemanha, na França, na Inglaterra e na Islândia, particularmente, em que culminaram na eleição de novo governo e a elaboração de nova Constituição. Todos os movimentos se voltam contra a onda de desemprego estrutural, austeridade e desigualdade social e econômica, levantando, inclusive, questões como a integração dos imigrantes naqueles países.

Inúmeras ações simbólicas foram levadas às ruas e cercaram com milhares de pessoas as instituições públicas dos Estados Unidos da América e outros 29 países por onde o movimento *Occupy* se espalha. Uma “ocupação” iniciada em *Wall Street*, no Parque Zuccotti, em Nova Iorque, contra o *apartheid* econômico e social instigado pelo sistema financeiro, do qual aquela famosa rua nova-iorquina é símbolo.

Na América do Sul, diversos movimentos sociais ganharam fôlego, peculiarmente os indígenas, quilombolas (comunidades tradicionais de descendentes africanos) e camponeses. Em países como Equador e Bolívia, novas Constituições foram escritas (2008 e 2009, respectivamente). Na Colômbia, milhares de camponeses em marcha por Bogotá ameaçam, neste momento, a reeleição do Presidente Juan Manuel Santos. No Chile, em maio de 2013, milhares de estudantes se reuniram contra a má qualidade do ensino no país. Na Venezuela, apoiadores do candidato derrotado Henrique Capriles organizaram manifestações durante abril e maio de 2013, que, durante conflito com o governo (de Nicolás Maduro, herdeiro político de Hugo Chávez), deixaram dezenas de mortos e centenas de feridos.

Por fim — mas a lista poderia continuar — no Brasil, entre junho de 2013 e estes dias, mais de 20 milhões de pessoas, no total, estiveram em protestos de rua, por cerca de 200 cidades, direcionando ‘palavras de ordem’, cartazes e ações simbólicas (danças, cantos, encenações, etc.) contra a corrupção, a pobreza e a extrema desigualdade social, econômica e política que marcam o país.

Obviamente, manifestações nas ruas sempre existiram. Foram levantes populares grandiosos que contribuíram, por exemplo, para o declínio da sociedade feudal e a ascensão da *burguesia* ao poder na França, à época da “Revolução de 1789” — um instante que marca o início da Modernidade. A mesma França, quase dois séculos depois, em “maio de 1968”, deu lugar a protestos estudantis (que se tornaram protestos gerais, na sequência, quando aos universitários se reuniram sindicatos, partidos políticos ‘à esquerda’ e várias associações [sociedade civil organizada]) que marcariam, agora, o início de uma Modernidade *tardia, reflexiva, líquida* ou, mesmo, uma Pós-Modernidade, tamanha a reviravolta nos costumes e nas práticas sociais que propugnavam.

Não obstante o fato de que essas agitações sempre ocorreram, há algumas especificidades nas atuais. Primeiro, a internet, as redes e as mídias sociais, o financiamento coletivo através da rede mundial de dados (*crowdfunding*) e o compartilhamento coletivo de ideias e soluções através dessa mesma rede (*crowdsourcing*), em síntese, uma inter-retro-conectividade de informações, de discussões e de notícias que é extraordinariamente nova, impensável em períodos anteriores da História.

Segundo, esse “ativismo em rede” gerou uma espécie de *ciudadania transnacional* ou *cosmopolita*. Tanto os mapas da geopolítica mundial quanto os novos mapas cognitivos (de compreensão étnico-cultural, religiosa, econômica, sociopolítica, etc.) dos manifestantes contemporâneos, salvo raríssimas exceções, direcionam-se e reconhecem-se, desde logo, como globalizados. É dizer, tanto as ações políticas burocráticas (as dos Estados e de organismos multilaterais feito a UE) quanto as ações políticas espontâneas (não profissionais ou não técnicas) compreendem os desajustes das sociedades atuais como problemas globais. Restariam, nesse sentido, poucos problemas característicos de um determinado território, de uma determinada nação ou, enfim, de um determinado Estado – e mesmo esses terminariam equacionados em conjunto com outros territórios, nações ou Estados.

Em terceiro lugar, os movimentos contemporâneos não se deixam classificar, facilmente, no léxico convencional da Ciência ou da Filosofia Políticas, tendo em conta que, em geral, são articulados sem o envolvimento direto de líderes sindicais, de líderes partidários ou de líderes de associações civis organizadas. Em boa verdade, a ausência de liderança (de uma “vanguarda”) e a frequente realização de “assembleias” para tomadas de decisões poderia aproximá-los de certas correntes do *anarquismo*. Os poucos elementos em comum, entre os manifestantes, não os tornam “grupos”

estruturados em torno de uma pauta específica. Ao contrário, os protestos contemporâneos têm se mostrado catárticos e caleidoscópicos, no que diz respeito às suas reivindicações.

Nesse sentido, seriam “nuvens contestatórias” ou “constelações de resistências” sem um eixo pré-determinado e de uma criatividade política livre, na maioria das vezes, porque desligados de filiações ideológicas marcantes.

Além disso, nesta última década, o trabalho do FSM, de centenas de organizações não-governamentais globalizadas, de movimentos sociais sem fronteiras, de empresas relacionais e de empreendedores sociais, por toda a parte, evidencia que um tipo de “resistência” mundial ao *precarizado* das relações humanas (políticas e econômicas, essencialmente) e à degradação das relações ambientais já pode ter avançado alguns passos. Todo esse panorama é oportuno a um debate sobre o contexto e as perspectivas do direito de participação, hoje. Um direito que, a partir dos atributos dessas novas ondas de protestos globalizados, deverá sofrer uma releitura.

As premissas do paradigma liberal-burguês que forjaram esse direito foram, nos últimos trinta anos em particular, drasticamente modificadas. Novas compreensões e realidades apareceram, com o tempo, acerca da “soberania”, do “Estado”, dos “regimes políticos” (a democracia, mais que outros) e do “Direito”, porém, uma Teoria da Participação, à luz dessas novas compreensões e realidades, ainda é embrionária.

As próximas páginas tentam estimular essa discussão. Em primeiro plano, expondo algumas noções do nascedouro da ideia de participação, fundada em determinada tradição ocidental de pensar a liberdade, a igualdade e a fraternidade (o lema da “Revolução Francesa”), enquanto direitos inalienáveis ao ser humano. Destas noções, todavia, o sistema capitalista enfatizou, imensamente, a liberdade; de forma algo contraditória, a igualdade; e marginalizou a

fraternidade. A partir dessa conjuntura, o direito de participar, foi, via de regra, positivado em Constituições nacionais, entendido, por consequência, como um direito fundamental — um direito dos cidadãos de cada Estado.

Num segundo plano, explicitam o quanto o direito de participar deve receber as influências dos novos enquadramentos das ideias de “soberania”, de “Estado”, de “democracia” e de “Direito”, evidenciando-se, agora, um direito humano e extensível a todas as pessoas, independentemente de serem cidadãs deste ou daquele Estado, considerando o nível de inter-retro-conectividade de todas as ações públicas e, mormente, das ações privadas, na contemporaneidade. E, por fim, as próximas páginas tentam apontar alguns — dos muitos — desafios ao direito humano à participação, especialmente, no tocante às perplexidades que podem causar sua aplicação prática (tendo em conta que haveria, então, um direito transnacional) e à complexidade de sua proteção frente aos maiores fundos de investimentos de capitais e às grandes empresas multinacionais, que, estatisticamente, seriam, na atualidade, os principais violadores de direitos humanos.

1. O DIREITO DE PARTICIPAR NO PARADIGMA LIBERAL MODERNO: UM DIREITO FUNDAMENTAL

Neste esforço se examina o “direito de participação” enquanto componente do legado iluminista e que se espalhou pelo mundo após a dinâmica de eventos da “Revolução Francesa”. A primeira República francesa (21.9.1791) é fruto imediato dessa “Revolução” e adotara seu lema liberal burguês como divisa oficial de Estado. Mesmo a atual quinta República francesa (desde 22.9.1958) permanece com os dizeres *Liberdade, Igualdade e Fraternidade* como inspiração. Resta saber o que eles ainda significam.

Com efeito. Essas três *Ideias* liberais sofreram, como qualquer outro fenômeno, a inexorável ação do tempo e das circunstâncias posteriores; circunstâncias essas, aliás, que derivaram, na maior parte das vezes, de escolhas da própria burguesia. O certo é que seu sentido (ou, talvez, precisamente, sua direção) variou bastante duzentos e vinte e quatro anos passados. O paradigma das *Luzes* fez constar, por exemplo, no art. 1º da *Declaração dos Direitos do bom povo da Virgínia* (12.6.1776) “todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança”; no preâmbulo da Constituição estadunidense de 1787, aquele documento se dirigia a “assegurar as bênçãos da liberdade para o povo americano e seus descendentes” e no art. 1º da DDHC: “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum”.

Nas disposições normativas, ao menos, ficava isento de dúvida o quanto a *liberdade* era prioritária. O próprio sistema social, político, econômico, cultural e ético-moral baseado no *iluminismo* fora apelidado de *liberalismo* e, contemporaneamente, *neoliberalismo*. A burguesia, não fosse livre para empreender, negociar, lucrar, viajar, etc., nunca teria obtido nem mantido seu patrimônio que, à altura da “Revolução Francesa”, era já o sustentáculo da nobreza, através dos altos impostos cobrados.

Portanto, a liberdade seria um valor de primeira grandeza na nova ordem social sob a liderança da burguesia, inclusive a liberdade política, como se depreende da parcela inicial da redação do art. 6º da DDHC (“A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação”), visto que, por séculos, os bur-

gueses – enquanto parte do Terceiro Estado – se viram excluídos da cena política da Nação. A participação de alguns setores da burguesia nas Assembleias dos Estados Gerais era figurativa, opinativa e, por certo, rara, como se esperaria de um regime monárquico *absolutista*. A última reunião dos *États Généraux* antes da “Revolução Francesa” (antes do maio de 1789) fora em 1614.

Essa liberdade para poucos, que não saltava evidente das “declarações universais do *liberalismo*”, em algumas décadas explicitou que o sistema feudal e imperial antigo fora apenas substituído por novos feudos (nova servidão, nova vassalagem) e novos impérios, dessa vez burgueses. A própria França, no início do século XIX, tornou-se um Império mais robusto que ao tempo dos reis absolutistas, com Napoleão I.

A liberdade coartada pela prática burguesa no Poder, notadamente no que respeitava à economia (a área que viu nascer o ideal burguês), redundou num século XIX de disputas geopolíticas entre os impérios espanhol, português, chinês, mongol, romano-germânico, francês, britânico, russo, japonês e a florescente república estadunidense — aqueles cinco primeiros em decadência, os quatro últimos em ascensão. Depois disso, as décadas de entrada do século XX trouxeram uma “Primeira Guerra Mundial” (1914-1918) e ainda uma “Segunda Guerra Mundial” (1939-1945) a demonstrar que a liberdade humana estava longe de ser um direito realmente inalienável.

A liberdade de participação ficava sufocada pela precariedade das condições de vida da esmagadora maioria dos indivíduos, tornados “proletários” pela Revolução Industrial.

Os mesmos auspícios *iluministas* gerariam, por essa altura, a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, tomada pela Assembleia da ONU, em 10.12.1948, cujo preâmbulo assim dispõe sobre a *liberdade*: “Considerando que o reconhecimento da dig-

nidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é *o fundamento da liberdade*, da justiça e da paz no mundo”; “*que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade* de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade *foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum*” e no seu art. I: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”. Outra vez, a distância entre a enunciação principiológica e o contexto de aplicação se fez sentir.

Desde a DUDH, o conflito entre as duas maiores potências vencedoras da “Segunda Guerra Mundial”, EUA e URSS, denominado “Guerra Fria” (entre 1945 e 1991) abalara fortemente a *liberdade* — e, na essência, a liberdade política, pode-se dizer, visto que todas as nações deveriam escolher entre a política à moda “capitalista burguesa”, defendida pelos EUA e a política à moda “capitalista proletária”, avançada pela URSS. Ambas calcadas nas lógicas do crescimento da produção, na extração de recursos naturais e energéticos e na vigilância da liberdade individual para os fins desejados pelo sistema político dominante (por isso a política da URSS, embora rejeitasse o título, também seria “capitalista”).

Após o colapso da URSS, os EUA iniciaram uma “Guerra contra o Terror”, atingindo mormente os países do Oriente Médio. Na década de 1990, houve conflitos (como a “Guerra do Golfo”), mas, de forma acentuada, a partir de 11.9.2001, a “Guerra contra o Terror” fora tomada como doutrina da política externa estadunidense, tanto sob o governo do partido republicano de George W. Bush (2001-2009) quanto sob o governo do partido democrata de Barack Obama (2009-2013). Uma vez mais a *liberdade* é sitiada por um intenso “discurso de medo e de violência”, que será mais bem analisado no próximo tópico, assim como suas consequências no direito de participar.

O direito à *igualdade* não sofreu menos. O art. XIV, 1, da Constituição estadunidense de 1787 declara “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas a sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos (...) Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos (...) ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição *a igual proteção das leis*”. A parte final do art. 6º da DDHC asseverava “Todos os cidadãos são iguais a seus olhos [aos da lei] e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos”.

Por derradeiro, os arts. II e VII da DUDH registram “Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição” e “*Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei*. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”.

A legítima inquietação burguesa com uma “igualdade perante a lei” fica patente. No regime feudal e no absolutismo, a lei era a vontade do senhor ou do rei e a “distinção” o princípio maior da aristocracia. De forma que o *Ancien Régime* se estruturava sobre duas desigualdades fundamentais: a do rei para com os súditos (uma desigualdade vertical) e a de todos os súditos entre si, aos olhos da lei régia (uma desigualdade horizontal), porque, embora os súditos fossem iguais na condição de súditos, distinguiam-se pela nobreza. Portanto, a burguesia pensava em “igualar a todos perante a lei”. Mas logo essa ‘igualdade formal’ se mostrou insuficiente para cumprir o ideal *iluminista* de emancipação, conquanto

se mostrasse suficiente aos interesses imediatos da nova classe dominante.

Os séculos que separam o presente daqueles primeiros “documentos universais do liberalismo” e, com mais vigor ainda, os sessenta e cinco anos da DUDH até hoje, exibiram sociedades, obscenamente, desiguais — e um fenômeno interno (ou nacional) bem como externo (ou internacional). É dizer, ou as sociedades nacionais elencam alguns indivíduos muito ricos e, simultaneamente, uma maioria de indivíduos muito pobres (fenômeno interno ou nacional), ou certos países do Norte global (como os da região da Escandinávia, por exemplo) modulam, significativamente, as desigualdades, em suas sociedades nacionais, porém, assim mesmo, permanece um abismo que as separa, enquanto nações ricas, de outras nações paupérrimas do Sul global (fenômeno externo ou internacional).

Quanto à *fraternidade*, o quadro talvez se mostre ainda pior. O trecho final do art. 18 da DDV aduz: “É dever recíproco de todos os cidadãos praticar a tolerância cristã, o amor à caridade uns com os outros”. O art. 4º da DDHC indica a comunidade de homens como uma ‘compartilhação de liberdades’ e, nesse sentido, uma fraternidade: “*A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei*”.

A DUDH, logo em seu preâmbulo, como se disse, é direcionada aos “membros da família humana”, logo a uma irmandade de homens e mulheres. Pouco depois, em seu art. I, recomenda que as pessoas “devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade” e, finalmente, em seu art. XXIV, afirma que “1. Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível” e “2. No

exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente *com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática*”. Noutras palavras, essas declarações estimulam uma tendência, considerada natural, de que homens e mulheres se reconheçam como, incontornavelmente, conectados num destino comum.

Apesar dessas previsões, as facetas burguesas de Poder, desde a “Revolução Francesa” e, com bastante ênfase, nos últimos trinta anos, elevaram as lógicas do individualismo, da competição e do hedonismo, supostamente mais ajustadas à ideia de progresso, de desenvolvimento e de crescimento. Portanto, as sociedades destes dois séculos concentraram esforços na ‘tecnociência’ e nos métodos de *mercadorização* (seja de produtos, seja da Natureza, seja das próprias pessoas).

Nessa trilha, um estranho *humanismo da mercadoria*, na expressão de Guy (DEBORD, 2012), instrumentalizara homens e mulheres, tornando-os meras engrenagens do funcionamento de um sistema socioeconômico e político que, em vez de preservar a vida humana, deseja preservar a si mesmo.

A *fraternidade*, na condição de valor denso no *Iluminismo*, de princípio das legislações baseadas nessa tradição e, mesmo, na condição de imperativo prático visando a uma convivência mais justa, fora quase completamente abafada, com consequências pesadas ao direito de participar, em especial nas suas mais novas aparições — um direito considerado transnacionalmente. O próximo tópico debruça nessas consequências.

Por todas essas modificações na textura do real, a luta para que o velho lema “Liberdade, Igualdade e Fraternidade” tente se manter emancipatório, parece que deve se modificar também,

especialmente no que toca ao direito de influenciar na vida política de um Estado-Nação, tal como foi concebido o direito de participar pelos *Filósofos das Luzes*. A constatação de que houve um ganho civilizacional sem precedentes com a positivação do direito de participar nas ordens constitucionais (isto é, nos novos Estados-Nações ocidentais, cujo molde foram as “revoluções liberais”) não retira a validade de outra constatação, mais grave para o presente: o direito de participar como direito fundamental do “cidadão” já não é suficiente, conquanto importantíssimo, porque as condições históricas da Modernidade *tardia, reflexiva, líquida* ou, para muitos, Pós-Modernidade, são extraordinariamente distintas daquelas existentes no raiar do constitucionalismo, da Teoria Democrática e da Teoria do Estado de Direito, todas influenciadas pelo *Iluminismo*.

2. NOVOS HORIZONTES AO DIREITO DE PARTICIPAR: UM DIREITO HUMANO

O percurso de algumas noções *oitocentistas*, hoje clássicas, autoriza conceituar o “direito à participação” como fez o art. 6º da DDHC, um direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a formação da lei de um Estado-Nação. Em versão jurídica, o direito à participação é uma espécie de direito político que faculta ao cidadão — o indivíduo em pleno gozo de seus direitos políticos — manifestar-se com a finalidade especial de interferir nas ações do Estado, principalmente nos instantes de eleições. A participação, segundo essa linha de pensar *iluminista*, é uma manifestação de vontade que apenas institucionalmente integrada é que faz sentido, porque se direciona ao Estado enquanto atualizador (*ator*) e *garante do bem comum*.

Desde o art. 3º da DDHC (O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na Nação. Nenhum corpo, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente) que, praticamente, todas as Constituições do Ocidente abrigam dispositivos semelhantes. Assim sendo, pode-se afirmar que, regra geral, as normas fundamentadas em ideias *iluministas*, quer as mais voltadas à burguesia quer as mais voltadas ao proletariado, fazem constar, expressamente, que o Poder do Estado deve ser legitimado através da “participação democrática”: nesse âmbito, “cidadão” passa a ser a *persona* do indivíduo em seu relacionamento com o Estado. E o “sufrágio dos cidadãos” confere *autoridade* — naquele sentido que Hobbes apanha do direito romano — ao Estado.

De maneira que a “cidadania”, no paradigma *iluminista*, tem uma dupla acepção. É tanto o “estatuto do cidadão”, seu conjunto de direitos e deveres políticos, quanto a potência múltipla (a energia democrática da multidão de *autores*) que se reúne no e se realiza através do Estado. Essa duplicidade permite às repúblicas — como a brasileira e a portuguesa — se declararem fundadas na “cidadania” e na “soberania popular”. O caráter abstrato dessas fórmulas *racionalistas* (o Estado, como se disse, é um dos mais sofisticados constructos racionais), no entanto, conviveu sofrivelmente com as duras necessidades (sociais, econômicas, culturais, educacionais, etc.) pelas quais passaram os cidadãos em sua existência, concretamente situada, em cada Nação.

O ideal que gerou a possibilidade aberta a todos os indivíduos de agir politicamente, poucas décadas depois da “Revolução Francesa”, teve de sofrer severas restrições. Um “livre mercado de ideias” — para utilizar a força imagética dessa expressão de Oliver Wendell Holmes Jr., que é típica da linguagem *liberalista* — é o pressuposto de qualquer revolução, assim como, por determinadas conjunturas, teria possibilitado à burguesia francesa em 1789 to-

mar o Poder (MILL, 2000). Essa consciência, disseminada essencialmente entre a alta burguesia, deu ensejo a uma atmosfera de *contrarrevolução* permanente. Noutros termos, desde que tomara o Poder, através da fenda obtida nas velhas estruturas governativas, a burguesia deveria reprimir outros estratos socioeconômicos e políticos de tentar o mesmo.

A estratégia burguesa foi a da plasticidade na divulgação de seus ideais — deveria modular seu discurso e, simultaneamente, o contexto de realização dele, através do poder político que, agora, possuía, além do poder econômico e de sua inserção social. Esse arranjo de três ingredientes era inédito. Nenhum outro regime político antes pôde propagar um discurso emancipatório com tamanha profundidade quanto o burguês e, ao mesmo tempo, obstruir-lhe as condições materiais com tamanha eficiência quanto o Estado burguês. Numa frase: a burguesia se imunizou contra as ideias revolucionárias que ela mesma criou.

A consolidação desse cenário, de um discurso liberal e uma prática restritiva, atingiu ríspidamente os pilares do “direito de participar”, como se antecipou no primeiro tópico: a liberdade, a igualdade e a fraternidade. Em boa verdade, há um círculo virtuoso (ou, neste caso, que se tornou vicioso) entre todos eles. A “cidadania” depende daquelas três premissas, afinal tem relação íntima com as liberdades de expressão, de manifestação e de eleição, além de se basear no igual respeito e consideração de todos os indivíduos e, outrossim, numa ética de responsabilidade e de solidariedade (de cuidado e de reconhecimento recíprocos). Depois, aqueles três princípios dependem de uma ação política plural, que a “cidadania” promove (BOFF, 2009).

No presente, de acordo com o que se antecipou no primeiro tópico, as sociedades se encontram num instante de minoração das liberdades, privadas e públicas, respectivamente, por um *apartheid econômico* e por um *discurso do medo, do risco e da violência*.

Quanto às liberdades privadas, por óbvio, aqueles que possuem renda, poder e acesso a recursos naturais e energéticos serão ‘mais livres’ que outros. O regime político de “democracia representativa” estruturado pela burguesia inclinou as ações estatais a impactar positivamente seus interesses, enquanto, por outro lado, essas mesmas ações do Estado impactam negativamente todas as demais classes – a proletária, o “precariado” (ou *lumpemproletariado*, no termo de Marx e Engels), os pequenos produtores rurais, os estudantes pobres, os desempregados, os reformados, etc. (MARX; ENGELS, 1845).

Os últimos trinta anos de governos *neoliberalistas* agravaram ainda mais as condições materiais de vida da maioria da população mundial, nomeadamente nos países do Sul global, mas também ao Norte, como a crise do *subprime*, nos EUA (2008/2011), e a crise da Zona Euro (2011/2013), na Europa continental, exemplificam. É patente que o direito de participar, sem a liberdade mais superficial — que é a da garantia da sobrevivência — torna-se, simplesmente, alegórico. Um tipo de norma cujo potencial simbólico é enfatizado em detrimento de sua eficácia jurídico-política. Mesmo no instante “cerimonial” da participação nas eleições, que periodicamente se renova, são os interesses privados ‘fortes’ que conseguem destaque, participando ao influenciar a vitória dos candidatos (a representantes políticos) que contam os maiores investimentos em suas campanhas.

Quanto às liberdades públicas, a Modernidade *Líquida* difundiu um “medo líquido” nos indivíduos, no dizer de Bauman (2008), ou seja, há uma espécie de sociabilidade em que o *outro* representa um perigo sempre renovado; todos os dias há notícias sobre novas maneiras nas quais se pode ser atacado, magoado ou assassinado pelo *outro*. A “liquidez” de que fala Bauman (2001) é, precisamente, esse ritmo de mudanças das condições sob as quais agem os indivíduos, que é sempre mais rápido do que o tempo ne-

cessário para esses mesmos indivíduos consolidarem hábitos, rotinas e formas de agir.

A aceleração da propaganda sobre a insegurança, por exemplo, contribui para a criação de uma “indústria do medo”: mais programas televisivos a respeito, mais empresas do ramo da segurança privada (a formação de exércitos privados, inclusive), mais fabricantes e vendedores de armas, mais presídios (públicos e privados também, como nos EUA e em alguns países europeus), mais conflitos urbanos, mais conflitos rurais, mais guerras externas, mais indústria bélica e assim sucessivamente.

Compõe-se, outrossim, um “discurso de vitimização” que desborda a seara do Direito Penal. No Direito Penal, por definição, todos os indivíduos são vítimas em potência. A atualidade assiste a um discurso semelhante noutros campos: nos direitos sociais, os indivíduos seriam vítimas da ‘fortuna’ (da má sorte); nos direitos econômicos, vítimas dos “mercados”; no regime dos direitos políticos, enfim, vítimas do governo e do Estado. Aos poucos, essa “vitimização” se converte numa regulação e num controle sociais.

Além daí, o Direito Penal, tanto nacional quanto internacional, deixa de ser um instrumento de garantia de direitos fundamentais e passa a um caminho de “perda de direitos fundamentais”. Notadamente após os atentados de 11.9.2001, na América, e outros, na Europa, na Ásia e na África, a “prevenção repressiva” — ou a “repressão preventiva” — passou a política oficial das nações centrais do capitalismo contemporâneo, de que é exemplo máximo o *USA Patriot Act* (“Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism” Act, aprovado em 2001). Em tradução livre, “Lei para unir e fortalecer a América, fornecendo instrumentos apropriados requeridos para interceptar e obstruir o terrorismo”, cujo acrônimo é, estrategicamente, “patriot” (patriota).

Nesse quadro, torna-se impossível a liberdade de ação política, tanto no nível dos Estados como no nível dos cidadãos. Os Estados devem, por pressão da massiva propaganda nesse sentido, alinhar-se aos instrumentos de “prevenção repressiva” e se ocupar com sua própria geopolítica, pois, a qualquer instante, podem se tornam alvos de atentados terroristas. Os cidadãos, em vez de se associar aos outros, procuram se distanciar, porque sair às ruas e criar novas rodas de convivência é, na atualidade, um risco que se pode mitigar. Além de, nesse nível *micro*, constatarem-se aqueles vários medos difusos, como o de perder o emprego, o de perder o par romântico, o de perder o afeto dos filhos, o de perder o investimento, o de perder a promoção profissional, o de perder a vitalidade e a saúde, etc., que minam a participação inclusive psicologicamente.

O direito de participar se torna, ele próprio, um grande alvo. Na mira da propaganda liberal, a participação é incentivada e restringida ao mesmo tempo. Esses estímulos contraditórios (aquela *plasticidade* do discurso burguês que se dizia) exigem, no mesmo instante, que os indivíduos se voltem à segurança de seu lar (e, uma vez nele, não se exponham aos riscos virtuais, acessando a internet!) e sejam mais preocupados e ativos nos assuntos públicos.

Quanto à igualdade, o primeiro tópico deste estudo adiantou que as sociedades atuais são, terrivelmente, desiguais. As lógicas *iluministas* do crescimento, do progresso e do desenvolvimento acenderam uma ciência e uma tecnologia que, ao invés de estarem a serviço da abundância material, do equilíbrio mental e da saúde corporal para todos os indivíduos, concentraram ainda mais as be-nesses do sistema em poucos cidadãos.

O instante em que todos são iguais, hoje, é análogo àquele do tempo das monarquias *absolutistas*. É o instante em que se constata que, do mais pobre indivíduo dos bairros de lata do Sul global ao mais rico megaempresário do Norte global, todos são súditos

da mesma força ideológica capitalista, estejam conscientes disso ou não. Na forte expressão de Jean Baudrillard (2011), o sistema sociopolítico e econômico contemporâneo tem um “poder medusante”: torna tudo objeto (pedra). E objetos que circulam como combustíveis das engrenagens do sistema como um todo, mesmo aqueles que, supostamente, estariam ‘à margem’ ou ‘excluídos’, têm seu propósito, na estruturação dos riscos e das projeções dos investimentos.

Nesse raciocínio, o direito de participar se estrutura na desigualdade entre os que podem e os que não podem influenciar as políticas públicas e demais assuntos relacionados ao Estado; entre os que podem e os que não podem exercer o Poder, tornando-se “representantes políticos profissionais”; e, ainda, se estrutura na igualdade de todos como objetos econômicos ambulantes.

As consequências principais dessa igual mercadorização de todos os indivíduos é que o Estado passa a tratar seus “cidadãos” como seus “usuários” ou “utentes” (o Estado se converte num tipo de ‘centro comercial’ do qual o cidadão se torna um “consumidor”) e a descrição dos indivíduos nas políticas públicas é feita como “recursos humanos” ou “capital humano” do Estado, o que, por óbvio, exclui toda a dimensão profunda de inauguração e de criatividade que qualquer vida humana — e politicamente ativa — deveria guardar.

Quanto à fraternidade, registra-se, de logo, que é o valor do lema revolucionário burguês mais invisibilizado de todos. Se a liberdade e a igualdade trocaram de direção, a fraternidade mal começou a se mover de dois séculos para cá. É possível dizer que as lógicas de individualismo, narcisismo e rivalidade extremos que a propaganda do sistema liberal lançara, desde o início, enquanto, supostamente, propulsoras da livre iniciativa, do empreendimento, da inovação e, via de consequência, do crescimento econômico, sufocaram o ideal da fraternidade.

Os inúmeros conflitos mundiais nos séculos XIX e XX constatam um *democídio*, isto é, assassinatos em massa alavancados pelos próprios governos (RUMMEL, 1997). Na contemporaneidade, além de diversas guerras continuarem — e sob o patrocínio de muitos governos *iluministas* — a própria dinâmica neoliberal é, por si, uma guerra contra a fraternidade. O sociólogo francês Pierre Bourdieu (*Online*, 1998) descreve “a essência do neoliberalismo” naquilo que expõe como “o mito *walrasiano* da teoria pura”, isto é, de uma matemática que possa reger tudo (Léon Walras foi o fundador da chamada “economia matemática”). De acordo com Bourdieu, o programa neoliberal “tende globalmente a favorecer a ruptura entre a economia e as realidades sociais”: seria “*um programa de destruição metódica do coletivo*”, de “todas as estruturas coletivas capazes de interpor obstáculo à lógica do mercado puro”, como os Estados e as nações, cuja margem de manobra não para de diminuir; os grupos de trabalho (mediante, *v.g.*, a individualização de salários e de carreiras, em função de competências individuais, com a conseqüente atomização dos trabalhadores); os coletivos de defesa dos direitos dos trabalhadores (sindicatos, associações, cooperativas, etc.) e, inclusive, decomposição da própria família, que, através da constituição de mercados por ‘classes de idades’, perde uma parte do seu controle sobre o consumo.

A perda da noção de que homens, mulheres e, diga-se, mesmo, toda a *biosfera* compartilham um único planeta e, portanto, compartilham o destino (até a eventual destruição) desse universo próprio contribui para que o individual, o egoísta e o espírito de competição se tornem quase irracionais. O direito de participar é afetado, assim, imensamente, porque exige uma ética da responsabilidade, do cuidado e da solidariedade (SHIRKY, 2011). Com efeito. A ação política se traduz no interesse (no *inter-esse*, etimologicamente, “ser entre os outros”), no ‘concernimento’, ou seja, na

preocupação em interferir na construção do bem *comum* (LEVY, 2000). Não há Política nem há Poder sem compartilhamento. Quando um dita as normas e outros obedecem há força, não Poder.

Nessa ordem de ideias, o direito à participação num mundo em que a fraternidade não é possível se esvazia: qualquer participação seria coreográfica, meramente ritual, sem a substância política, por excelência, que é a discussão e a realização de um destino comum. O contexto de aplicação dos princípios que deveriam guiar o direito à participação é todo outro, conforme se depreende. Um novo lema, adaptado à Modernidade *tardia*, de acordo com Erhard Denninger (2000), seria “*Segurança, diversidade e solidariedade*”. Por certo, um lema que não seria revolucionário, como aquela tríade do século XVIII, mas reformista. Na perspectiva de Perez Luno (1996):

Como quiera que los ideales de la modernidad fueron los valores ilustrados de la razón, la libertad, la igualdad y la fraternidad universal, debiéramos ser conscientes que la negociación posmoderna de la tradición ilustrada comporta un abandono de esos valores que siguen siendo básicos. Tiene razón Habermas cuando indica que la modernidad constituye un proyecto inacabado y que, em lugar de abandonar esse proyecto como uma causa perdida, deberíamos aprender de los errores de aquellos programas extravagantes que trataron o tratan de negar la modernidad.

Em geral, as vertentes teóricas e de movimentos sociais ditas “Pós-Modernas” procuram trazer à tona cosmovisões absolutamente distintas da tradição *iluminista*, como, por exemplo, as cosmovisões de povos indígenas e de outras comunidades que resistiram à invasão da ideologia e dos costumes Modernos, para, a partir dessas compreensões, *des-pensar* e *re-pensar* as possibilidades de uma transformação radical nas sociedades (SANTOS,

2010). Alertam, inclusive, que essas clivagens “direta vs. esquerda”, “reforma vs. revolução”, “paradigma vs. narrativas” são nor-
tecêntricas e, portanto, somente guardando objetivos no próprio
discurso *iluminista*.

De uma maneira ou de outra, o *universalismo* e o *racionalismo* “positivos”, cultivados (e levados a cabo) desde os séculos XVI ao XX, são, paulatinamente, substituídos por um *universalismo* e um *racionalismo* “negativos”. Noutras palavras, o “homem” (e, de fato, mais o homem que a mulher, na altura) sentia-se senhor e dominador de toda a Terra, com ideais que deveriam padronizar todas as nações. A cultura deveria se “desenvolver” ou “avançar” na linha do crescimento econômico ditado pelas ações estratégicas e pelas performances técnicas da burguesia. A Natureza fora tratada como objeto da produção e da ciência. O “homem” categorizou seus semelhantes (entre primitivos e evoluídos, numa espécie de *darwinismo* social) e degenerou seu próprio ambiente de morada.

Um *universalismo* negativo, ao contrário, percebe que todos os homens, todas as mulheres, todas as formas de vida e todos os processos físico-químicos pautam a elaboração de um mundo (humano) e de um planeta (hábitat físico) em que relações instrutivas, de aprendizagem mútua, possam se desenvolver. Homens e mulheres se tornam sensíveis ao seu papel de “jardineiros da Terra” (MINCATO). Um racionalismo mais abrangente reuniria *sensibilidades* e *impulsos*, percebendo que o ser humano é *homo sapiens demens* (MORIN, 2008), um sistema aberto cognitivamente e que se caracteriza pela profundidade de sentidos que atribui ao seu entorno e à convivência com o múltiplo (MATURANA; VARELLA, 2001). O único pensamento universal seria o da *inter-retro-dependência*: o de que *não é possível ditar um padrão universal* de cultura, de nacionalidade, de dinâmicas políticas, econômicas, sociais, religiosas, ético-morais, etc.

Vive-se num instante em que é adequada essa tentativa de retrabalhar as premissas de sociabilidade atuais, sob pena de iniciarmos um século XXI de constantes crises humanas, financeiras e ambientais. Algumas opções teóricas e de ações políticas disponíveis poderiam repercutir em processos de *despsiquiatrização* ou *despatologização* da sociabilidade, em que o *outro* seja compreendido como um igual e um potencial amigo — e não um violento inimigo, como hoje. Processos que possam sofisticar a “liberdade material” (que inclui aquelas éticas da solidariedade, da responsabilidade e do cuidado com e pelo outro) em vez de se continuar numa “liberdade formal” (um *liberalismo* de leis e de discursos, vazio na prática). Processos que possam resultar numa “igualdade combinada ao respeito à diferença” — uma “igualdade material” e não uma igualação-enquanto-mercadoria. Processos, enfim, que possam estimular uma “ecologia integral” (de relações psíquicas, de relações sociais, de relações naturais), construindo lógicas de *autoridade partilhada* na economia, na política, na ética, na ciência, na cultura, na religião, isto é, descolonizando as maneiras de agir coletivamente.

Essas transformações nos tempos, nos espaços, nos reconhecimentos, nos saberes e nas produtividades das sociedades contemporâneas poderiam gerar um novo contexto de aplicação ao direito de participar.

A “indigência democrática” que as técnicas de gestão política atuais (de *governança*) elevaram a paradigma de tratamento dos cidadãos poderia ser atenuada ou eliminada. O rótulo político de “Povo”, em verdade, hoje, um “soberano mendigo” ou um “soberano mudo”, poderia ser repensado para uma *soberania de cidadãos em rede*, como o próximo tópico explicita melhor (CASTORIA-DIS, 2000).

O direito de participar enquanto direito fundamental não tem, agora, a mesma energia capacitadora — se é que teve antes,

conforme se argumentou — dos primeiros dias do constitucionalismo. A série de fatores lembrados até então, e outros, demonstram um obscurecimento das ações estatais como ações públicas. A *persona* conferida ao Estado, segundo as balizas *iluministas*, para atualizar o Poder, que deitava raízes na cidadania, numa dinâmica que seria fechada em circuito “nacional”, hoje é absolutamente distinta. A *persona* do Estado hodierno é uma máscara administrativa, gerencialista, para atualizar um Poder que se conecta a gigantescos interesses privados transnacionais (pilares do tipo de economia em vigor) — um circuito, então, eminentemente “supranacional”.

Com efeito. O direito de participar, no século XXI, em regra, ultrapassa as fronteiras nacionais, seja por aquilo que Ulrich Beck (2013) chama de “transdemocracismo” (concerto e interdependência de democracias), seja pelas migrações pendulares globais, seja pelo mercado de trabalho global, seja pela, cada vez mais comum, multinacionalidade dos indivíduos — ou pelo seu oposto, também crescente, a *apatridia* —, seja pela necessidade de proteger indivíduos vulnerabilizados por seus próprios Estados, seja para proteger o direito político, como uma dimensão útil ainda, na prática, contra “matrizes comunicativas anônimas” (o que será explorado no tópico seguinte).

A escrita e a leitura (é dizer, a concretização) do direito de participar, em alguns instrumentos jurídicos já passam por essa revisão, designando esse direito como parte essencial do discurso dos direitos humanos. Registre-se que esse novo patamar não significa uma melhoria automática: o discurso e a prática dos direitos humanos revelam potenciais subalternizadores e potenciais emancipatórios como heranças *iluministas* que são. Os direitos humanos salvam muitas vidas pelo mundo, mas permitem o desperdício de inúmeras outras, especialmente em “termos diplomáticos”, ao autorizarem invasões bélicas e intermináveis zonas de conflitos armados.

Não obstante, interessa realçar uma interpretação que favoreça o elemento transnacional do direito de participar, porque o texto genérico da maioria dos Tratados Internacionais não permite uma leitura explícita nesse sentido. Nos Tratados Internacionais vigentes o direito de *tomar parte nos negócios públicos* é referido sem adjetivações (se nacional ou transnacional), mas, até pouco tempo, como se viu, era compreendido, unânime e exclusivamente, como um direito que se reivindica frente aos Estados-Nações. Hoje o debate que se procura estimular é pelo entendimento mais abrangente possível desse direito: que se reivindica, portanto, frente a organismos multilaterais (feito a ONU, a OEA, a EU, etc.), frente a oligopólios industriais/empresariais multinacionais ou frente a outros Estados que não o de residência do cidadão, entre outras possibilidades hermenêuticas.

Note-se que a DUDH, por exemplo, consagra, em seus arts. XIX, XX e XXI, respectivamente, que “toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão”, “toda pessoa tem direito à liberdade de reunião e associação” e, por fim, “*toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos*”, além disso, remata: “a vontade do povo será a base da autoridade do governo”. O art. XXIV dessa mesma Declaração aponta que “*toda pessoa tem deveres para com a comunidade*, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível”, a demonstrar que a participação seria um direito-dever ou um *dever-sendo* de democratizar, desde a própria comunidade em que se vive até onde se puder alcançar influência nesse processo (potencialmente um dever global).

Numa acepção mais precisa, se um dever-ser é uma afirmação deontológica, uma declaração de um estado de coisas ideal ou das atitudes necessárias a atingir esse estado de coisas, um dever-sendo representa a consciência prévia de que a democracia é uma

aspiração sempre incompleta. Por definição, a tentativa de transformar processos de poder desigual em processos de autoridade partilhada, em cada local e em cada instante, estará sempre por se fazer: nunca será possível afirmar que há uma democracia perfeita e acabada, qualquer que seja a dimensão discutida.

O PIDCP, de 1966, em vigor desde 1976, afirma esses direitos nos arts. 18 (liberdade de pensamento e de consciência), 19 (liberdade de opinião e de expressão), 21 (liberdade de reunião pacífica), 22 (liberdade de associação) e, finalmente, no 25 (“*Todo o cidadão tem o direito e a possibilidade, sem nenhuma das discriminações referidas no art. 2º e sem restrições excessivas: a) De tomar parte na direção dos negócios públicos, diretamente ou por intermédio de representantes livremente eleitos*”).

A CADH (Pacto de San José da Costa Rica, 22.11.1969) expõe em seus arts. 12, 13 e 15, nessa ordem, a liberdade de consciência, a liberdade de pensamento e de expressão e o direito de reunião, culminando no art. 23: “1. *Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades: a. de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos*”.

A redação dessas declarações internacionais não guardava ambiguidade alguma, décadas atrás. Os governos seriam os órgãos executivos dos Estados e estes, por seu turno, o lugar em que os cidadãos deveriam se manifestar. Neste momento, a maioria dos Estados decide muito pouco sobre suas próprias políticas públicas. A intensidade da dinâmica local/global e da relação economia/política já não permite indicar o Estado como força máxima de regulação social ou mesmo força exclusiva de produção do Direito.

Há um pluralismo de Poder e de Direito que dessubstancializou a “soberania estatal”, uma noção *iluminista* que, gradualmente, vai perdendo espaço. Antecipar-se a esse ocaso total do Estado,

afirmando o direito de participar como direito humano exercível por qualquer pessoa em qualquer parte do planeta, contra quaisquer entidades que façam as vezes de produtoras do Direito e detentoras do Poder, é uma urgência da Ciência e da Filosofia Políticas contemporâneas.

A grande causa dessa urgência e, simultaneamente, um dos maiores desafios dessa compreensão do direito humano a participar é o aparelhamento dos Estados e de todas as esferas de decisão da vida em comum por “matrizes comunicativas anônimas”.

3. DESAFIOS NO SÉCULO XXI: A PARTICIPAÇÃO TRANSNACIONAL E O BLOQUEIO DAS “MATRIZES COMUNICATIVAS ANÔNIMAS”

As maiores violações a direitos humanos são, atualmente, perpetradas por oligopólios empresariais e por fluxos predatórios de capitais especulativos supranacionais — a partir de “matrizes comunicativas anônimas”, na expressão de Gunther Teubner (2006), ou seja, a partir de entidades privadas que reúnem forças sociais, econômicas, políticas, religiosas, morais *etc.* multifacetárias. Em abstrato, não seria possível apontar um ou alguns violadores — há um “fluxo de racionalidade própria” (segundo a linguagem da teoria dos sistemas, o equivalente a um “subsistema”) bloqueando determinado direito humano. É por essas ameaças que o direito humano a participar deve ser escrito e lido, atualmente, de maneira capacitante (e não paralisante, a exemplo de algumas teorias que sequer concebem a participação como um direito humano).

Os milhares de milhões de cidadãos que foram às ruas nos anos recentes, por todas as partes do globo, demonstram a disponibilidade e a oportunidade de uma transformação longa e intensa

(ŽIŽEK, 2012). O trabalho do FSM, outrossim, é sinal disso. O FSM elabora uma constelação de “resistências” ao sistema socioeconômico e político da globalização *neoliberal* de todos os continentes, além de contribuir na divulgação de teorias e práticas que buscam realinhar a Ciência e a Filosofia Políticas herdeiras do *Illuminismo* às condições do mundo hodierno, sendo imprescindível à consolidação de um direito humano de participar.

A cidadania *em rede* (conectada por todos os dispositivos tecnológicos, estimulando um espontâneo *ciberativismo*), ademais, é uma tendência do século XXI (CASTELLS, 2011). A mesma irreversibilidade da globalização financeira cobre a globalização das políticas em favor do empreendedorismo social e, nessa trilha, seria criado um outro tipo de pluralismo jurídico. Em vez do pluralismo forçado por “matrizes comunicativas anônimas” (*lex mercatoria, lex sportiva, lex digitalis etc.*), um reconhecimento dos Estados-Nações de que existem instâncias alternativas de resolução de conflitos e maneiras de autorregulação social com boa eficiência, sem a necessidade de um Estado tão punitivo e repressor nalgumas situações (especialmente situações que interessam à “indústria do medo”). Haveria coerência nas ações estatais com esse florescimento de intervenções cidadãs, em conta de um maior equilíbrio de interesses na edificação do *Interesse Público* — hoje, ao contrário, o Estado é fraco contra seus financiadores e forte contra o cidadão comum.

Além disso, a ênfase numa releitura do direito humano à participação poderia incentivar uma Teoria da Participação Democrática toda nova, com uma *soberania reticular* (dinâmica) e não uma soberania autocentrada no Estado-Nação (estática), uma “soberania de cidadãos” (indivíduos concretamente situados) e não uma “soberania do Povo”, que, no fundo, é um ser incircunscritível (*un essere aperigraphos*), tão indefinível quanto Deus para a Teoria das Religiões.

A partir da ratificação e da proteção do direito humano de participar, por conceito, haveria, no mundo, uma *demodiversidade*, é dizer, uma *ecologia de democracias*: não um modelo de democracia representativa liberal a ser exportado para todos os países, como faz a globalização neoliberal, considerando que aquela espécie democrática é a que mais facilmente cede aos interesses privados ‘fortes’ (MACEDO, 2012).

O reconhecimento do direito humano à participação colaboraria, igualmente, para a expansão das éticas da responsabilidade, do cuidado e da solidariedade, obviando a já incontornável constatação de que cada pessoa e cada vida na Terra é “uma-com-as-outras”, é um compartilhamento (natural e ético-moral), portanto, nenhuma ação política — em sua energia de criar, inaugurar e repercutir — pode desatentar para os outros sistemas vivos e, essencialmente, os outros seres humanos (ARENDDT, 2010; 2012).

O direito humano a participar é um privilégio, mas também um encargo. Um poder e uma responsabilidade. A alta consciência (razão e emoção) que caracteriza qualquer humano é a única condição para sua titularidade: não exige uma formação ou um atributo específicos. A condição humana, por si, é uma exuberante construtora de sentidos coletivos, no dizer de Hannah Arendt, pois todas as atitudes tomadas pelos humanos são públicas (no sentido de “expostas”, “abertas”) — por mais íntimas que sejam — na medida em que, mais cedo ou mais tarde, refletirão nas vidas alheias.

O direito de participar, não apenas como fundamental, mas como um dos mais basilares direitos humanos, será de aplicação extremamente complexa. Os Estados e seus tribunais, órgãos administrativos e poderes legislativos deverão se adaptar com a brevidade possível, os organismos multilaterais (principalmente os de proteção dos direitos humanos), de maneira ainda mais rápida (AT-

TALI, 2007). E as tais “matrizes comunicativas anônimas”, desde logo, se anunciam as grandes antagonistas.

Hoje essa disputa hermenêutica e concreta é seminal, no entanto acredita-se que, nas próximas décadas do século XXI, o direito humano e fundamental à participação pode auxiliar dando sentido e direção possibilitadoras de novas realidades sociais, econômicas, culturais, religiosas, éticas e políticas, sob pena de o lema da “Revolução Francesa”, debaixo da massiva propaganda de gozar seu auge, não passar, agora, de um eco distante de outra civilização sonhada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O dia 10 de dezembro de 2012 — Dia mundial dos Direitos Humanos — levava no ano passado o tema da “inclusão e do direito de participar na vida pública” a todos os continentes, em anúncios, conferências e debates mundiais, preparados pela ONU, sob o título “My Voice Counts” (*minha voz conta*).

O ano de 2013 fora designado o “Ano Europeu dos Cidadãos”, pela UE. Uma série de debates públicos, apelidados “Diálogos com os cidadãos”, passará por diversas cidades, envolvendo políticos locais, nacionais e regionais, até o fim deste ano, a estimular os cidadãos europeus a se envolverem nos assuntos da União, tanto através da ‘conscientização’ a respeito dos seus direitos como sinalizando a possibilidade de manifestarem suas opiniões e sugestões ao organismo.

Esses eventos, embora façam parte, de algum modo, da “plasticidade do discurso liberal burguês”, como se argumentou no decorrer destas páginas, demonstram a emergência de pensamentos e de práticas concernentes à cidadania e às novas feições do direito de tomar parte na esfera pública.

Essa esfera, hoje, é globalizada. O Estado-Nação, enquanto típica sede do Poder (e da Política), gradativamente, perdeu sua exclusividade na produção do Direito e de outros sentidos da convivência. A atuação dos cidadãos contra as lógicas de crescimento, de competição individualista e de destruição da Natureza do atual sistema socioeconômico, que terminaram excluindo a maioria dos indivíduos das recompensas desse sistema, se intensificou e se globalizou, nas últimas décadas, a ponto de não parecer suficiente afirmar o direito de participação como direito fundamental, previsto constitucionalmente.

Alguns instrumentos internacionais, como a DUDH, abrigam um “direito de tomar parte nos negócios públicos” como direito humano, contudo a interpretação dessas normas, em geral, continua relacionando ‘participação política’ à ‘Estado-Nação’, quando, em essência, o direito de participar seria, hoje, transnacional. Isso porque somente nessa condição (*uns cidadãos em rede* e inter-retrodependência com outros pelo mundo) é que uma cidadania cosmopolita pode fazer face aos maiores problemas sociais, econômicos, políticos, éticos, morais, religiosos, científicos etc. da contemporaneidade, todos em escala supranacional.

Esta pesquisa buscou evidenciar que o lema da “Revolução Francesa”, tradicional parâmetro do constitucionalismo e das políticas emancipatórias da Modernidade, modificou-se, por diversos fatores, exibindo significados e direções subalternizadores dos potenciais humanos, na maneira como foi levado a efeito pelos governos da alta burguesia, nos séculos XIX e XX (redundando, mesmo, em impérios e guerras).

O sistema capitalista saturou a liberdade, autorizou a igualdade somente para alguns indivíduos e silenciou o ideal da fraternidade. A partir dessa conjuntura, o direito de participar, desde que escrito e lido como um discurso contra-hegemônico, poderia estimular uma discussão sobre novas balizas de sociabilidade – um

debate urgente, sob pena de uma degradação completa da ecologia das relações humanas e da ecologia do meio ambiente.

Essa prerrogativa humana básica, na medida de sua ativação, acenderia também uma proposta de revisitar as ideias de “soberania”, de “Estado”, de “democracia” e de “Direito”, que permanecem no mesmo enquadramento do século XVIII, apenas adaptado às realidades posteriores.

O direito humano à participação, por fim, deverá ser protagonista, conforme se argumentou, de uma ‘descolonização’ dos Estados-Nações ante o regime *neometropolitano* imposto por “matrizes comunicativas anônimas” — interesses privados ‘fortes’, como grandes fundos de investimentos de capitais e grandes oligopólios empresariais multinacionais — que se comportam como ondas ou nuvens, sem esquemas convencionais de liderança e negociação. Esses interesses tornam-se sobre-representados no desenho das democracias representativas liberais (especialmente as do Ocidente) e, por consequência, todos os demais interesses (inclusive o *Interesse Público*) restam sub-representado.

A participatividade transnacional intensa (como se deduz pelo trabalho de entidades como o FSM, diversos movimentos sociais globais, ONGs mundiais, “empresas sociais” etc.), protegida e efetivada como direito humano, através de Poderes e organismos locais, regionais e globais, poderia inverter essa dinâmica, reequilibrando os interesses e redignificando a própria expressão *Interesse Público*.

O Estado, que por séculos bloqueou o discurso da participação dos cidadãos, provavelmente, dependerá desse discurso — agora na condição de direito humano e fundamental, protegido de maneira abrangente e globalizada — para ocupar, novamente, o lugar de intermediador do *bem comum* e de agente da realização do Poder. Um poder, entretanto, compreendido como autoridade partilhada e não como relação desigual.

A tal cidadania cosmopolita, assim, se exhibe como fenômeno radicalmente novo, na medida em que instiga um diálogo *plural* de Poder, em que o Estado não é ator central nem os organismos e as forças econômicas transnacionais nem mesmo os cidadãos seriam: nesse novo relacionamento, todos os atores e todos os fatores importam, livre, igual e fraternamente.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

ARENDT, Hannah. **A promessa da política**. 4. ed. Rio de Janeiro: DIFEL, 2012.

ATTALI, Jacques. **Breve história do futuro**. Lisboa: Dom Quixote, 2007.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. **A modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECK, Ulrich. **A Europa alemã – de Maquiavel a Merkievel**: estratégias de poder na crise do euro. Lisboa: Edições 70, 2013.

BOFF, Leonardo. **Ethos mundial**. Um consenso mínimo entre os humanos. Rio de Janeiro: Record, 2009.

BOURDIEU, Pierre. **L'essence du néolibéralisme**. In *Le Monde diplomatique*: Paris, março de 1998.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. A era da informação: economia, sociedade e cultura. São Paulo: Paz e Terra, 2011. v. I

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Lisboa: Antígona, 2012.

DENNINGER, Erhard. “**Security, diversity, solidarity**” instead of “**Freedom, equality, fraternity**”. In *Constellations*, Volume 7, nº 4, Oxford: Blackwell Publishers Ltd., 2000, p. 507-521.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do Direito Político Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

MACEDO, Donaldo. **A democracia imposta**. Diálogos com Noam Chomsky e Paulo Freire. *Prefácio de Zygmunt Bauman*. Ramada: Edições Pedagogo, 2011.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 5. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2008.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Derechos humanos y constitucionalismo en la actualidad: ¿Continuidad o cambio de paradigma? In: PEREZ LUÑO, Antonio Enrique (Org.). **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio**. Madri: Marcial Pons, 1996.

RUMMEL, Rudolph Joseph. **Statistics of democide**: genocide and mass murder since 1900. Charlottesville: Center for National Security Law, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. Para um novo senso comum: a ciência, o di-

reito e a política na transição paradigmática. 2. ed. Porto: Afrontamento, 2010. v. IV

SHIRKY, Clay. **A cultura da participação**. Criatividade e generosidade no mundo conectado. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

TEUBNER, Gunther. The Anonymous Matrix: Human Rights Violations by 'Private' Transnational Actors. **Modern Law Review**, Vol. 69, 2006, p. 327-346. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=893106>.

WOLIN, Sheldon S. **Democracy Incorporated. Managed democracy and the specter of inverted totalitarianism**. Princeton: Princeton University Press, 2010.

ŽIŽEK, Slavoj. **O ano em que sonhamos perigosamente**. São Paulo: Boitempo, 2012.

A SEGURANÇA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA MEDIDA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS

Bleine Queiroz Caúla
Débora Carla Maia Gurgel Luz
Marcelio Sharles Lima da Silva

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais da criança e do adolescente estão colocados à prova da responsabilidade dos pais de assumir pela conduta ilícita dos seus filhos na fase de criança ou adolescente¹⁶⁹. Essa responsabilização pode ser um instrumento de mitigação da cultura de infração por parte da criança e do adolescente, crescente em todo o país e cujas políticas sociais públicas ainda não alcançaram resultados exitosos como determina o Estatuto¹⁷⁰.

Não obstante, a violação dos direitos fundamentais como educação, cultura, lazer, saúde, convivência familiar tem imbricação com a inserção e disseminação da criança e do adolescente na ilicitude, cujas consequências são danosas para toda a sociedade na medida em que agrava o problema da segurança pública e cidadã.

O presente trabalho discute a responsabilidade civil dos pais por ato de seus filhos não maiores e filia-se à teoria da responsabili-

169 Na doutrina de PAULA, Bruna Souza; CAÚLA, Bleine Queiroz. (**Autonomia da vontade da criança sob a ótica dos direitos fundamentais** – o direito ao livre desenvolvimento da personalidade. XXII Congresso Nacional Conpedi/Unicuriçtiba, p. 415-439. Curitiba, 2013. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/unicuriçtiba/livro.php?gt=119>), os direitos fundamentais da criança e do adolescente possuem a particularidade de não serem dirigidos somente ao Estado, mas também será sujeito passivo, a sociedade, em especial a família e, em segundo plano, as outras entidades, como creches, escolas, igrejas, hospitais.

170 Ver Estatuto da Criança e do Adolescente instituído pela Lei nº 8.069/1990.

dade objetiva como forma de garantir maior segurança jurídica. Nela, o fator culpa é irrelevante para que haja o ressarcimento do dano, por parte dos pais, decorrente da conduta ilícita de seus filhos menores, conforme inteligência do art. 933 do Código Civil. Optou-se pela utilização da terminologia filhos não maiores ou criança e adolescentes em respeito às divergências e inquietações quanto ao uso do termo “menor”, exceto para a transcrição da legislação pertinente ao tema.

O artigo está dividido em quatro seções, a iniciar por esta introdução, em seguida decorre-se o suporte teórico e de campo da pesquisa. A pesquisa de campo delinea-se na aplicação de questionário estruturado para analisar os dados por meio de estatística descritiva. Por fim, estabelecem-se considerações finais sobre o trabalho.

1. A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DOS PAIS

O Código Civil determina em seu art. 932 que os pais assumem a responsabilidade de indenizar os danos causados por seus filhos menores que estiverem sob sua autoridade e companhia. O art. 933 do mesmo diploma dispõe que: “As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja de sua parte culpa, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”.

Camila Figueiredo O. Gonçalves e Eginaldo Silva (2012, p. 10) esclarecem a importância da relação dos pais com os filhos e os efeitos do poder familiar dos pais para com os filhos em desenvolvimento e na busca de sua autonomia e independência:

Deve-se, portanto, permitir à pessoa em desenvolvimento que construa sua identidade de forma livre sem, contudo, deixarem os pais de exercer o dever de cuidado atrelado à autoridade parental. Isso se demonstra como um problema complexo, tendo em

vista que se faz necessário o balanceamento entre a consideração da vontade do menor, de forma a promover a sua personalidade e a sua autonomia, e o exercício do poder parental, sem abdicar do dever de zelo que lhe é inerente.

Na mesma esteira, Bruna Souza Paula e Bleine Queiroz Caúla (2013, p. 417)¹⁷¹ ponderam que “nos dias atuais, o direito infanto-juvenil considera a criança não mais como um ser indefeso e total dependente da proteção dos pais. Sua consideração como objeto do pátrio poder não mais procede, tanto que o termo menor não é mais utilizado nos documentos internacionais, a exemplo, tem-se a Convenção dos Direitos das Crianças”.

A inexistência do fator culpa está diretamente relacionada ao comportamento dos pais, pois é sua conduta, culposa ou não, que não precisa ser considerada para efeito dessa espécie de responsabilidade civil. Mas deve existir a culpa na conduta ilícita do filho, já que o nexo de causalidade está entre a conduta ilícita do menor e o dano. Antônio Begalli (2005, p. 41-42) esclarece a importância do presente tema, citando circunstâncias que favorecem o crescimento dos danos causados por menores:

[...] a ausência, por razões profissionais, de ambos os pais do lar; o número crescente de crianças confiadas a terceiros ou de crianças que vivem nas ruas; a independência cada vez mais precoce dos menores e a agressividade cada vez mais crescente destes; os jogos e os meios de transporte perigosos; os costumes que favorecem as viagens; reuniões e campos de férias; a velocidade de difusão das informações, os novos métodos educativos e de tratamento aplicado às crianças, aos deficientes e aos delinquentes.

171 Ver artigo intitulado **Autonomia da vontade da criança sob a ótica dos direitos fundamentais** – o direito ao livre desenvolvimento da personalidade apresentado no XXII Congresso Nacional Conpedi/Unicuritiba, p. 415-439. Curitiba, 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/unicuritiba/livro.php?gt=119>.

Mormente a consagração constitucional do princípio da isonomia, o Código Civil de 2002 igualou o pai e a mãe nas funções de educar e vigiar seus filhos, conferindo a ambos o poder familiar (BEGALLI, 2005). Os pais exercem o poder familiar sobre os filhos menores, ou seja, possuem direitos e obrigações, alguns impostos por lei, outros de ordem natural.

O art. 1.634 do atual Código Civil¹⁷² contempla os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos na medida do exercício do poder familiar em que é imposta a obrigação de criar e educar seus filhos, fornecendo-lhes assistência moral e material, diretrizes necessárias para viverem de forma digna e responsável perante a sociedade. Para isso, a criança e o adolescente devem estar na constante vigilância por parte de seus genitores. A inobservância ou descumprimento dos deveres *in educando* e *in vigilando*, derivados do desse poder, podem acarretar a responsabilidade civil dos pais por atos ilícitos de seus filhos não maiores de idade no caso de estes cometerem danos contra terceiros. Sobre o pátrio poder, afirma Antônio Begalli (2005, p. 88):

O *munus* do pátrio poder, além de enfeixar diversas prerrogativas, traz em seu bojo um conjunto de encargos, dentre os quais o de responder pelos atos dos filhos que venham a causar danos a terceiros. Em outras palavras, o pátrio poder, por si só, não é fonte de responsabilidade civil, mas a inobservância de seus encargos, por ação ou omissão, pode sê-la.

172 Art. 1634 – Compete aos pais, quanto às pessoas dos filhos menores: I – dirigir-lhes a criação e educação; II – tê-los em sua companhia e guarda; III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casar-lhes; IV – nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; V – representá-los, até os 16(dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprimindo lhes o consentimento; VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

A título de exemplificação, supondo que uma criança ou adolescente, ao jogar uma pedra na face de alguém, venha a retirar-lhe a visão. Sem sombra de dúvidas, os pais do filho que disparou a pedra deverão ressarcir todos os danos materiais e morais decorrentes de tal conduta, pouco importando saber se os mesmos agiram com negligência na vigilância, isto é, se incorreram em culpa *in vigilando*.

Em relação à imputabilidade penal da criança e do adolescente no ordenamento jurídico brasileiro, há discussões intensas perante a sociedade quanto à necessidade e conveniência de se diminuir o limite de idade. Os que defendem a redução da emancipação penal de 18 para 16 anos argumentam o crescente índice de criminalidade cometida por juvenis. No Brasil, e em muitos outros países, o critério adotado para o estabelecimento da idade é o critério biológico ou cronológico, que estabelece uma idade fixa, abaixo da qual se considera a criança e o adolescente inimputáveis, pois presume *juris et de jure* a imaturidade do mesmo.

A responsabilidade civil dos pais que têm como causador do dano os filhos veio favorecer as vítimas, aumentando suas chances de serem ressarcidas ou indenizadas pelos donos sofridos, pois, se tratando de filhos não maiores, pode-se dizer que esse não possui recursos financeiros próprios para arcar com qualquer espécie de responsabilidade.

Na doutrina de Cavalieri Filho (2010, p. 195): “O objetivo da norma é aumentar a possibilidade de a vítima receber a indenização [...]”. No entanto, a ciência do Direito e seus operadores não conseguem encontrar a solução para as causas do problema. Constitui um equívoco acreditar que somente a responsabilização dos pais pode mitigar a prática constante da provocação do dano. É fundamental um diálogo maior entre os operadores do Direito com outras carreiras como psicólogos, antropólogos e a sociedade civil.

O art. 932, inciso I, do Código Civil, apresenta em rol dos níveis da responsabilidade dos genitores em relação aos seus filhos não maiores. São eles: a conduta ilícita do filho não maior de idade, estar o filho sob a autoridade e em companhia dos pais, o dano e o nexo causal deste com o ato que ensejou o prejuízo. Não é suficiente para a responsabilidade civil que a criança e o adolescente estejam somente sob o poder familiar dos pais, é necessário que viva em sua companhia e sob sua autoridade (que está ligada ao instituto da guarda). Seria impossível para o pai ou a mãe exercer os deveres de vigilância, e todos os demais inerentes ao poder familiar, sobre o filho que não se encontra em sua companhia. Se a criança e o adolescente, por algum motivo, se acham em companhia de terceiros, por exemplo, internado em colégio ou trabalhando para outrem, a responsabilidade civil objetiva será transferida para o educandário ou para o empregador (DINIZ, 2003).

Muitas vezes os avós ou outro parente são encarregados pela vigilância da criança e do adolescente, por isso, quando se alude à presunção *juris tantum* de responsabilidade a pais ou curadores, implicitamente se abrange aquele que, não sendo nenhum dos dois, seja a pessoa a quem incube esse dever, ou seja, a pessoa que faz as vezes dos pais.

A responsabilidade civil não será excluída nos casos em que os pais não estiverem em companhia dos filhos por motivos de abandono ou qualquer outro motivo que não venha a ser legítimo. Ou seja, deve ser justificado o fato de o filho não estar em companhia e na guarda dos pais, para que estes não tenham a obrigação da responsabilidade (BEGALLI, 2005). Essa medida visa mitigar que os pais coloquem filhos no mundo para que o Estado assuma a responsabilidade.

A respeito da responsabilidade civil dos pais pelos atos de seus filhos não maiores, o art. 934 do Código Civil prescreve a

proibição ao direito de regresso dos pais contra os filhos: “Art. 934. Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz”. Os pais que indenizam terceiro lesado em virtude de conduta ilícita de seu filho não maior não poderá exigir-lhe nenhum ressarcimento. Entretanto, dependendo do valor despendido pelos pais em vida, os irmãos poderão, em inventário, reclamar como adiantamento de legítimo.

É perceptível que o Direito discute e regula as sanções e penalidades que visam proteger os direitos fundamentais da criança e do adolescente. Todavia é inconteste que essas medidas não constituem fator preponderante para intimidar a prática ilícita da criança e do adolescente, e sim a boa formação familiar calcada no amor, na afetividade e no respeito mútuo entre pais e filhos.

2. DIVERGÊNCIAS ENTRE O CÓDIGO CIVIL DE 1916 E O CÓDIGO CIVIL DE 2002 EM RELAÇÃO À RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS POR ATO DE SEUS FILHOS NÃO MAIORES

A expressão “sob sua autoridade” prescrita no art. 932, inciso I, do Código Civil atual, já citado, substituiu a “sob seu poder” usada no art. 1521, I, do antigo Código Civil. O filho que está sob autoridade e na companhia dos pais é aquele que mora com os genitores, e estes exercem o poder de direção e vigilância sobre o filho não maior (CAVALIERI FILHO, 2010).

Embora as expressões anteriormente citadas tenham sofrido modificações, nada mudou quanto à essência do artigo. Acrescenta o doutrinador Silva Pereira (1996, p. 91): “Estabelecendo o Código a responsabilidade dos pais pelos filhos em sua companhia, não se

exoneram se o filho simplesmente estiver residindo fora, ou vagabundando [...]”.

Segundo o art. 5º do Código Civil de 2002, o menor é aquele que não tem dezoito anos completos, diferentemente do Código de 1916, que previa no seu art. 9º: “Aos 21 (vinte e um) anos completos acaba a menoridade, ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da vida civil”. Mais adiante, em seu art. 156, o revogado Código dispunha que os menores entre 16 e 21 anos equiparavam-se aos maiores de 21 anos, para fins de responsabilidades decorrentes de atos ilícitos, mas segundo Antônio Begalli (2005, p. 37):

Tal fato, porém, não retirava a responsabilidade solidária dos pais, entendendo alguns meramente subsidiária, até porque o parágrafo único do artigo 1.518 é expresso na fixação dessa solidariedade por parte das pessoas designadas no artigo 1.521, consentânea, pois com o artigo 896, resultante da lei.

Na vigência do Código Civil de 1916, a responsabilidade civil dos pais pelos atos de seus filhos não maiores se configurava quando estes eram absolutamente incapazes e se encontrassem sob o pátrio poder, expressão adotada à época, e na guarda e companhia paterna. E era a responsabilidade subjetiva que predominava na doutrina e na jurisprudência, ou seja, o elemento culpa era um dos requisitos. Assim rezava o art. 1.521: “São também responsáveis pela reparação civil: I- Os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia [...]”. Na vigência do citado Código, as vítimas dos danos praticados pelos menores tinham de provar a culpa dos pais para serem ressarcidas, devido ao art. 1.523 do mesmo Código: “Art.1523. Excetuadas as do art. 1.521, V, só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no art. 1.522, provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte”.

Com o Código de Menores (Dec. N.17.943-A, de 12-10-1927), normativo que antecedeu o atual Estatuto da Criança e do Adolescente, o requisito “sob seu poder e em sua companhia” foi retirado e o ônus da prova de culpa foi revertido para os pais. A vítima somente devia provar a relação de parentesco, ou seja, o vínculo de subordinação entre o menor que causou o dano e o titular do dever de vigilância e a conduta culposa do lesante. Aqui a responsabilidade civil dos pais se fundamentava na presunção de culpa, pois, se fosse comprovado que os pais não agiram com culpa ou negligência, que não haviam faltado com o dever de vigilância, esta responsabilidade era extinta, não havendo reparação de dano. Em relação a essa presunção de culpa no período do Código Civil de 1916, o doutrinador Silva Pereira (1996, p. 90-91) assim estabelece:

Vigorando a presunção de culpa dos pais em relação aos filhos em seu poder e guarda, é insuficiente a ilidir a responsabilidade a simples demonstração de que procedem com zelo e vigilância, pois que este é dever dos pais. Somente se exoneram, demonstrando in concreto, estar afastada a presunção de culpa. Noutros termos, a vítima não necessita provar que o fato ocorreu por culpa in vigilando dos pais. A propósito algumas situações devem ser consideradas.

As jurisprudências na época da vigência do antigo Código fundamentavam a responsabilidade civil dos pais na presunção de culpa e possibilitavam a exoneração dos pais caso estes conseguissem comprovar que não agiram com culpa. É o que se pode observar, respectivamente, nas jurisprudências prolatadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

Ementa: Obrigação por ato ilícito. Culpa presumida do pai por ato danoso praticado pelo filho, menor púbere. C. Civil, art. 1521, I. Prancha de ‘surf’

danificada por menor que a tomou emprestada de outro para efeito de competição. Menor. Obrigação por ato ilícito praticado por menor. Responsabilidade reflexa do pai. C. Civil, art.1521, I. Carga legal inerente ao pátrio poder. Prancha de “surf” danificada por menor-púbere que a tomou emprestada de outro menor, para efeito de competição. O fundamento da responsabilidade dos pais com respeito aos danos causados por seus filhos menores está na presunção legal de culpa. Critério indenizatório condizente com as circunstâncias do caso e elementos dos autos. (YG) 0000655-56.1989.8.19.0000 (1989.001.04308) — APELACAO. DES. MOLEDO SARTORI — Julgamento: 15/05/1990 — OITAVA CAMARA CIVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RJ. RESPONSABILIDADE CIVIL. ATO ILICITO PRATICADO POR MENOR. ART. 1521 INC. I C.CIVIL DE 1916

EMENTA: Responsabilidade civil dos pais pelos atos ilícitos dos filhos. Menor relativamente incapaz. Legitimidade passiva para a causa. Ação ajuizada contra a mãe, a quem incumbia a guarda do filho. Culpa ‘in vigilando’. A mãe é parte legítima, para figurar no polo passivo da relação processual, na ação em que a vítima de ato ilícito praticado por menor púbere, objetiva se ver indenizada pelos danos que lhe foram causados. Trata-se de responsabilidade solidária, prevista nos artigos 1118 e 1521 do Código Civil, que não é afastada pela regra do art. 156, do mesmo estatuto, permitindo que o lesado acione o filho, os pais, ou a todos, em conjunto, para se ver reparado. Presunção de culpa que deve ser elidida pelos pais, demonstrando que não agiram de forma negligente no dever de guarda e educação dos filhos. Incomprovada tal circunstância, impõe-se a condenação da ré a indenizar os danos causados à autora. Processo maduro para o julgamento. Recurso provido, para afastar a extinção sem apreciação de mérito, e julgar parcialmente procedente o pedido inicial. 0004028-08.1999.8.19.0045 (2002.001.21876) — APELA-

A possibilidade de os pais se esquivarem da responsabilidade civil, comprovando a ausência de culpa, foi revogada com o advento do Código Civil de 2002, no qual os genitores passaram a responder objetivamente, ou seja, independente do descumprimento ou não dos deveres inerentes ao poder familiar, como reza o art. 933: “[...] ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”. Essa medida visa resguardar direitos de terceiros, prevenir e combater a negligência dos pais para com os direitos fundamentais dos filhos, notadamente a dignidade, a boa formação, a educação, a moral e a ética.

A redação do art. 933 do Código vigente retirou dos pais a possibilidade de se exonerarem da responsabilidade civil ao comprovar a inexistência de culpa. Isso significa um avanço, pois ampliou as possibilidades das vítimas dos danos praticados por menores serem ressarcidas, notadamente quando a vítima seja outra criança ou adolescente, indefeso e impossibilitado de evitar o dano. O polêmico caso ocorrido em São Paulo em que o filho de apenas 13 anos suspeito de matar os pais, a avó e a tia em agosto de 2013 ratifica a urgente necessidade de uma rediscussão entre juristas, psicólogos e sociólogos na medida em que as normas não são suficientes para prevenir as infrações praticadas por crianças e adolescentes.

Outra inovação que adveio com o Código Civil de 2002 está prevista no seu art. 928, que estabelece limite indenizatório: “O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes”. E, ainda, no parágrafo único do mesmo arti-

go: “A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem”. A responsabilidade do incapaz é subsidiária e mitigada. Se ele causar lesão a direito alheio, poderá, com base no art. 928 e parágrafo único do Código Civil atual, arcar com os prejuízos de sua conduta ilícita. Portanto, busca-se primeiro o patrimônio dos pais para depois se dirigir a pretensão contra o próprio incapaz, pois se entende, com o art. 942, parágrafo único, ser mais razoável que as pessoas mencionadas no art. 932 do vigente Código Civil respondam solidariamente com os lesados.

Fazendo um paralelo entre o antigo e o atual Código Civil, percebe-se que tratando das exclusões da responsabilidade civil dos pais, assunto a ser abordado a seguir, o Código Civil de 1916 e o de 2002 não divergem quanto aos casos em que os filhos praticam a conduta lesiva durante a atividade laborativa ou sob a vigilância de quem trabalha nos estabelecimentos de ensino, sendo a responsabilidade transferida dos pais para o empregador e para o educando, com fundamentação no art. 932, III e IV, respectivamente, do CC/2002 e art. 1521, III e IV, respectivamente, do CC/16. Nos casos previstos no art. 932, I, do CC/2002 e no antigo art. 1.521, I, do CC/16, em que os pais são separados, a responsabilidade civil recai sobre aquele que detém a guarda do menor.

2.1 FILHOS EMANCIPADOS

Afirma Antônio Begalli (2005, p. 174): “A emancipação é um instituto jurídico que diz respeito à capacidade e uma vez concedida, confere à pessoa que era incapaz o poder de passar a gerir os negócios de sua vida”. O Código Civil de 2002, em seu art. 5º, parágrafo único, prevê a emancipação de menores nas seguintes hipóteses:

Art.5º [...]

Parágrafo único: Cessar, para os menores, a incapacidade:

I – pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II – pelo casamento;

III – pelo exercício de emprego público efetivo;

IV – pela colação de grau em curso de ensino superior;

V – pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

Ante o aludido artigo, faz-se necessária a distinção, trazida pela doutrina, entre a emancipação voluntária e a tácita. A emancipação é tida como voluntária ou expressa nos casos em que os pais, ou somente um deles, atuam diretamente na manifestação de vontade e de forma expressa concedem-na ao filho. Nos demais casos, que se encontram nos incisos II, III, V e IV do artigo acima, ela é entendida como tácita ou legal, pois se dá sem a participação direta ou expressa dos pais.

Quanto ao assunto, existem divergências de opiniões, nas quais uns acreditam que a responsabilidade dos pais não sofre alteração, nos casos de emancipação voluntária, e outros acreditam que os filhos, uma vez emancipados, responderão por atos ilícitos. O menor emancipado torna-se civilmente capaz porque a emancipação equivale à maioridade e com ela cessa o poder familiar. Com isso, os pais não responderão pelos atos de seus filhos, pois o dever de vigilância e educação que aqueles exerciam sobre estes acabou, ou seja, a responsabilidade solidária dos pais se exonera. Tal entendimento é amparado pelos doutrinadores Orlando Gomes e Wilson Melo da Silva, segundo Castro Sampaio (2003, p. 54).

Há opiniões intermediárias no sentido de que subsiste a responsabilidade solidária dos pais só quando a emancipação for voluntária, pois acreditam que a delegação total da capacidade outorgada livremente pelo pai ao filho menor não pode ser usada para delir a responsabilidade dos mesmos. Segundo Marrone de Castro Sampaio (2003, p. 55): “Essa posição, mais justa evita que os pais obtenham fraudulentamente a exoneração da responsabilidade civil pelos atos dos filhos com o simples ato de emancipação”. E segundo Helena Diniz (2003, p. 465): “A responsabilidade paterna, como decorrente que é dos deveres do poder familiar, não depende de ser ou não imputável o filho, pelo menos em face dos princípios comuns dos arts. 186, 927, 932, I, e 933”.

Nas causas em que os pais emancipam os filhos voluntariamente, a emancipação não isenta os primeiros da responsabilidade solidária pelos atos ilícitos praticados pelos segundos, pois um ato de vontade não elimina a responsabilidade proveniente de lei (SILVA, 2010). Logo, o pai ou a mãe não responderia por ato ilícito de seu filho emancipado pelo casamento ou por outras causas arroladas no art. 5º, parágrafo único, II a V, do Código Civil de 2002.

Tal entendimento é reforçado por Roberto Gonçalves (2006, p. 139): “Parece-nos defensável a responsabilidade solidária do pai somente quando se trata de emancipação voluntária, cessando, porém, totalmente quando deriva do casamento ou das outras causas [...]”. Assim entende a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado São Paulo, que responsabiliza o pai pelo ato danoso de seu filho emancipado e que também cumulou a responsabilidade paterna com a responsabilidade de terceiros:

Ementa: Ação fundada em responsabilidade civil subjetiva movida por ciclista atropelado ao atravessar a rua na faixa de pedestres, contra o condutor do veículo, menor emancipado, seus pais e a empresa

proprietária do carro. As provas orais e documentais demonstram a culpa grave do motorista na condução do veículo ao atropelar a vítima na faixa de pedestre. Nos termos do artigo 70, do Código de Trânsito Brasileiro, quem atravessa na faixa tem prioridade, devendo o motorista parar o veículo. O argumento de culpa exclusiva da vítima não vinga, pois as avarias no veículo demonstram danos na parte da frente, certo que o evento poderia ser evitado caso a atenção do condutor estivesse voltada para o trânsito, pois admite no depoimento ter ouvido apenas o barulho e somente depois de para o carro constatou o atropelamento. A emancipação voluntária não exime a responsabilidade dos pais quando o filho ainda menor pratica ato ilícito. A empresa proprietária do carro responde pelos danos quando o motorista for culpado pelo acidente, por força das culpas in eligendo e in vigilando. O dano material corresponde ao grau de incapacidade da vítima em consequência do acidente, apurada na perícia como total temporário, e não se confunde com proventos de aposentadoria do INSS ante a ausência de contribuição do causador do dano para o seguro previdenciário. Presente o dano moral em vista das graves consequências experimentadas pela vítima do atropelamento, submetida a internamento e cirurgias, além da angústia em virtude das lembranças amargas do dia fatídico. Reparação que considera a capacidade das partes, o ato lesivo e o resultado danoso. Presente o dano estético em razão das cicatrizes pelo corpo e encurtamento de uma das pernas. Indenização fixada com lastro no princípio da razoabilidade. A seguradora integrante da lide secundária, a denúncia da lide, responde em ação de regresso até o limite em que se obrigou na apólice de seguro. Recurso provido. 0003466-28.1996.8.19.0037 (2008.001.47833) APELAÇÃO — 1ª Ementa. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. ATROPELAMENTO DE CICLISTA. CULPA. MENOR EMANCIPADO. RESPONSABILIDADE DOS PAIS E DA PROPRIETÁRIA DO VEÍCULO. DANOS MATERIAIS,

Em relação à cumulação de responsabilidade civil dos pais com outras pessoas, presente na citada jurisprudência, afirma Roberto Gonçalves (2006, p. 137): “Além da responsabilidade solidária entre pais e filho, pode haver cumulação de responsabilidade paterna com a responsabilidade de terceiros”. Retoma-se como exemplo um menor que adquire emprestado um carro de alguém e vem a causar um acidente. No caso, tanto os pais do menor como a pessoa que emprestou o carro responderão pelos danos decorrentes do acidente.

Há outra corrente de pensamento que entende ser irrelevante para a caracterização da responsabilidade dos pais o fato de o filho ser ou não emancipado. O que realmente importa é a relação de submissão entre pai e filho. Para os pensadores desta corrente, a emancipação não leva à maioridade, portanto não importa como se deu a emancipação, se voluntária ou tácita, pois os pais irão ressarcir os danos provocados pelos filhos que estiverem dependentes financeiramente e sob sua vigilância (BEGALLI, 2005). Hoje, por exemplo, é comum jovens se casarem e continuarem morando com os pais, sob sua dependência econômica por longos períodos.

2.2 PAIS SEPARADOS

Segundo Sá Júnior (2003, p. 278): “A crise da família nuclear — pai, mãe e filhos —, não pode mais servir como único modelo ou forma de organização familiar”. Podem ocorrer diversos casos em que a criança ou o adolescente esteja em companhia de apenas um dos genitores, como ocorre com os filhos do divórcio. A

exceção acontece quando os casais divorciados optam pela guarda compartilhada, muito disseminada em alguns países da Europa e nos Estados Unidos.

Na constância do casamento ou da união estável, a responsabilidade civil dos pais é solidária. Todavia, quando ocorre a ruptura conjugal, e conseqüentemente o deferimento judicial da guarda, cessa a solidariedade da responsabilidade civil dos pais, passando o encargo apenas para o cônjuge ou companheiro que fica com a guarda do menor. Portanto, na guarda unilateral ou exclusiva, fica claro que o legislador incumbiu o detentor da guarda pela responsabilidade civil, salvo suas excludentes. Segundo Antônio Begalli (2005, p. 155): “[...] levando em consideração o entendimento que a guarda é indivisível, somente um dos pais mantém a guarda. Daí o entendimento que a falta da guarda pode levar à exclusão da responsabilidade”.

Por outro lado, caso a opção seja pela guarda compartilhada, tendência atual, a ruptura conjugal não modificará a situação na constância da união, ou seja, continuará a responsabilidade solidária de ambos os pais. Segundo Helena Diniz (2003, p. 465): “[...] já se a guarda for compartilhada, ambos terão o exercício do poder familiar e, conseqüente, a responsabilidade civil objetiva pelos danos causados a terceiros por seus filhos menores”.

A guarda, em sentido genérico, significa proteção, observação, vigilância ou administração. Por sua vez, a guarda dos filhos é direito e dever que compete aos pais ou a cada um deles, de tê-los em sua companhia ou de protegê-los, nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil. Em regra, a guarda dos filhos compete ao cônjuge em que se conserva o poder familiar pleno.

Os institutos da guarda de filhos menores e o poder familiar são distintos. O deferimento da guarda exclusiva para um dos cônjuges interfere no exercício pleno do poder familiar do outro. Sobre o assunto, Roberto Gonçalves (2006, p. 140) afirma: “Con-

siderando-se que ambos os pais exercem o poder familiar, pode-se afirmar, pois, que a presunção de responsabilidade dos pais resulta antes da guarda que do poder familiar. E que a falta daquela pode levar à exclusão da responsabilidade”. Quanto ao poder familiar, o art. 1.631 do Código Civil prevê:

Art.1.631 Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

Com o divórcio, no procedimento consensual, a guarda fica estabelecida conforme um acordo firmado entre os pais. Já no procedimento litigioso, o juiz é quem decide, por sentença, quem é o detentor da guarda. Quando o filho é confiado a um dos genitores, à mãe, por exemplo, que o tem em sua companhia e sob exclusiva responsabilidade legal, a jurisprudência entende ser ela a responsável pelo ilícito do filho, e não o pai.

Há entendimentos doutrinários e jurisprudenciais contrários acreditando que o poder familiar não se altera em razão da separação e, por isso, aquele detentor da guarda do filho não poderá responder sozinho por ele. Observa-se tal posicionamento na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que não excluiu a responsabilidade de um dos pais, que se encontravam separados, acreditando que o dever de vigilância e educação ainda persiste para ambos os genitores:

Ementa: DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL INDIRETA DOS PAIS PELOS ATOS DOS FILHOS. EXCLUDENTES. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA.1.- Os pais respondem civilmente, de forma objetiva,

pelos atos dos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia (artigo 932, I, do Código Civil). 2.- O fato de o menor não residir com o(a) genitor(a) não configura, por si só, causa excludente de responsabilidade civil. 3.- Há que se investigar se persiste o poder familiar com todas os deveres/poderes de orientação e vigilância que lhe são inerentes.Precedentes.4.- No caso dos autos o Tribunal de origem não esclareceu se, a despeito de o menor não residir com o Recorrente, estaria também configurada a ausência de relações entre eles a evidenciar um esfacelamento do poder familiar. O exame da questão, tal como enfocada pela jurisprudência da Corte, demandaria a análise de fatos e provas, o que veda a Súmula 07/STJ.5.— Agravo Regimental a que se nega provimento. AgRg no AREsp 220930 / MG AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2012/0177273-1 Relator(a) Ministro SIDNEI BENETI (1137) Órgão Julgador T3 — TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 09/10/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 29/10/2012.

A maioria da doutrina acredita que a ausência ou interdito dos pais, no caso de eles estarem separados, gera a responsabilidade exclusiva do genitor detentor da guarda do filho, e que exerce sobre o menor poder de direção (CAVALIERI FILHO, 2010). Esse entendimento é alcançado pela jurisprudência do STJ, ao isentar o genitor da responsabilidade civil por não morar com o filho e por não possuir a guarda do mesmo:

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS ILÍCITOS DE FILHO MENOR – PRESUNÇÃO DE CULPA – LEGITIMIDADE PASSIVA, EM SOLIDARIEDADE, DO GENITOR QUE NÃO DETÉM A GUARDA – POSSIBILIDADE – NÃO OCORRÊNCIA IN CASU – RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

I – Como princípio inerente ao pátrio poder ou poder familiar e ao poder-dever, ambos os genitores, inclusive aquele que não detém a guarda, são responsáveis pelos atos ilícitos praticados pelos filhos menores, salvo se comprovarem que não concorreram com culpa para a ocorrência do dano.

II – A responsabilidade dos pais, portanto, se assenta na presunção *juris tantum* de culpa e de culpa in vigilando, o que, como já mencionado, não impede de ser elidida se ficar demonstrado que os genitores não agiram de forma negligente no dever de guarda e educação. Esse é o entendimento que melhor harmoniza o contido nos arts. 1.518, § único e 1.521, inciso I do Código Civil de 1916, correspondentes aos arts. 942, § único e 932, inciso I, do novo Código Civil, respectivamente, em relação ao que estabelecem os arts. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e 27 da Lei n.

6.515/77, este recepcionado no art. 1.579, do novo Código Civil, a respeito dos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

III – No presente caso, sem adentrar-se no exame das provas, pela simples leitura da decisão recorrida, tem-se claramente que a genitora assumiu o risco da ocorrência de uma tragédia, ao comprar, três ou quatro dias antes do fato, o revólver que o filho utilizou para o crime, arma essa adquirida de modo irregular e guardada sem qualquer cautela (fls. 625/626).

IV – Essa realidade, narrada no voto vencido do *v. acórdão* recorrido, é situação excepcional que isenta o genitor, que não detém a guarda e não habita no mesmo domicílio, de responder solidariamente pelo ato ilícito cometido pelo menor, ou seja, deve ser considerado parte ilegítima.

V – Recurso especial desprovido. (REsp 777.327/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 01/12/2009).

Com o mesmo entendimento, segue Helena Diniz (2003, p. 465): “Não é suficiente que o menor esteja sob poder familiar

dos pais, é preciso que viva em sua companhia, para que haja responsabilidade paterna ou materna”. Ao analisar tais divergências, tanto na doutrina como na jurisprudência, conclui-se que realmente seria improvável para um pai ou uma mãe que não mora com seu filho exercer sobre o mesmo uma vigilância necessária que o impossibilitasse de cometer condutas lesivas, portanto estes mesmos pais não poderiam ser responsáveis por qualquer tipo de indenização em virtude de tal conduta que não tiveram condições de evitá-la.

2.3 MENORES NA ESCOLA

O estabelecimento de ensino é um local onde o menor passa boa parte do dia ou, muitas vezes, permanece em tempo integral. A escola, creche ou colégio passa a ser uma segunda casa para a criança ou adolescente, por isso a escolha da entidade de ensino é um papel muito difícil para pais ou responsáveis.

Como o fundamento no dever de indenizar é a guarda do menor e não o poder familiar, quando o menor se encontrar na escola, o poder de vigilância é transferido momentaneamente dos pais para o estabelecimento de ensino. Mas nem toda delegação de vigilância transfere a responsabilidade dos pais. Isso só acontecerá quando a cessão do dever de vigilância seja em caráter de substituição, permanente ou duradoura, e feita juridicamente a quem tem condições de cumprir responsabilmente o poder de direção sobre o menor (CAVALIERI FILHO, 2010).

Portanto, os pais não responderão por atos ilícitos dos seus filhos quando os mesmos se encontrarem, no momento do ato, na escola. É o que se analisa na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇO EDUCACIONAL INFANTIL – RESPONSABILIDADE CIVIL – INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – Criança agredida por ex-aluna dentro do berçário – Lesão corporal de natureza leve atestada pela perícia – Fato incontroverso – Inobservância ao dever de vigilância inerente à atividade exercida pela ré – Agressora desacompanhada dos pais ou responsável e, ainda, sem a supervisão de funcionários do estabelecimento – Negligência configurada – Obrigatoriedade da presença ininterrupta de funcionário na área do berçário – Prestação de serviço para crianças de tenra idade que exige dedicação integral e fiscalização constante dos prepostos, a fim de zelar pelo bem estar e integridade física daqueles entregues aos seus cuidados – Indenização devida – Recurso improvido 9244114-14.2005.8.26.0000 Apeação Relator(a): Luiz Ambra Comarca: São Paulo. Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Privado Data do julgamento: 13/04/2011 Data de registro: 15/04/2011

Diante de ato ilícito cometido pelo menor durante sua permanência na escola, vigora a responsabilidade do educandário, como prevê o art. 932, IV, do Código Civil: “[...] os dono de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimento onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos [...]”. A aplicação do princípio da responsabilidade dos educadores é em virtude do fim lucrativo da instituição ao internar ou acolher o menor (GONÇALVES, 2010).

Há dois pensamentos minoritários a respeito da responsabilidade civil das entidades de ensino. Primeiro, quanto à fundamentação Helena Diniz (2013, p. 476), relata: “É preciso não olvidar que tal responsabilidade, que não mais está fundada na culpa *in vigilando*, estende-se ao diretor do estabelecimento de ensino e aos mestres não por exercerem sobre seus discípulos um dever de vi-

gilância, mas por assumirem risco da sua atividade profissional e por imposição de lei [...]”. Por último, o pensamento minoritário, no qual para serem ressarcidas as vítimas dos danos praticados na escola por menores deverão provar que a entidade de ensino não se portou com a necessária prudência e diligência na custódia ou guarda (BEGALLI, 2005).

Os educadores são prestadores de serviços e, como tal, são regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, lei especial que os responsabiliza de forma objetiva direta, não se contrapondo, assim, ao novo Código Civil, que também acolhe a responsabilidade objetiva dos mesmos. Não há de se falar em culpa presumida, prevista no antigo Código Civil de 1916, que admitia prova em contrário dos educadores, possibilitando-lhes a exoneração da responsabilidade pelos educandos.

A título de exemplificação, um aluno menor de uma determinada escola, durante o recreio, lesiona um coleguinha. A escola responderá pelos prejuízos ocasionados por seu aluno e, depois, poderá ingressar com ação contra o menor, se este possuir patrimônio suficiente para não se privar do necessário, com base no art. 928 e seu parágrafo único, pois não se justifica ação regressiva contra os pais, que transferiram o dever de vigilância e guarda do menor para a escola (GONÇALVES, 2010).

Mas há casos já ocorridos nas escolas do Brasil em que crianças e adolescentes levam de casa armas, venenos ou qualquer tipo de produto que acarretam lesões a colegas ou professores dentro da escola. Nestas situações, pais e entidades de ensino respondem pelos danos ocorridos em virtude do dever de vigilância que ambos possuem. Quanto às escolas públicas, a indenização será realizada pelo Estado, conforme as regras da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público.

3. PESQUISA DE CAMPO NA UNIVERSIDADE DE FORTALEZA

O presente estudo investiga a concretização dos direitos da criança e do adolescente na medida da efetividade da responsabilidade civil dos pais pelas infrações cometidas pelos filhos não maiores de idade. Essa responsabilização pode ser um instrumento de mitigação da cultura de infração por parte da criança e do adolescente crescente em todo o país cujas políticas sociais públicas ainda não alcançaram resultados exitosos como determina o Estatuto aprovado pela Lei nº 8.069/1990.

O método de coleta de dados utilizado foi a *survey*, um tipo de metodologia positivista da qual se retira uma amostra de sujeitos de uma população para estudá-la e fazer inferências sobre essa população. Esse método afere fatos, atitudes ou comportamentos (COLLIS; HUSSEY, 2005; MAY, 2004).

Foi adotada uma amostragem não probabilística e por conveniência, a partir da utilização de grupos naturalmente formados (CRESWELL, 2010). O questionário, conforme Roesch (2006), é o instrumento mais utilizado em pesquisa quantitativa. Utilizou-se como instrumento de coleta um questionário impresso estruturado, composto de nove perguntas, aplicado com as pessoas que possuem vínculo com a Universidade de Fortaleza (Unifor).

A população alvo da pesquisa é composta por 30.607 pessoas distribuídas entre alunos, professores e corpo laboral, todos vinculados à Universidade de Fortaleza – Unifor. A amostra com 183 respondentes que se disponibilizaram a participar e contribuir com a pesquisa é relevante para que investigações jurídicas assumam o papel social de confrontar a teoria e a prática.

No entanto, nem todos os questionários foram recebidos completamente preenchidos, dessa forma na análise de resultados é

mostrado o número de respondentes obtidos em cada item. O questionário é fechado e em alguns construtos é utilizada a escala de Likert de 0 a 5 para averiguar a intensidade da importância dos construtos segundo os entrevistados. A pesquisa foi realizada no mês de setembro de 2013, no campus da Unifor. Os resultados são apresentados de forma sintética e a partir dos dados coletados foi elaborada uma estatística descritiva.

A questão 1 consulta se o respondente é aluno, professor ou funcionário. A maioria dos participantes da pesquisa de campo são estudantes (83,06%), conforme gráfico nº 1:

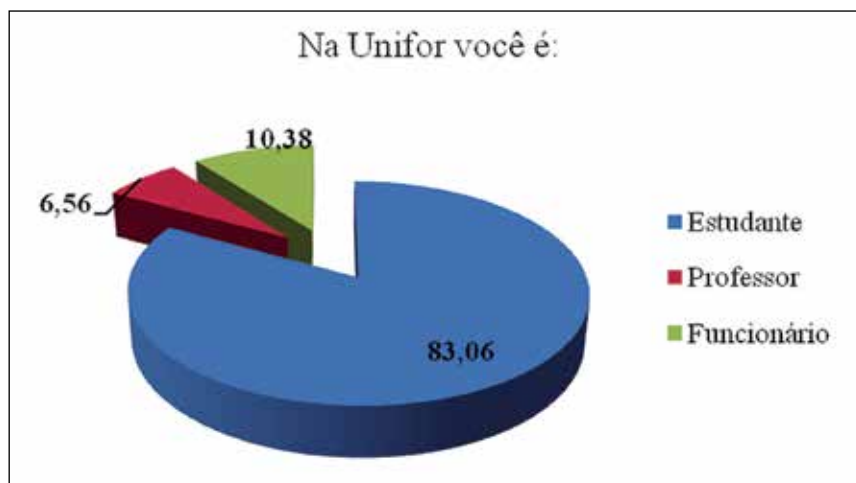


Gráfico 1. Vínculo com a Unifor. Fonte: CAÚLA, Bleine Queiroz; LUZ, Débora Carla Maia Gurgel; SILVA, Marcelio Sharles Lima da, 2013.

A questão 2 indaga a faixa etária, estando a maioria dos respondentes na faixa de 18 a 25 anos, conforme gráfico nº 2:

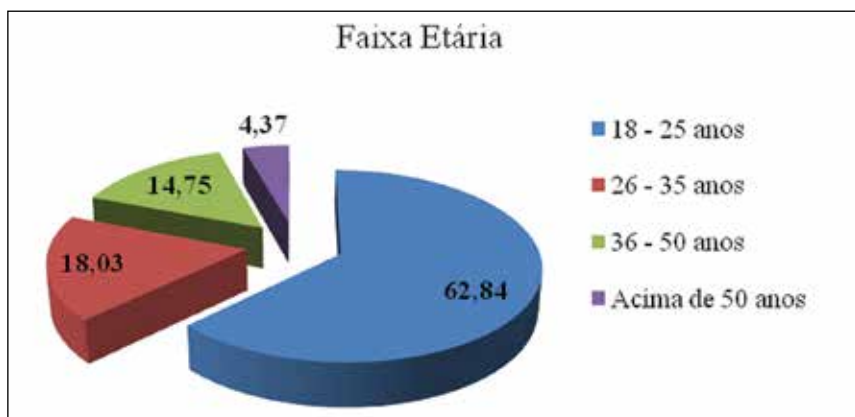


Gráfico 2. Faixa etária dos respondentes. Fonte: CAÚLA, Bleine Queiroz; LUZ, Débora Carla Maia Gurgel; SILVA, Marcelio Sharles Lima da, 2013.

Indagados se no núcleo familiar há filho, neto ou sobrinho sob sua responsabilidade, 75,41% responderam “nenhuma das opções”. Esse resultado conjuga com certa imparcialidade dos respondentes, conforme gráfico nº 3:

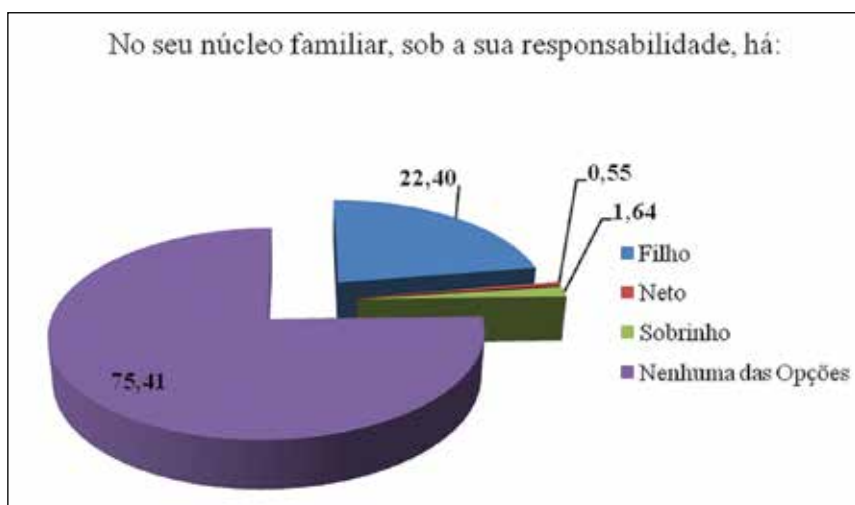


Gráfico 3. Vínculo com a Unifor. Fonte: CAÚLA, Bleine Queiroz; LUZ, Débora Carla Maia Gurgel; SILVA, Marcelio Sharles Lima da, 2013.

Acerca da carga valorativa de 1 a 5 quanto à segurança dos direitos das crianças e do adolescente na medida da responsabilidade civil dos pais, revela o gráfico nº 4:

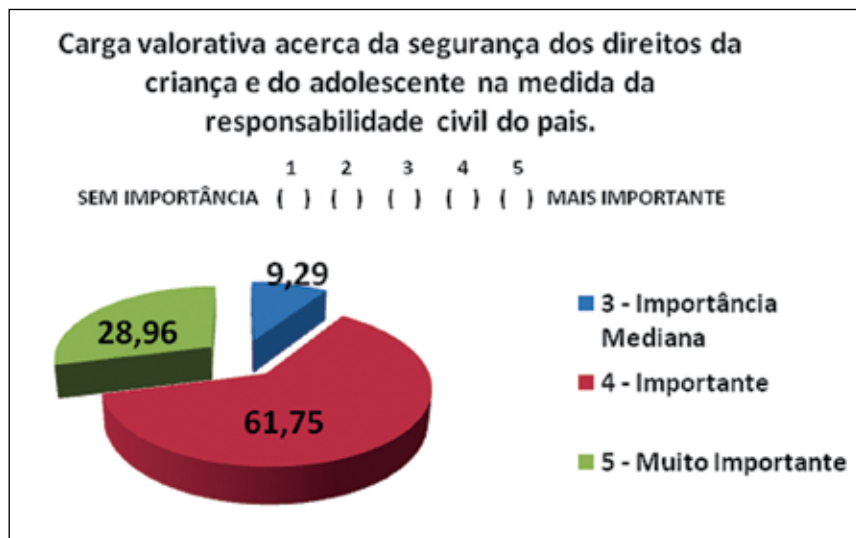


Gráfico 4. Carga valorativa Fonte: CAÚLA, Bleine Queiroz; LUZ, Débora Carla Maia Gurgel; SILVA, Marcelio Sharles Lima da, 2013.

Esse resultado confirma que o respeito aos direitos da criança e do adolescente tem imbricação com a forma de educação dos filhos, o vínculo familiar, a afetividade e a imposição de limites.

Arguidos se os pais devem responder pelos atos dos filhos menores que causem danos a terceiros, 59,56% afirmaram que sim, mas a criança e o adolescente devem ser punidos de alguma forma. A solução perpassa uma maior seriedade na aplicabilidade do Estatuto da Criança e do Adolescente, posto que o dever do Estado não diminui a responsabilidade dos pais:

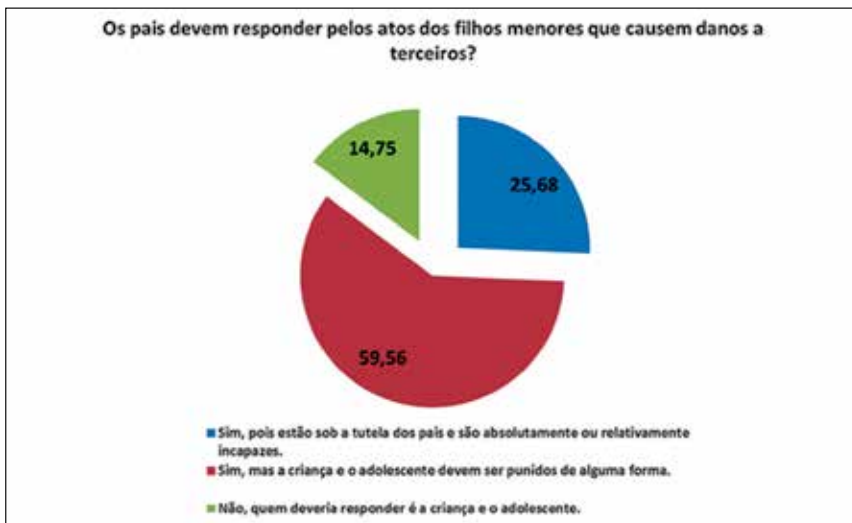


Gráfico 5. Responsabilidade dos pais. Fonte: CAÚLA, Bleine Queiroz; LUZ, Débora Carla Maia Gurgel; SILVA, Marcelio Sharles Lima da, 2013.

Por oportuno, a investigação colimou descobrir quais os principais fatores que motivam a criança e o adolescente à prática de infrações, conforme gráfico nº 6:

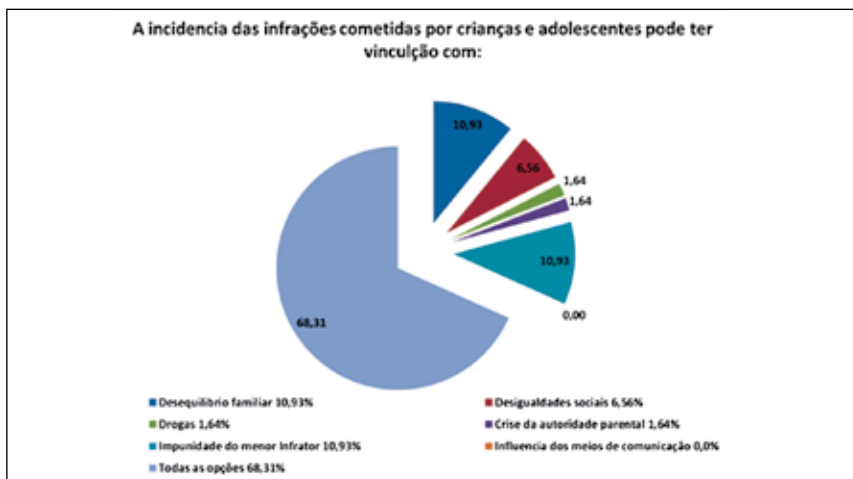


Gráfico 6. Fatores motivadores. Fonte: CAÚLA, Bleine Queiroz; LUZ, Débora Carla Maia Gurgel; SILVA, Marcelio Sharles Lima da, 2013.

A maioria apontou o conjunto de seis fatores como causa de motivação. Esse resultado confirma que as famílias contemporâneas necessitam de uma preparação de enfrentamento dos desafios pela sociedade da inovação, informação, sustentabilidade e uma maior credibilidade à Psicologia e à Sociologia como ciências que devem dialogar o Direito na medida em que as leis não inibem a prática de violações aos direitos da criança e o adolescente, dentre eles a pedofilia, a alienação parental, o dano moral afetivo.

Consultados sobre a redução da maioridade penal, 57,92% apontaram que não deve ser reduzida para 16 anos, contra 39,89% que coadunam com a doutrina jurídica favorável à redução. Esse resultado confirma os dados revelados no gráfico 6 sobre os fatores que motivam a delinquência juvenil. Os operadores do Direito devem estimular a busca às causas do problema ao invés de estimular as medidas precipitadas e sem fundamentação popular.

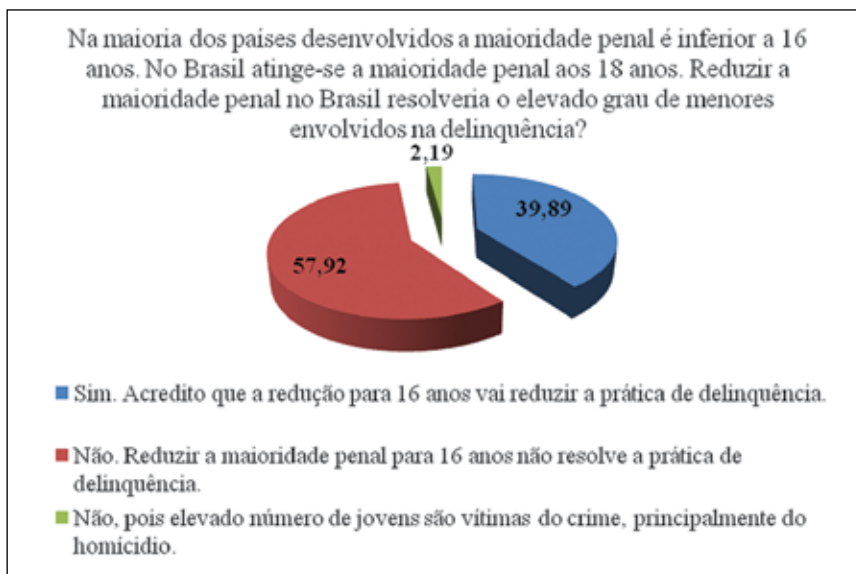


Gráfico 7. Redução da maioridade penal. Fonte: CAÚLA, Bleine Queiroz; LUZ, Débora Carla Maia Gurgel; SILVA, Marcelio Sharles Lima da, 2013.

Indagados se a positivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente previne o ingresso na delinquência, 60,66% acreditam que sim, desde que o Estado adimpla com as políticas públicas de educação e saúde, e 26,78% entendem que sim, desde que os direitos sejam respeitados. Esse resultado confirma que a simples positivação de direitos resta insuficiente para o bem-estar e qualidade de vida da criança e do adolescente e provoca a reflexão acerca da omissão do Estado e dos pais nesse desiderato:

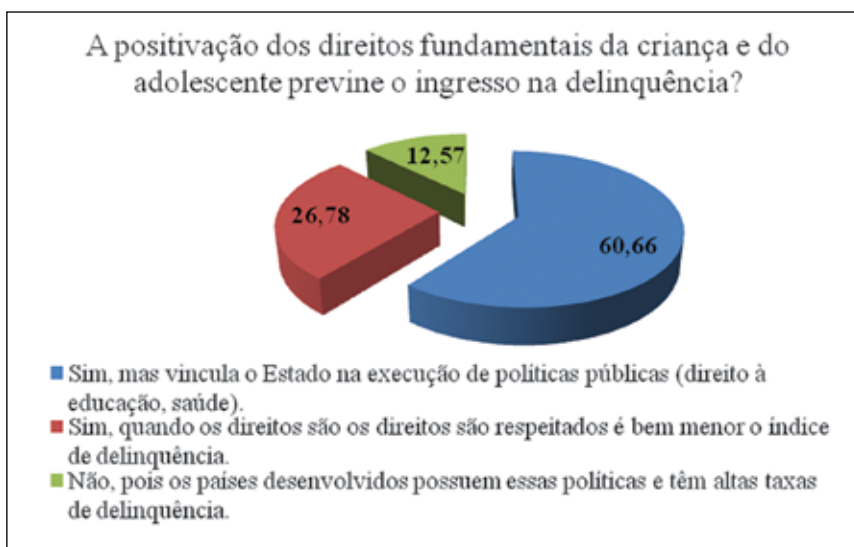


Gráfico 8. Positivação de Direitos. Fonte: CAÚLA, Bleine Queiroz; LUZ, Débora Carla Maia Gurgel; SILVA, Marcelio Sharles Lima da, 2013.

A investigação de campo encerra com a consulta sobre a necessidade de um maior diálogo entre as ciências (Direito, Psicologia e a Antropologia) a partir do emblemático caso ocorrido em São Paulo, no ano de 2013.

A recente Infração ocorrida em São Paulo (menor de 13 anos suspeito de matar os pais, a avó e a tia e depois se mata) ratifica a urgente necessidade de maior diálogo entre as ciências do Direito, a Psicologia e a Antropologia?

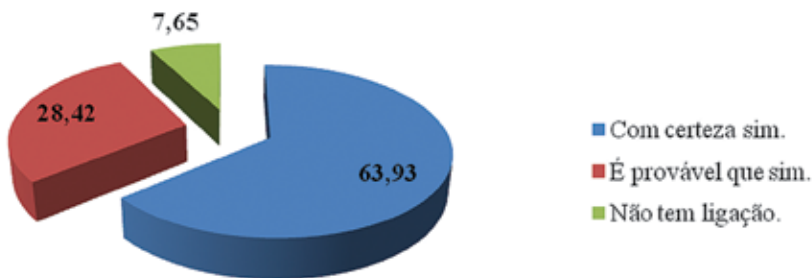


Gráfico 9. Infração de menor em São Paulo. Fonte: CAÚLA, Bleine Queiroz; LUZ, Débora Carla Maia Gurgel; SILVA, Marcelio Sharles Lima da, 2013.

CONCLUSÃO

Para o presente artigo foi eleita uma temática que possibilitasse abordar questões a respeito de responsabilidade civil dos pais, família, atos ilícitos praticados por filhos não maiores. A responsabilidade civil tornou-se um tema inquietante dentro do mundo jurídico, notadamente no direito das famílias. Isto pode ser observado pelos inúmeros casos nessa área que chegam aos Tribunais. É inegável a importância que o tema alcançou no direito moderno e na sociedade, mormente uma iminente crise da autoridade parental; a falta de limites dos pais para com os filhos; a substituição da convivência familiar pelo mundo virtual.

A responsabilidade civil dos pais deixa clara sua causa geradora, que é restaurar o equilíbrio moral e material desfeito pelo dano causado pelo filho não maior de idade. Todavia, não pode ser basea-

do, em todos os casos, no elemento da culpa, pois dificulta ou impede o ressarcimento do dano em alguns casos. Por isso, estuda uma das hipóteses previstas pela própria lei onde a comprovação de culpa é dispensada devido à dificuldade que as vítimas teriam em comprovar o dano causado por uma criança ou um adolescente em decorrência de uma violação, ou mesmo da ausência do dever de vigilância e cuidados inerentes ao poder familiar exercido pelos pais.

A investigação possibilitou refletir sobre esta obrigação de vigilância que os pais exercem sobre seus filhos encontrar-se frágil ou vulnerável nos tempos contemporâneos e na sociedade de risco, em que a presença física dos genitores no dia a dia dos filhos se torna reduzida, além da maior liberdade e autonomia fornecida aos filhos, tanto pela própria sociedade como pelos pais, e em virtude de um mundo virtual que possibilita a crianças e adolescentes o conhecimento e o desfrute impróprios à idade cronológica, influenciando significativamente na educação dos mesmos e na conduta.

O Estatuto da Criança e do Adolescente surgiu para proteger integralmente a criança e o adolescente, no entanto o poder familiar deve ser exercido pelos genitores, que estão obrigados a prestar assistência de toda a espécie a seus filhos. Porém, cumpre ponderar que as novas famílias vêm se distanciando cada vez mais do conceito da familiar nuclear — pai, mãe e filho.

No tocante à criança e ao adolescente, percebeu-se que, em cada fase de suas vidas, suas condutas irão depender de uma série de fatores, como, por exemplo, o econômico, o cultural e o social em que vive cada uma delas. Os cuidados paternos, entretanto, variam de acordo com a idade e as citadas circunstâncias, tomando em destaque a dificuldade maior encontrada pelos pais em impor limites a seus filhos na fase da adolescência.

A pesquisa de campo realizada na Universidade de Fortaleza revelou que 59,56% concordam que os pais devem responder pelos

atos dos filhos menores que causem danos a terceiros, mas a criança e o adolescente devem ser punidos de alguma forma (gráfico 5). A solução perpassa uma maior seriedade na aplicabilidade do Estatuto da Criança e do Adolescente, posto que o dever do Estado não diminui a responsabilidade dos pais. Esse resultado ratifica a importante aplicação das medidas socioeducativas previstas no ECA, destinadas aos maiores de 12 anos e menores de 18 anos de idade, as quais, no art. 112, inciso II, do Estatuto, preveem a possibilidade destes repararem o dano, estando, portanto, em consonância com o art. 928 e seu parágrafo único do Código Civil.

Apesar das divergências doutrinárias e jurisprudências a respeito da responsabilidade paterna dos filhos emancipados, em que uns acreditam que os filhos, uma vez emancipados, tácita ou voluntariamente, responderão por seus atos ilícitos, outros não, pode-se perceber que a posição mais justa é aquela que defende a existência da responsabilidade civil dos pais quando seus filhos são emancipados voluntariamente, pois um ato de vontade por parte dos pais não deve eliminar uma responsabilidade proveniente de lei.

Em relação aos menores que cometem atos ilícitos nas escolas, não restou dúvida de que o responsável pelos danos oriundos de tais condutas é a própria instituição de ensino, pois foi transferido o dever de vigilância incumbida em princípio dos pais aos educandários. Ressalta-se, portanto, que nem toda transferência da obrigação de vigilância acarreta responsabilidade civil. Para isso, é necessário que a delegação desse dever seja em caráter de substituição, permanente ou duradoura, e feita por quem tem condições de cumpri-la.

Como o modelo de família nuclear foi desmoronando ao longo do tempo, percebem-se casos em que somente um dos pais exerce os deveres inerentes ao poder familiar, ou seja, possui sozinho a guarda de seus filhos, seja em virtude de divórcio ou mesmo pelo abandono paterno, dentre outros motivos. Quando isso ocorre,

o entendimento adotado pelo STJ é de que o pai ou a mãe que não possui a guarda de seu filho não poderá responsabilizar-se civilmente pelos danos que este venha a cometer.

Foi ainda abordada a cumulação de responsabilidade paterna com a responsabilidade de terceiros que pode ocorrer em alguns casos. Citou-se, como exemplo, um acidente automobilístico causador de danos a terceiros, em que o condutor do veículo era um menor, mas o proprietário e quem forneceu o veículo era um terceiro. Neste caso, portanto, aquele que emprestou o veículo e os pais da criança ou do adolescente responderão cumulativamente.

Constatou-se, diante de todo o estudo, que a responsabilidade civil dos genitores apresentou uma grande evolução após o Código Civil de 1916, no sentido de maior proteção às vítimas quando o requisito culpa foi excluído do ordenamento jurídico. Contudo, não coíbe a prática de atos ilícitos e não garante o respeito integral aos direitos fundamentais da criança e o do adolescente, pois estes dependem de outros fatores como uma convivência mais plena entre pais e filhos e a sociedade, conforme revelam os gráficos 4 e 8.

Na presente investigação (gráfico 6), constatou-se que fatores como o desequilíbrio familiar, as desigualdades sociais, as drogas, a impunidade do menor infrator, a crise da autoridade parental e a influência dos meios de comunicação podem ter vinculação com a incidência de infrações praticadas pela criança e o adolescente. Contudo, a maioria (57,92%) apontou que não deve ser reduzida a maioridade penal, pois não resolveria a prática da delinquência juvenil (gráfico 7).

Por fim, ponderamos que a positivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente pode prevenir a delinquência juvenil, desde que o Estado adimpla com as políticas públicas de educação e saúde e que os direitos sejam respeitados (gráfico 8). A simples positivação de direitos resta insuficiente para o bem-estar e

qualidade de vida da criança e do adolescente e provoca a reflexão acerca da omissão do Estado e dos pais nesse desiderato. Os pais têm sido vítimas da sua própria omissão nos deveres para com os filhos.

Não ousamos esgotar a matéria referente em apreço, mas espera-se, entretanto, ter contribuído de alguma forma para os operadores do Direito conclamando para um maior diálogo com outras ciências (Psicologia, Sociologia e Antropologia) na busca das causas dos problemas envolvendo criança e adolescente, como também para pais e filhos, que podem ficar mais aclarados quanto ao assunto tão presente no cotidiano de muitas famílias.

REFERÊNCIAS

BEGALLI, Mario Antônio. **Responsabilidade civil por atos dos filhos menores de acordo com o novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

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

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Responsabilidade civil dos pais pelos atos ilícitos de filho menor** – presunção de culpa – legitimidade passiva, em solidariedade, do genitor que não detém a guarda – possibilidade – não ocorrência in casu – recurso especial desprovido. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 4 maio 2011.

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

COLLIS, Jill; HUSSEY, Roger. **Pesquisa em administração: um guia prático para alunos de graduação e pós graduação**. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2005.

CRESWELL, John W. **Projeto de pesquisa: métodos qualitativo e quantitativo**. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2010.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**: revista e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, aumentada por Rui Berford Dias. 11. ed. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: aumentada e atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 7 v.

GAMA, Lorena Matos. A possibilidade de o incapaz reparar o dano e as medidas sócio-educativas do ECA. **Direito Net**. Disponível em: <www.diretonet.com.br>. Acesso em: 22 abr. 2011.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Novo Código Civil brasileiro**. Campinas: Bookseller, 2002.

GONÇALVES, Camila Figueiredo Oliveira; SILVA FILHO, Egnaldo de Oliveira. **A autonomia da criança e do adolescente e a autoridade parental**: entre o cuidado e o dever de emancipação. Artigo apresentado no XXI Congresso Nacional do CONPEDI/UFF – Niterói, Out. 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406 de 10.1.2002)**. 9. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.

PAULA, Bruna Souza; CAÚLA, Bleine Queiroz. **(Autonomia da vontade da criança sob a ótica dos direitos fundamentais – o direito ao livre desenvolvimento da personalidade**. Artigo apresentado no XXII Congresso Nacional Conpedi/Unicuitiba, p. 415-439. Curitiba, 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/unicuitiba/livro.php?gt=119>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Responsabilidade civil. Ato ilícito praticado por menor**. Art. 1521 inc. I C. Civil de 1916. Disponível em: <www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 10 abr. 2011.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Responsabilidade civil**. Ato ilícito praticado por menor relativamente incapaz. Genitora. Legitimidade passiva. Disponível em: <www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 10 abr. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Ação de cobrança. Aquisição de roupas efetuadas por menor**. Responsabilidade objetiva dos pais. Legitimidade passiva. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 24 abr. 2014.

SÁ JÚNIOR, Luís Irajá. Responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores — um olhar crítico frente à família moderna. **Akrópolis**: Revista de Ciências Humanas da Unipar, Umuarama, v. 1, n. 4, p. 278-282, out./dez. 2003.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Direito civil**: responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Civil**. Responsabilidade civil subjetiva. Atropelamento de ciclista. Culpa. Menor emancipado. Responsabilidade civil dos pais e da proprietária do veículo. Danos materiais, morais e estéticos. Denúnciação da lide. Disponível em: <www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 21 abr. 2011.

A MEDIAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NO ESTADO DO CEARÁ

*Dayse Braga Martins
Maria do Carmo Barros*

INTRODUÇÃO

A mediação de conflitos surgiu como meio alternativo de solução de conflitos extrajudicial, já que a prestação jurisdicional tonou-se cada vez mais atravancada pelo fato de ser um processo longo e cansativo para ambas as partes e, muitas vezes, não solucionar o conflito de forma eficaz, sem, portanto, fomentar o efetivo acesso à justiça. Busca-se o acesso à justiça considerando não somente seu sentido formal de acesso ao Poder Judiciário, mas também de acesso a uma justiça justa, em seu sentido axiológico. Sua importância também é princípio constitucional garantido no art. 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Diante da exitosa prática extrajudicial da mediação de conflitos o CNJ editou a Resolução nº 125, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário, estabelecendo a implementação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (“Centros”), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão.

No mesmo sentido, em paralelo com a Resolução, há dois importantes Projetos de Lei que tratam da legalização da mediação

no Brasil: o Projeto de Lei da Deputada Zulaiê Cobra, nº 94 de 2002, e o Projeto de Lei nº 166 de 2010. Os dois visam normatizar a mediação judicial, regulamentando a capacitação dos mediadores. Esse é um passo importante para o fomento do acesso à justiça e da cidadania, pois por meio desse instituto foi comprovada sua contribuição e eficácia para a pacificação e inclusão social.

E, considerando que a mediação extrajudicial e judicial guardam diferenças quanto à sua aplicação, é necessária a urgente necessidade de capacitação de todos os envolvidos neste processo de implementação da mediação de conflitos no âmbito judicial, para garantir a efetividade dos objetivos a que se propõe: o fomento do diálogo, a solução pacífica do conflito e o efetivo acesso à justiça.

Este fenômeno não é exclusivo da vida jurídica, mas de todos os domínios na vida social, pois restabelece o diálogo e o empoderamento das partes, tornando-as cidadãs em todos os sentidos, formal e material. A mediação no âmbito judicial proporciona aos assistidos uma possibilidade maior de chegar a um acordo satisfatório para ambos, por meio do entendimento cooperativo entre si, dando assim uma celeridade concreta e segura no devido processo legal.

A mediação no estado do Ceará

A mediação é um meio consensual de solução de conflitos extrajudicial onde as partes, por meio do diálogo, resgatam a comunicação e têm a possibilidade de solucionar o conflito por meio do acordo mais benéfico a eles, fomentando o acesso à justiça e a cidadania.

No estado do Ceará, sua prática desenvolveu-se por meio da mediação comunitária. Devido aos problemas financeiros e sociais, as pessoas passaram a pensar em si e esqueceram-se de trabalhar em conjunto para que juntos pudessem solucionar seus conflitos.

É nesse cenário que a mediação comunitária aparece como caminho para a solução de conflitos. Por meio dela, pretende-se recuperar o diálogo e a confiança entre as partes, acarretando na dissolução e prevenção de um novo conflito. Afirma Braga Neto (2012, p. 135): “A mediação comunitária possui como objetivo desenvolver entre a população valores, conhecimentos, crenças, atitudes e comportamentos contudentes ao fortalecimento de uma cultura político-democrática e uma cultura de paz”.

O diferencial da mediação comunitária é que ela é feita dentro da própria comunidade e os mediadores são voluntários, em sua maioria líderes comunitários, pessoas que conhecem o convívio e as necessidades da população. A realização da sessão no próprio lugar de moradia visa oferecer maiores possibilidades de concretização de direitos, garantindo assim o acesso à justiça a pessoas menos afortunadas. De acordo com Braga Neto (2012, p. 138), “A mediação é uma forte expressão de exercício de cidadania e de democracia”.

No estado do Ceará, a mediação comunitária foi idealizada pelo Governo do Estado mediante a criação de casa de mediação comunitária nas comunidades carentes. Com o passar do tempo, outras entidades passaram a utilizar a mediação como meio adequado de solução de conflitos. Atualmente uma das grandes referências são os núcleos de mediação comunitária coordenados pelo Ministério Público, que se localizam em vários bairros da capital e do interior do estado.

Acompanhando essa evolução da concretização da cidadania e do acesso à justiça, a Universidade de Fortaleza, por meio de seu Escritório de Prática Jurídica, vem ao longo de mais de dez anos prestando assistência em seu campus às comunidades carentes em convênio com a Defensoria Pública Estadual através do núcleo de estágio, onde os alunos, sob supervisão dos professores, realizam

o atendimento aos assistidos que ali chegam. No mesmo prédio, temos o Núcleo de Mediação e Conciliação da Unifor, onde são realizadas as sessões de mediação e conciliação pelos professores da Universidade e pelos alunos do curso de Direito, com o auxílio de profissionais e estudantes do serviço social e da psicologia.

A mediação de conflitos e o direito fundamental de acesso à justiça

Quando falamos em acesso à justiça, lembramo-nos de uma justiça justa e eficaz, em que os jurisdicionados são tratados com igualdade e os resultados obtidos sejam favoráveis aos tutelados e que seus efeitos tenham repercussão positiva na sociedade. Na visão de Carreira Alvim (2003, 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, [...]

Carreira Alvim (2003, p. 1-3) explica que a nova teoria do conflito de Mauro Cappelletti é dividida em três “ondas”. A primeira onda do acesso à justiça visa garantir o direito de acesso ao Poder Judiciário dos hipossuficientes na forma da lei. A segunda onda expõe como meio de proteção dos direitos difusos e coletivos. A terceira onda, e a mais importante, apresenta a nova forma de representação em juízo e os meios alternativos de solução do conflito que visam garantir o novo conceito de acesso à justiça.

A primeira onda do acesso à justiça nos remete ao direito do hipossuficiente na forma da lei de ter o direito de ingressar na tutela jurisdicional. Quando não havia Defensores Públicos, os Tribunais indicavam advogados particulares pagos pelo Estado para representar os jurisdicionados de baixa renda em juízo, com a mesma garantia de advogado particular. Porém, havia todo um procedimento a ser cumprido para que o tutelado tivesse o direito de representação gratuita, e isso dificultava muito o acesso dessas pessoas ao Poder Judiciário devido à burocracia.

Já a segunda onda do acesso à justiça visa garantir os interesses do direito coletivo e difuso da sociedade, devido à insuficiência do processo civil em garantir o direito da sociedade, já que sempre foi visto como direito de particulares e não da coletividade. Diante dessa nova visão, o Direito Civil passou de uma posição individualista para uma visão em prol da coletividade. Um grande representante dessa conquista é o Ministério Público, que por meio de várias Ações Públicas vêm garantido o direito e os interesses coletivos da sociedade, uma vez que os direitos coletivos não têm pessoa física determinável, e sim a coletividade como um todo, que é prejudicada com determinada irregularidade.

Já a terceira onda do acesso à justiça vem sedimentar o direito de ação e justiça em seu sentido axiológico e não somente no sentido formal relacionado ao direito de petição. Por meio desta onda, verificamos que a efetivação do acesso à justiça não se dá somente em vias jurisdicionais. Devido à demora da sentença judicial em determinados processos, principalmente na esfera cível, é necessário que se estudem outros meios de solução de conflitos, adequando-os à realidade e ao estado de cada demanda judicial, podendo se dar por meio extrajudicial, sendo os meios alternativos de solução de conflitos um bom exemplo, tais como mediação, conciliação, negociação e arbitragem. Resulta, assim,

em uma efetivação do acesso à justiça no sentido de justiça justa e concreta.

A mediação de conflitos representa um dos meios eficaz de garantia do direito de acesso à justiça. Por meio dela, é possível realizar um processo mais justo para ambas as partes conflitantes, representado um direito fundamental de organização do processo no âmbito do Poder Judiciário. Para 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.

Slaibi (2006, p. 557) complementa:

[...] 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.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, XXXV, postula que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, garantindo a seus tutelados o direito de análise do direito pretendido. Conforme 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”.

É inaceitável que diante de um Estado Democrático de Direito muitas pessoas ainda estejam desprovidas do direito básico de tutela do Judiciário. O direito de acesso à justiça representa mais que o simples peticionamento de uma petição, e sim o direito de ter seu processo julgado em um tempo razoável de duração. Afirma Slaibi (2006, p. 353):

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.

Nesse sentido, devemos analisar o acesso à justiça em seu sentido axiológico, no sentido de justiça justa, e não somente no sentido de se poder “bater à porta” do Judiciário. A mediação busca garantir uma justiça que atenda a todos de forma a satisfazer a todos arrancando a ideia de que para vencer o outro tem de perder necessariamente.

Diante do exposto, a mediação de conflitos apresenta-se como a via de concretização do acesso à justiça, garantido 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 mediação como instrumento de inclusão social e efetivação da cidadania

Mesmo vivendo no século XXI e em um Estado Democrático de Direito, muitas pessoas ainda não têm acesso à prática da

cidadania e democracia, direito resguardado na Constituição da República Federativa de Direito de 1988 no artigo 1º, inciso II: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] II – a cidadania; [...]”. Mesmo com todo o processo de desenvolvimento do país, muitas pessoas vivem em condições precárias, como a falta de alimentação, de saúde, de moradia, do acesso à justiça, entre outros direitos básicos desprovidos.

Entre os objetivos da mediação de conflitos, temos a solução real do conflito, a inclusão social, o acesso à justiça já explanado anteriormente, a efetivação da cidadania, entre outros. Isso viabiliza o sentimento de empoderamento entre as partes, transformando a sensação de exclusão em inclusão social à medida que as pessoas sentem-se capazes de sanar seus conflitos por meio do diálogo. Depois desse momento, elas passam a absolver e entender seu potencial e sua autonomia de decisão, passando a se reconhecer como verdadeiros cidadãos.

Com isso, a mediação, por meio de sua aplicação, proporciona à sociedade direitos básicos como o acesso à justiça, a cidadania, a valorização do sentimento de cidadão, que não está somente no direito ao voto, e sim no direito de se ver dentro da própria sociedade como indivíduo com direitos e deveres. Conforme Girão Junior (2009, p. 181):

Como o processo democrático verdadeiro está intimamente ligado ao exercício ativo da cidadania, pois só assim o cidadão poderá efetivamente concretizar seus direitos fundamentais, faz-se necessário que a cidadania se transfira, de maneira concreta e efetiva, do Texto Constitucional para a sociedade. Só com a prática efetiva da cidadania e da democracia é que vamos ter uma verdadeira inclusão social.

Nesse sentido, Girão Junior (2009, p. 182) ainda conclui que a mediação de conflitos:

A mediação, ao proporcionar que as pessoas resolvam seus problemas preservando as relações afetivas e responsabilizando-se por seus atos e ações, faz despertar a consciência de seu papel na sociedade, preservando a sua dignidade como pessoa humana, fazendo emergir o sentimento de cidadania.

Deve-se compreender a cidadania como um direito necessário do indivíduo inserido na sociedade. É por meio dele que muitas pessoas sentem-se dignas de viver na companhia de outras. Cidadania é muito mais do que o direito de votar e ser votado, e sim uma condição inerente em uma nação democrática. Nessa percepção, afirma Slaibi (2006, p.122):

No sentido amplo ou sociológico, cidadão é o indivíduo que tem a plenitude do exercício de todos os poderes que lhe são cabíveis em uma determinada sociedade; assim, uma pessoa discriminada no exercício de um direito, ou que não tenha condições de praticar ato que aos demais é deferido, será considerada como tendo a sua cidadania restrita. [...] No sentido estrito, cidadania refere-se ao poder judiciário de o indivíduo participar do governo, votando, sendo eleito, exercendo funções públicas, [...]

A prática da mediação é instrumento hábil para se efetivar a inclusão social e a prática da cidadania. Com isso, a mediação, por meio de seus objetivos, proporciona a garantia de tais direitos constitucionais, valorizando a dignidade da pessoa humana ao passo que fomenta o diálogo entre as partes. Conforme Sales (2010, p. 7):

A mediação é um meio de solução que reuher a participação efetiva das pessoas para que solucionem os

problemas, tendo que dialogar e refletir sobre suas responsabilidades, direitos e obrigações. [...] A mediação contribui para estimular o sentimento de dignidade nas pessoas que dela se utilizam – em virtude do tratamento cortês e respeitoso que lhes é dispensado.

O que se busca não é retirar do Poder Judiciário a tutela jurisdicional do Estado, mas proporcionar ao cidadão a garantia de cumprimento e eficácia de seus direitos básicos, o que infelizmente o Judiciário não tem garantido de forma justa e concreta. O que temos, muitas vezes, são sentenças que não são justas e que em muitos julgados as partes não saem satisfeitas com o resultado.

Os meios consensuais de solução de conflitos na legislação vigente

Os meios consensuais normatizados em nossa legislação processual são os institutos da conciliação e da arbitragem. A conciliação é um meio consensual em que as partes, em uma audiência preliminar à audiência de instrução e julgamento, com a ajuda de um terceiro imparcial, têm a oportunidade de chegar a um acordo. Na via judicial, esse acordo é imediatamente homologado por sentença pelo juiz, tendo assim a extinção do processo com resolução do mérito, como disposto no art. 331, §1º, do Código de Processo Civil:

Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

§ 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença.

Já a arbitragem é um meio consensual em que as partes acordam que um terceiro imparcial irá proferir uma sentença arbitral com força de título executivo judicial. A eleição da arbitragem como meio de solução do conflito se dá no momento da realização do negócio jurídico por meio de uma cláusula arbitral ou depois que o conflito se manifesta, por meio do compromisso arbitral. Nas duas hipóteses, será feita a escolha do juízo arbitral de comum acordo entre as partes, conforme artigos 3º e 4º, da Lei 9307/96.

Assim, a sentença arbitral é considerada título executivo judicial, tendo os mesmos efeitos de uma sentença proferida por um juiz togado, como dispõe o artigo 31 da Lei citada. No mesmo sentido, o Código de Processo Civil ratifica a natureza da sentença arbitral no artigo 475-N: “São títulos executivos judiciais: [...] IV- a sentença arbitral”.

Verifica-se que no atual ordenamento jurídico os meios consensuais adotados são a conciliação e a arbitragem. Dessa forma, a prática na mediação de conflitos acontece por via extrajudicial, e, para que o acordo nela feito tenha efeitos de título executivo extrajudicial, há a necessidade de se levar à homologação judicial em casos que versem sobre direito indisponível, ou quando o presente acordo for assinado pelas partes juntamente com a assinatura de duas testemunhas.

O projeto de lei da deputada Zulaiê Cobra Ribeiro

No ano de 1998, a deputada federal Zulaiê Cobra Ribeiro (PSDB-SP) apresentou a Proposta de Lei nº 4827/98, que institucionalizava e disciplinava a mediação como método de prevenção e solução consensual de conflitos. Desde o ano de 2007, o presente projeto encontra-se sobrestado e nesse intervalo de tempo o projeto de lei passou por várias alterações.

O projeto inicial continha sete artigos que apresentavam a mediação como meio de solução do conflito, sendo o mediador um terceiro imparcial, escolhido pelas partes com o fim de ajudar as partes a entrar em um acordo, conforme artigo 1º do presente projeto de lei: “Para os fins desta lei, mediação é a atividade técnica exercida por terceira pessoa, que escolhida ou aceita pelas partes interessadas, as escuta e orienta com o propósito de lhes permitir que, de modo consensual previnam ou solucionem conflitos”.

O mediador poderia ser qualquer pessoa, física ou jurídica, intermediada por uma pessoa física, com formação técnica para isso e que no desempenho de suas funções mantenha os princípios básicos. Outro dado importante da proposta foi que, tanto na mediação judicial como na extrajudicial, o juiz poderá chamar as partes para se submeter a uma sessão de mediação.

Art. 2º. Pode ser mediador qualquer pessoa capaz e que tenha formação técnica ou experiência prática adequada a natureza do conflito.

§1º. Pode sê-lo também a pessoa jurídica que nos termos do objeto social, se dedique ao exercício da mediação por intermédio de pessoas físicas que atendam as exigências deste artigo.

§2º. No desempenho de sua função, o mediador deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e sigilo.

[...]

Art. 4º. Em qualquer tempo e grau de jurisdição, pode o juiz buscar convencer as partes da conveniência de se submeterem a mediação extrajudicial, ou com a concordância delas, designar mediador, suspendendo o processo pelo prazo de até 3 (três) meses, prorrogável por igual período.

Posteriormente, após reuniões e audiência pública, foi apresentada uma nova versão acordada em decorrência da junção do

referido projeto com o anteprojeto estabelecido pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual e Escola Nacional de Magistratura. Conforme Sandra Mara Moreira (2007, p. 83-84):

Esta nova versão surge como fruto do trabalho desenvolvido em audiência pública realizada pelo Ministério da Justiça, em 17 de setembro de 2003, [...] sendo seu texto mais elaborado, com 26 artigos, tratando desde o conceito de mediação e suas modalidades até as regras atinentes à atuação do mediador.

O projeto de lei, agora com o nº 94 de 2002, apresenta a mediação atuando nos conflitos cuja natureza seja civil, já na forma pré-processual ou na forma incidental ao processo. Atribui ainda a figura do comediador para casos com conflitos envolvendo direito de família, seja divórcio, alimentos, guarda ou separação de bens.

Art. 16. É lícita a co-mediação quando, pela natureza ou pela complexidade do conflito, for recomendável a atuação conjunta do mediador com outro profissional especializado na área do conhecimento subjacente ao litígio.

§ 1º A co-mediação será obrigatória nas controvérsias submetidas à mediação que versem sobre o estado da pessoa e Direito de Família, devendo dela necessariamente participar psiquiatra, psicólogo ou assistente social.

§ 2º A co-mediação, quando não for obrigatória, poderá ser requerida por qualquer dos interessados ou pelo mediador

Verifica-se a importância dada ao comediador no projeto de lei. Ele tem o papel fundamental de comediador e auxiliar o mediador na sessão de mediação em casos que versem sobre direito de família. Conflitos esses que necessitam de um cuidado mais aprofundado e um olhar sensível, tendo em vista que conflitos dessa natureza

envolvem muitos sentimentos e mágoas de uma relação amorosa, seja entre marido e mulher, ascendentes e descendentes ou mesmo entre pessoas muito próximas em que há um vínculo afetivo.

No presente projeto, os mediadores deverão ser registrados e fiscalizados para que o instituto seja adequadamente aplicado no Poder Judiciário, caso sejam mediadores judiciais. Para isso, os candidatos deverão ser selecionados e capacitados em cursos específicos devidamente regulamentados pelo órgão responsável, conforme artigo 15 do citado projeto.

Art. 15. Caberá, em conjunto, à Ordem dos Advogados do Brasil, ao Tribunal de Justiça, à Defensoria Pública e às instituições especializadas em mediação devidamente cadastradas na forma do Capítulo III, a formação e seleção de mediadores, para o que serão implantados cursos apropriados, fixando-se os critérios de aprovação, com a publicação do regulamento respectivo.

Quanto ao mediador, o projeto esclarece que o mesmo deverá ter uma conduta ética e seguir alguns princípios como ser imparcial, ter aptidão para mediar, mostrar-se uma pessoa confiável para as partes e garantir a confidencialidade em tudo que acontecer na sessão, salvo em casos que a lei permitir ou com a autorização documentada das partes.

Art. 6º A mediação será sigilosa, salvo estipulação expressa em contrário pelas partes, observando-se, em qualquer hipótese, o disposto nos arts. 13 e 14. [...]

Art. 13. Na mediação paraprocessual, os mediadores judiciais ou extrajudiciais e os co-mediadores são considerados auxiliares da justiça, e, quando no exercício de suas funções, e em razão delas, são equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da lei penal.

Art. 14. No desempenho de suas funções, o mediador deverá proceder com imparcialidade, independência, aptidão, diligência e confidencialidade, salvo, no último caso, por expressa convenção das partes.

Assim, a mediação torna-se mais um instrumento que pode ser usado para a efetivação do acesso à justiça. Para isso, é necessário que se tenha uma normatização legal regulando sua aplicação, bem como instruindo a preparação dos profissionais da área.

A Resolução nº 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

A Resolução nº 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça descreve a nova Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, 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.

Em seus considerandos, a Resolução ratifica a importância na mediação como meio de se efetivar o acesso à justiça, direito este garantido na Constituição, em seu artigo 5º XXXV, 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, so-

lução 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;

Conforme a Resolução, o CNJ será responsável pelo controle, tanto administrativo quanto financeiro, do Poder Público na aplicação da mediação judicial, devendo ser observada o artigo 37 da Carta Maior. “CONSIDERANDO que compete ao Conselho Nacional de Justiça o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como zelar pela observância do art. 37 da Constituição da República”.

A mediação trata-se de mecanismo de mão dupla, pois, na medida em que é um instrumento para concretizar tal princípio, é ao mesmo tempo o próprio acesso, tendo em vista que, no momento de sua prática, se revela tanto como procedimento, a forma, e como parte do integrante processo, o meio.

Os mediadores deverão realizar um curso de capacitação para serem considerados profissionais habilitados. Há também o código de ética e disciplina regulamentando os princípios norteadores de sua atividade, tais como a confidencialidade e a imparcialidade, estudados no próximo capítulo. Com isso, estarão devidamente autorizados a realizar as sessões de mediação nos tribunais brasileiros.

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.

A mediação judicial na reforma do Código de Processo Civil (o novo CPC)

Em 1º dezembro de 2010, o Senado, por meio da Comissão Temporária de Reforma do Novo Código de Processo Civil, aprovou o relatório do Senador Valter Pereira (PMDB-MS), o qual continha o texto do novo Código de Processo Civil. O documento recebeu algumas alterações, devendo ser avaliado pelo Plenário do Senado em breve.

Diante do fomento da nova cultura de paz e da importância do acesso à justiça, o projeto de lei reformula o Código de Processo Civil, chamado de novo CPC, e insere a mediação no PL. Atualmente, o que temos de legalidade é o instituto da conciliação, que pode ser verificada 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.

O que se observa é 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 da mesma maneira que uma revisão de contrato, que tem por natureza uma relação sem sentimentos profundos, aparentemente, envolvidos.

No novo código, a mediação é inserida como um *plus*, uma alternativa para os casos em que a conciliação não se encaixe,

como, por exemplo, 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.

Com a busca pelo acesso à justiça, o novo CPC surge como instrumento facilitador desse direito por meio da mediação. Como já estudado, a mediação proporciona uma satisfação maior nos jurisdicionados e por isso é tão importante ser inserido no Poder Judiciário. A estimativa que se busca é reduzir, paulatinamente, pela metade o trâmite processual do atual Judiciário. Observa-se no artigo art. 135:

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 são figuras-chave para a redução da morosidade; 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 normalmente e que seja julgado, porém não é isso que acontece no Judiciário. Não é difícil encontrar casos de lides processuais que tramitam há mais de dez ou quinze anos. O que se observa é um Judiciário mais cidadão, preocupado com a população, e não somente

com “seu umbigo”. Uma resposta 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 normativa.

O processo de mediação judicial

O processo de mediação, em sua essência, é comum a todos os “tipos” apresentados no primeiro capítulo. Contudo, no âmbito do Poder Judicial, é necessário que haja uma formação específica para os colaboradores do presente processo. Devido à natureza adversarial do Judiciário, muitos servidores não conseguem assimilar a importância do empoderamento das partes na solução do litígio.

Como já foi dito, a mediação é o ato de mediar, dialogar em busca da solução dos conflitos tendo como princípios básicos a liberdade das partes, a não competitividade, o poder das partes em decidir e a imparcialidade do mediador. O Código de Ética, apresentado na própria Resolução nº 125 do CNJ, de conciliadores e mediadores judiciais norteia os princípios e as garantias para assegurar o bom desenvolvimento da aplicação dos institutos e uma qualidade na prestação de serviço como ferramentas efetivas de pacificação social e de prevenção de litígios.

Art. 1º – São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.

I – Confidencialidade – dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem públi-

ca ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese;

II – Decisão informada – dever de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido;

III – Competência – dever de possuir qualificação que o habilite atuação judicial, com capacitação na forma desta Resolução, observada a reciclagem periódica obrigatória para formação continuada;

IV – Imparcialidade – dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente;

V – Independência e autonomia – dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo dever de redigir acordo ilegal ou inexecutável;

VI – Respeito à ordem pública e às leis vigentes – dever de velar para que eventual acordo entre os envolvidos não viole a ordem pública, nem contrarie as leis vigentes;

VII – Empoderamento – dever de estimular os interessados a aprenderem a melhor resolverem seus conflitos futuros em função da experiência de justiça vivenciada na autocomposição;

VIII – Validação – dever de estimular os interessados perceberem-se reciprocamente como serem humanos merecedores de atenção e respeito.

Percebe-se a importância da elaboração e cumprimento do Código de Ética, pois com ele mediadores e conciliadores terão normas para direcionar suas condutas para que não haja o risco maior de haver desvio de conduta. O Código também trata da responsabilidade e sanções, como o descumprimento dos princípios e

das normas estabelecidas, bem como uma condenação transitada em julgado, havendo impedimento para mediar/conciliar e tendo seu nome excluído do cadastro.

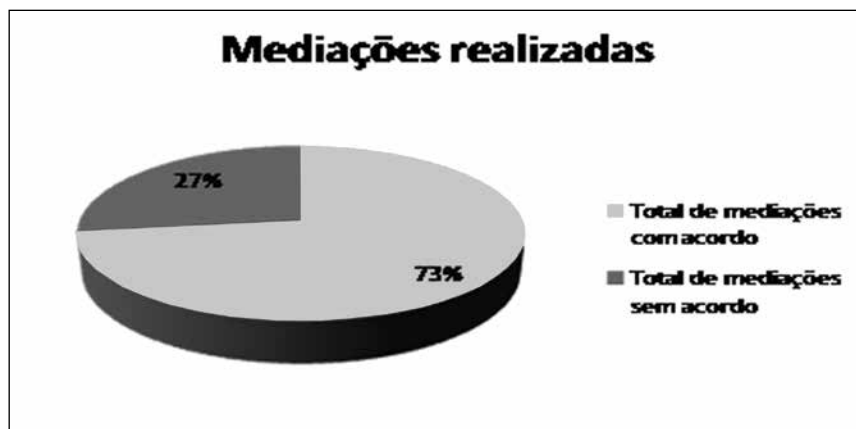
Com isso, é importante a qualificação do mediador para realizar uma sessão de mediação. Devendo seguir seu Código de Ética para que o instituto não perca sua essência e seu objetivo. Também é necessária uma constante reciclagem, com cursos, palestras e aperfeiçoamento das técnicas da mediação para que o facilitador esteja sempre em aprendizado e consciente do seu papel.

Tipos de conflitos

Devido à grande demanda de processo e o reduzido número de servidores capacitados para a seleção, os casos encaminhados para a mediação ou conciliação passam por uma seleção objetiva. Todos os processos encaminhados para o Centro são de natureza civil ou familiar.

Os casos de natureza familiar, seja pensão, guarda ou visitas, vão para a mediação por se tratar de conflitos de natureza continuada e que envolvem sentimentos mais profundos. Já os casos que não são familiares, como ações de indenização ou revisional de contrato, são encaminhados para a conciliação, por não se tratar, *a priori*, de uma relação continuada. O gráfico que segue demonstra a quantidade de mediações realizadas e o percentual de mediações com e sem acordo.

Gráfico1 – Total de mediações realizadas no período de janeiro de 2013 a novembro de 2013



Fonte: Relatório Estatístico do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC, do Fórum Clóvis Beviláqua.

Ao todo, foram realizadas 185 mediações, de modo que 135 resultaram em acordos, totalizando 73%, o que representou um índice bastante significativo. Conclui-se que a prática da mediação no âmbito do Poder Judiciário vem alcançando elevados pontos positivos, proporcionando uma rápida solução do conflito de maneira eficaz e duradoura.

CONCLUSÃO

A mediação de conflitos já era realizada no estado do Ceará desde a década de 1990, no âmbito extrajudicial nas comunidades, tendo como mediadores os líderes e conselheiros comunitários. Verificada sua eficácia, o Judiciário, por meio da Resolução nº 125 de 2010, editou normas visando a implementação da mediação judicial.

No âmbito do Poder Judiciário, ela é instrumento de efetivação do acesso à justiça, ao resgatar o diálogo e fomentar a solução amigável e justa dos conflitos, o que representa o surgimento de uma nova fase do processo judicial, na implementação de uma política pública de cultura de paz.

Verifica-se também que a aplicação e a eficácia do acesso à justiça, direito fundamental disposto no artigo 5º, inciso XXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é um de seus principais objetivos. Com a efetivação do acesso à justiça, no seu sentido de justiça justa, tem-se por consequência a inclusão social e a efetivação da cidadania, princípio disposto no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, que ainda hoje é desprovido do alcance de seus direitos.

Na legislação vigente, com o atual Código de Processo Civil, o que se tem é o instituto da conciliação, e não o da mediação. Isso acarreta um prejuízo para a escolha do melhor meio de solução do conflito, pois, entre os casos que envolvem relações continuadas, a mediação seria o melhor caminho, e não conciliação. Para que a mediação realmente se insira no curso do processo civil, tramitam no Senado Federal projetos de lei normatizando a mediação judicial: PL 94 de 2002 e PL 166 de 2010. O primeiro é de autoria da deputada Zulaiê Cobra Ribeiro e o segundo é a proposta de reforma do CPC. O que se verificou foi que dois projetos aliados com a Resolução do CNJ afirmam, categoricamente, que a mediação é um mecanismo concreto de efetivação do acesso à justiça e disseminador da cultura de paz, do diálogo.

Conforme apresentado, é necessário haver a capacitação constante dos mediadores para proporcionar um melhor atendimento aos jurisdicionados. O curso ofertado pelo CNJ visa apresentar, de forma imediata, os princípios e objetivos do instituto e obriga a realização de um estágio supervisionado para que o aluno aperfeiçoe o conteúdo estudado na prática. Depois de passado pelo curso

e aprovado, seu nome irá para um cadastro e o mesmo ficará advertido de seguir o Código de Ética sob pena de ser retirado da lista.

Diante do exposto, conclui-se que a mediação é meio concreto de efetivação do acesso à justiça e da inclusão e pacificação social. Para sua efetiva concretização, faz-se necessária uma qualificação permanente de todos os envolvidos no processo de solução do conflito a fim de que a sessão de mediação seja conduzida da melhor forma. Necessita ainda de uma regulamentação por meio de lei do Congresso Nacional, o que já está em trâmite no Senado Federal. Assim, a mediação judicial é uma nova política pública em implementação no Brasil que visa modificar a cultura do litígio para a cultura da paz, do diálogo e da cidadania.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVIM, J. E. Carreira. Justiça: acesso e descesso. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4078>>. Acesso em: 10 set. 2013.

BRAGANETO, Adolfo; SALES, Lilia Maria de Moraes (org.). **Aspectos atuais sobre a mediação e outros métodos extra e judiciais de resolução de conflitos**. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

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

BRASIL. **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/l5869compilada>. Acesso em: 1º nov. 2013.

BRASIL. **Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a Arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm>. Acesso em: 1º nov. 2013.

BRASIL. **PL 166 de 2010**. Dispõe sobre o Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249>. Acesso em: 1º nov. 2013.

BRASIL. **PL 4827 de 1998**. Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21158>>. Acesso em: 1º nov. 2013.

BRASIL. **PL 8046/2010**. Dispõe sobre o Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 1º nov. 2013.

BRASIL. **PL 94 de 2002**. Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=53367>. Acesso em: 1º nov. 2013.

BRASIL. **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: 1º nov. 2013.

GIRÃO JUNIOR, Celso Luís de Sousa. Mediação: Solução Alternativa e Consensual na resolução de conflitos. In: PEREIRA, Váldsen da Silva Alves (Org.). **Revista do Instituto dos Magistrados do Ceará**. Fortaleza: Instituto dos Magistrados do Ceará, 2009. p. 175-204.

MOREIRA, Sandra Mara Vales. **Mediação e democracia**: uma abordagem contemporânea da resolução de conflitos. 2007. 188 p. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza – UNIFOR, 2007.

SLAIBI, Filho Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SALES, Lilia Maia de Moraes. **Mediare**: um guia prático para mediadores. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

ALGUMAS REFLEXÕES EM TORNO DA LEI ESPANHOLA DA MEMÓRIA HISTÓRICA

Júlia Alexim

INTRODUÇÃO

Os movimentos, debates e até mesmo diplomas legais e políticas públicas voltados para definição, regulação e proteção da memória e da verdade nos Estados Constitucionais ganharam uma força vertiginosa nos últimos anos. As discussões estendem-se desde o questionamento em torno da existência ou não desse direito até elaborações mais densas sobre o conteúdo, os destinatários e os efeitos desse direito.

A nosso ver, a recuperação da memória histórica das nações que viveram experiências autoritárias deve ser vista, de uma perspectiva jurídica, como: (i) exigência expressa das Constituições mais recentes surgidas em novas democracias recém-saídas de períodos de ditadura e, eventualmente, de guerra; (ii) condição essencial de afirmação dos direitos fundamentais que, nessas mesmas democracias, têm seu conteúdo parcialmente definido pela oposição às normas e práticas típicas de regimes autoritários.

O fato de em muitos casos a transição para a democracia resultar em acordos entre os diferentes grupos permitiu a proliferação de algumas noções falsas. Tais como: (i) a ideia de que a disputa entre autoritarismo e democracia é a disputa entre dois lados que se equivalem; (ii) a noção de que regimes ditatoriais são necessários para a garantia de uma democracia que deve ser construída de baixo para cima e de forma controlada; (iii) a confusão entre anistia e a amnésia que, mais uma vez, faz parecer que os agentes da repressão

conservadora e os militantes defensores dos direitos fundamentais são dois lados iguais em uma disputa.

As transições negociadas e a disseminação dessas ideias falsas fizeram com que, muitas vezes, a construção da memória ocorresse muito depois do fim dos regimes autoritários. Assim, embora seja possível constatar que a memória e a verdade já eram valores claramente protegidos pelos textos constitucionais que inauguraram os regimes democráticos, as disposições constitucionais não se revelaram suficientes. Foi o advento de leis e políticas públicas infraconstitucionais posteriores que permitiu a efetiva proteção da memória histórica nas jovens democracias. Sobre a experiência espanhola, afirma Vicenç Navarro (2002, p. 25):

Uma causa ha sido el olvido de lo que fue la República Española, la Guerra Civil y la ditadura que la siguió. Este olvido resultado de un pacto de silencio entre la derecha y las izquierdas, alcanzado durante la Transición, fue consecuencia de confundir la amnistía con amnesia, ampagando un coste político muy elevado. (...) La mayor parte de la juventude, por ejemplo, no identifica a las izquierdas con la lucha pela justicia y la libertad. Y también desconoce que las grandes insuficiências del Estado del bienestar se basan precisamente em el gran dominio que las fuerzas conservadoras ejercieron durante la ditadura y durante la democracia. Es difícil construir un futuro cuando se desconoce tanto de nuestro pasado.

A reconstrução e a divulgação do passado — por meio de políticas de produção de memória e verdade acerca dos governos autoritários — são, portanto, necessárias. Permitem, em primeiro lugar, o reconhecimento da permanência do conservadorismo autoritário de muitas instituições e o entrave que este representa para a concretização de direitos fundamentais. Viabiliza, ademais, a

constatação da importância das lutas contrárias ao autoritarismo na afirmação desses mesmos direitos, de modo que as forças conservadoras e as lutas de esquerda nunca se equivalem.

Desse modo, a produção de leis e a efetivação de políticas públicas voltadas para o desvelamento de elementos de memória e verdade são condição *sine qua non* para a efetivação de qualquer ordem jurídica voltada para a proteção de direitos fundamentais e, conseqüentemente, centrada na promoção e salvaguarda da dignidade da pessoa humana.

O Brasil, após mais de duas décadas de democracia, tomou medidas efetivas e contundentes no sentido da proteção da memória e da verdade, afastando o esquecimento entorpecedor que parecia ser inevitável herança da supostamente irrestrita lei de anistia.

Esse movimento foi feito com certo atraso em relação a outros países da Europa, América e África. Sendo assim, as experiências vividas alhures podem permitir relevante reflexão sobre os caminhos a serem seguidos por nós de agora em diante.

O objetivo desse trabalho, então, é, em primeiro lugar, demonstrar que a proteção da verdade e da memória é uma exigência de todas as Constituições democráticas que consagram o princípio da proteção à dignidade da pessoa humana e, em seguida, fazer um breve panorama crítico da proteção da memória e da verdade na Espanha, onde o processo de proteção da memória culminou na promulgação da Lei da Memória Histórica, que pretende tratar integralmente do tema.

1. Verdade e memória como valores constitucionalmente protegidos

Ainda que se discuta o conteúdo preciso de um possível direito à memória e também de um direito à verdade (HÄBERLE, 2008), não parece ser possível negar que, sobretudo nas Constituições posteriores ao segundo pós-guerra, a memória e a verdade são valores constitucionalmente protegidos e que, conseqüentemente, sua proteção e promoção devem ser garantidas por meio de uma atuação estatal positiva.

1.1 As Constituições e o “acerto de contas” com o passado

O esforço de proteção constitucional e legal da memória e da verdade ganha cores especiais nos países que estão a fazer o esforço de construção de uma nova ordem democrática após o fim de um regime autoritário.

Da mesma forma que Estados Autoritários e Totalitários manipulam a memória e a cultura, transformando ambos em mecanismo de perpetuação da ordem e do poder, jovens democracias fazem um esforço de recuperação da memória (SCHIMIT, 2011, p. 61). A recuperação da verdade sobre o passado em um ambiente democrático vai atender, entre outros, a dois objetivos primordiais: (i) reconhecer e reparar as vítimas do período autoritário; (ii) cumprir a função pedagógica de evitar novas interrupções da democracia e novas violações de direitos humanos.

Novas democracias tendem, então, a fazer uma leitura crítica do seu passado com o intuito de evitar repetições de períodos de terror. É possível perceber no preâmbulo de algumas Constituições posteriores ao segundo pós-guerra a necessidade de elaboração crítica do passado que se impõe elemento constitutivo de um novo

Estado garantidor de direitos fundamentais. Nesse sentido, destacamos o preâmbulo da Constituição Japonesa de 1946:

Nós, o povo japonês, agindo através de nossos representantes devidamente eleitos na Dieta Nacional, determinamos que garantiremos para nós mesmos a nossa proteridade os frutos da cooperação pacífica com todas as nações e as bênçãos da liberdade em toda esta terra, e resolvemos que nunca mais seremos visitados pelos horrores da guerra através de nosso governo¹⁷³ (SCHIMITT, p. 58).

A mesma necessidade de crítica e ruptura com o passado aparece no preâmbulo da Constituição Portuguesa de 1976:

A 25 de Abril de 1974, o Movimento das Forças Armadas, coroando a longa resistência do povo português e interpretando os seus sentimentos profundos, derrubou o regime fascista.

Libertar Portugal da ditadura, da opressão e do colonialismo representou uma transformação revolucionária e o início de uma viragem histórica da sociedade portuguesa.

A Revolução restituiu aos Portugueses os direitos e liberdades fundamentais. No exercício destes direitos e liberdades, os legítimos representantes do povo reúnem-se para elaborar uma Constituição que corresponde às aspirações do país (PORTUGAL, 1976).

Constituições do mesmo período que não fazem referência ao passado em seu preâmbulo afirmam, ao menos, a garantia e efetivação de direitos fundamentais como o objetivo primordial da nova ordem jurídica. Chamamos atenção, então, para o preâmbulo da Constituição Espanhola de 1978:

173 Texto já traduzido extraído do trabalho de Schimit Rainer (SCHIMIT, 2011, p. 58).

Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones. Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida (ESPAÑA, 1978).

E, como não poderia deixar de ser, o preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (BRASIL, 1988).

O repúdio à ditadura, entretanto, não esteve ausente nos trabalhos da Constituinte de 1987-88 e fica bastante evidente no discurso de Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, por ocasião da promulgação da Constituição:

A persistência da Constituição é a sobrevivência da democracia. Quando, após tantos anos de lutas e sacrifícios, promulgamos o estatuto do homem, da liberdade e da democracia, bradamos por imposição de sua honra: temos ódio à ditadura. Ódio e nojo. Amaldiçoamos a tirania onde quer que ela desgrace homens e nações, principalmente na América Latina (GUIMARÃES, 1988).

1.2 Memória, verdade e dignidade humana

Pelo exposto, é possível afirmar que a centralidade que é dada à proteção dos direitos fundamentais nas Constituições poste-

riores a regimes autoritários é acompanhada da crítica ao passado. O que significa, em outras palavras, que uma ordem jurídica que pretenda configurar-se como um Estado Democrático de Direito não pode escapar do esforço de proteção da verdade e da memória.

Podemos, por essa razão, vincular o esforço de crítica ao passado, que só pode ser feito por meio da proteção e promoção de valores como a verdade e a memória, à proteção da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana, na sua acepção jurídica, não deve ser vista como valor vago, desprovido de conteúdo específico¹⁷⁴. Com efeito, a dignidade da pessoa humana compartilha substrato com os direitos fundamentais, de modo que a afirmação de tais direitos é também a realização do princípio da dignidade. Assim, se a efetivação de direitos fundamentais depende de uma visão crítica da história, essa mesma visão está vinculada à afirmação e realização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Além disso, é preciso destacar que a dignidade da pessoa humana assume uma “necessária faceta intersubjetiva” (SARLET, 2011, p. 46, 66, 72), isto é, o exercício da dignidade só é pleno na relação com o outro. Não é suficiente que cada indivíduo tenha uma existência digna; é, ademais, indispensável que esta dignidade seja reconhecida pelos demais membros da comunidade e pelo Estado.

Assim, o esforço de recuperação verossímil do passado e de respeito à memória de todos aqueles que se insurgiram ou padeceram em um regime autoritário é essencial. Não basta o sujeito isolado

174 A título de exemplo, reproduzimos o conceito de dignidade humana elaborado por Ingo Wolfgang Sarlet: “(...) temos por dignidade humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto quanto qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os seres humanos, mediante o devido respeito com os demais seres que integram a rede da vida” (SARLET, 2011, p. 67).

ter acesso ao seu passado. É preciso, com efeito, que o passado e as violações a direitos humanos sejam oficialmente reconhecidos pelo Estado e, além disso, reconhecidos pelos demais membros da comunidade. É nas relações intersubjetivas que a verdade e a memória podem ser realizadas como valores constitucionalmente protegidos.

É, portanto, indispensável para efetivação dos direitos fundamentais e para concretização do princípio da dignidade humana a atuação positiva do Estado na forma de políticas públicas voltadas para produção da memória e da verdade. Só assim é viável o reconhecimento, por toda a comunidade, das violações passadas a direitos fundamentais e a plena realização da verdade e da memória em relações intersubjetivas.

2. A Lei Espanhola da Memória Histórica

2.2 Formulação e aprovação da Lei de Memória Histórica

Na Espanha, com a Lei de Anistia de 1977, pretendeu-se romper com o passado e esquecer a ditadura e as violações de direitos humanos. A lei de anistia simboliza o silêncio, supostamente aceito por todos como benéfico, acerca das violações a direitos ocorridas durante a ditadura e a guerra civil. Mais do que impedir o conhecimento do passado, esse silêncio permite a perpetuação da falsa ideia de que o que se passou foi um período de disputa violenta entre dois grupos equivalentes. Isto é, impede que todos saibam os prejuízos causados pelas forças conservadoras e pela violência praticada de forma institucionalizada pelo Estado. Previne também que os ganhos e avanços promovidos pela vitória dos defensores da democracia e seus efeitos concretos nas garantias aos direitos fundamentais de todos sejam devidamente conhecidos.

A partir da década de noventa, entretanto, ganham cada vez mais força as reivindicações no sentido da recuperação da memória histórica. O objetivo era não só trazer à luz fatos passados inteiramente desconhecidos pelas novas gerações, bem como afastar as falsas versões produtoras de sentimentos nostálgicos com relação à ditadura (ALDAY; PALLIN, 2008, p. 12).

Cabe ressaltar que o esforço no sentido da recuperação da memória histórica e da investigação das violações de direitos humanos ocorridas no passado surge na sociedade civil. É por conta dessas mobilizações sociais que medidas legislativas e institucionais voltadas para a proteção da memória e da verdade ganham corpo.

As disputas existentes nos quadros políticos majoritários entre setores conservadores e setores de esquerda e as técnicas conciliatórias que conduziram à transição e à anistia não desapareceram com a instauração da democracia. As sombras do franquismo e da transição controlada perpetuadas no Estado Democrático ainda criam resistências à proteção da memória histórica. São, portanto, setores da sociedade civil que conseguem, aos poucos, mobilizar a classe política (ALDAY, 2009, p. 35).

Esses movimentos sociais já nos anos 2000 começaram a ser atendidos por meio da promulgação de um conjunto de diplomas legais que, pontualmente, adotavam medidas de proteção da memória. Assim, em 2004, o Decreto Real 1891/2004 criou a comissão Interministerial para o estudo da situação das vítimas da Guerra Civil e do franquismo. Em 2005, foi aprovada a Lei 3/2005, que trata de prestações econômicas dos “filhos da guerra”. Como parte desse mesmo movimento, foram editadas normas de proteção do patrimônio centradas na memória da ditadura e das lutas de esquerda como, por exemplo, o Decreto Real 13/2005, destinado à proteção do patrimônio histórico sindical, e a Lei 21/2005, que regula a proteção de arquivos históricos (ALDAY, 2009, p. 34).

A ruptura definitiva com o silêncio, no entanto, e o ato que distingue a experiência espanhola e a torna uma das mais enriquecedoras de qualquer reflexão sobre a memória e a verdade deram-se com a Lei 52/2007, conhecida como a Lei da Memória Histórica. O diploma se diferencia dos demais na medida em que não regula uma ação pontual. Pretende, efetivamente, atender de forma integral e unificada às diferentes demandas dos movimentos em prol da memória e da verdade.

O caminho percorrido entre as primeiras normas esparsas e a Lei de 2007 permite delinear um panorama geral das disputas constante entre os advogados da memória e os defensores do esquecimento.

A discussão parlamentar que conduziu à promulgação da Lei de Memória Histórica começou em 2006 com o início da tramitação de projeto de lei elaborado pelo governo. A proposição legislativa foi objeto de inúmeras críticas. Os membros conservadores do Partido Popular opuseram-se a qualquer avanço da proposta legislativa, que, para esses parlamentares, serviria apenas para abrir feridas passadas.

Os setores de esquerda entenderam que o projeto do governo tinha, entre outros, três importantes defeitos.

Em primeiro lugar, ausência, na exposição de motivos, de repúdio expresso ao franquismo, conduzindo a ideia de que o período fora marcado por forças – de um lado autoritárias e, de outro, democráticas – equivalentes em conflito.

Apontava-se, ainda, a falta de disposição que declarassem nulas as condenações e punições impostas pelo Estado durante o período autoritário por razões políticas e com claras violações a direitos fundamentais.

Por fim, nos termos do projeto de lei apresentado pelo governo, o acesso a documentos sobre a guerra civil e a ditadura per-

maneceria restrito com o intuito de proteger a identidade de agentes e colaboradores do regime (ALDAY; PALLIN, 2008, p. 35).

Em 2007, acordo firmado entre parlamentares de esquerda e setores governistas permitiram algumas correções daquelas que eram consideradas as maiores deficiências do projeto de lei e foi, finalmente, aprovada a Lei 52/2007. O Diploma, contudo, continua a receber críticas.

Em linhas gerais, a Lei Espanhola da Memória Histórica trata dos seguintes temas: (i) reconhecimento e declaração da injustiça e ilegitimidade das decisões dos tribunais que atuavam na repressão autoritária (art. 2); (ii) reparação das vítimas da guerra civil e da ditadura com medidas específicas de caráter econômico assistencial e tributário (arts. 4 a 10); (iii) medidas voltadas para localização e identificação de outras vítimas (arts. 10 a 14); (iv) proteção da memória por meio da criação do Centro Documental da Memória Histórica e do Arquivo Geral da Guerra Civil (arts. 16 a 18 e art. 20).

b) O repúdio ao franquismo

Como vimos, um dos benefícios da proteção legal e institucional da memória em democracias recentes é evitar a equivocada paridade entre forças políticas usurpadoras de direitos e mobilizações políticas no sentido da garantia de direitos.

A Lei da Memória Histórica Espanhola afastou qualquer possibilidade de equiparação simétrica entre a violência praticada pelo Estado autoritário e os atos dos grupos que lutavam pela democracia. A exposição de motivos e os artigos 2 e 3 do diploma são expressos em seu repúdio ao franquismo e ressaltam a extrema violência e injustiça dos atos do regime declarados ilegítimos. A lei enumera as amplas violações praticadas pelo Estado franquista e

estabelece, portanto, inegável diferença entre a violência das forças do governo e os atos de resistência daqueles que buscavam a democracia (PALLIN, 2008, p. 61). Nesse sentido, dispõe a exposição de motivos do Diploma que:

(...) esta Ley atiende a lo manifestado por la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados que el 20 de noviembre de 2002 aprobó por unanimidad una Proposición no de Ley en la que el órgano de representación de la ciudadanía reiteraba que ‘nadie puede sentirse legitimado, como ocurrió en el pasado, para utilizar la violencia con la finalidad de imponer sus convicciones políticas y establecer regímenes totalitarios contrarios a la libertad y dignidad de todos los ciudadanos, lo que merece la condena y repulsa de nuestra sociedad democrática’. La presente Ley asume esta Declaración así como la condena del franquismo contenida en el Informe de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa firmado en París el 17 de marzo de 2006 en el que se denunciaron las graves violaciones de Derechos Humanos cometidas en España entre los años 1939 y 1975. (ESPANHA, 2007).

Além disso, a Lei revoga expressamente todas as normas editadas durante a ditadura e que sejam manifestamente repressoras ou violadoras de direitos fundamentais. Sem dúvida, essas normas já estavam tacitamente revogadas pelo catálogo de Direitos Fundamentais da Constituição de 1978. A revogação expressa, entretanto, não apenas indubitavelmente extirpa essas normas do ordenamento jurídico como impede que, em qualquer momento futuro, através do uso de qualquer interpretação ou argumento jurídico essas normas possam ser invocadas por autoridades administrativas ou judiciárias.

c) A não anulação das decisões injustas

Embora literal no repúdio ao franquismo, a Lei Espanhola é tímida no tratamento das decisões e atos violadores de direitos praticados ao longo do período autoritário. A lei declara a ilegitimidade de todos os tribunais e órgãos administrativos criados para fins de perseguição política, ideológica ou religiosa, bem como suas decisões. Não consta, porém, da lei a declaração de nulidade das decisões e atos dos referidos órgãos (ALDAY, 2009, p. 44).

O argumento contrário à declaração de nulidade é a segurança jurídica. É possível, entretanto, sustentar que amplas violações a direitos não devem ser amparadas pelo uso cego do princípio da segurança jurídica, que, nesses casos, deve ser mitigado frente à necessidade de reparar e condenar inaceitáveis lesões a direitos fundamentais¹⁷⁵.

Podemos ir ainda mais longe e estabelecer que só podem ser considerados como verdadeiramente jurídicos, e portanto protegido pelo princípio da segurança, aqueles atos que não sejam extremamente injustos. Há um mínimo de justiça necessário para a caracterização do que é e do que não é direito (ALEXY, 2008, p. 13 a 44).

Assim, todas as normas, decisões e atos administrativos que demonstrem teratológica arbitrariedade, ou seja, que não encontrem outro fundamento diverso da mais irracional perseguição política, ideológica ou religiosa, não são jurídicos, não são Direito e não gozam de qualquer proteção.

Nessa perspectiva, tais atos não estão protegidos pelo princípio da segurança jurídica, que não pode ser invocado para proteger e amparar a existência de atos de extrema injustiça.

¹⁷⁵ A restrição ao princípio da segurança jurídica nesses casos não é inédita. O exemplo maior de que temos notícia é a Lei Alemã de 1998, que, em seu artigo 1º, declara nulas todas as condenações penais nacionais socialistas posteriores a junho de 1933 violadoras dos princípios básicos da Justiça.

d) As reparações individuais e a falta de medidas efetivas na construção da memória coletiva

A Lei Espanhola tem bastante mérito na regulação das reparações às vítimas da guerra civil e da ditadura. Cria, com efeito, medidas assistenciais para aqueles que sofreram medidas de privação de liberdade, pensões para despesas médicas, pensões para órfãos em decorrência da atuação da repressão. Estabelece, ainda, vantagens tributárias para vítimas e familiares de vítimas. Tudo isso, além de majorar e ampliar medidas indenizatórias que já estavam estabelecidas em legislação anterior.

As reparações, individuais, entretanto, não são suficientes para a efetiva proteção da memória e da verdade. A Lei Espanhola da Memória Histórica cria, então, alguns mecanismos de preservação da memória coletiva não voltados para situações individuais. Nomeadamente, impede qualquer manifestação franquista no Vale dos Caídos, monumento construído durante o regime ditatorial em memória das vítimas da guerra civil espanhola, determina que sejam tomadas medidas no sentido de retirar todos os símbolos do franquismo remanescentes em órgãos públicos e cria o Centro Documental de Memória Histórica e Arquivo Geral da Guerra Civil.

Ao contrário das mais específicas e extensas medidas de reparação individual, as disposições voltadas para a construção da memória coletiva são bastante vagas e limitadas. Não indicam medidas específicas a serem adotadas pelos Poderes Públicos. Sua efetividade é, por isso, bastante restrita. Em especial, se considerarmos que muitas instituições e agentes públicos se alinham com forças conservadoras e resistem a implementar medidas consistentes voltadas para a produção da memória histórica (ALDAY, 2009, p. 56-57).

CONCLUSÃO

As disposições ressabiadas presentes na Lei de Memória Histórica demonstram a ainda presente força conservadora que pretende impedir o verdadeiro acesso crítico ao passado. Fato é que, mesmo tantos anos após a Lei de Anistia, a Lei de Memória Histórica ainda foi aprovada em um contexto de conflito entre os movimentos sociais que reivindicam a salvaguarda da memória e da verdade e setores do governo e a sociedade civil que ainda buscam a preservação do esquecimento.

Meras disposições legislativas genéricas, portanto, embora úteis nas reparações individuais, trazem uma contribuição limitada para a proteção de elementos voltados para a proteção da memória e da verdade.

Atos de construção da memória desvinculados das histórias de sujeitos isolados são necessários para o efetivo conhecimento do passado. São, ademais, indispensáveis para a compreensão dos efeitos nocivos do autoritarismo e das violações a direitos fundamentais inerentes a toda ditadura.

Como vimos, os direitos fundamentais e a dignidade humana só se realizam nas relações intersubjetivas. São, nesse sentido, insuficientes os reconhecimentos e reparações individuais. As memórias serão sempre múltiplas, mas traços e lugares de memória devem ser partilhados e acessados por todos. O reconhecimento por todos dos fatos passados depende, assim, de uma política pública efetiva de proteção da memória coletiva que deve ser maior do que disposições legais vagas e isoladas. Entendemos que só assim as exigências constitucionais, decorrentes da proteção constitucional ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais, relativas à salvaguarda da verdade e da memória serão plenamente atendidas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Tradução Gércélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ALDAY, Escudero Rafael; PALLIN, José Antonio Martín. Introducción. In: ALDAY, Escudero Rafael e PALLIN, José Antonio Martín (Org.). **Derecho y memoria histórica**. Madrid: Trotta, 2008, p. 9-18;

ALDAY, Escudero Rafael. La Sombra del franquismo es alargada: el fracasso de la llamada key de memoria histórica. In: LÓPEZ, Federico Fernández Crehuet e LÓPEZ, Daniel J. García. **Derecho, memoria histórica y dictaduras**. Granada: Comares, 2009, p. 33-60;

BRASIL. Constituição. 1988. 46. ed. Saraiva: São Paulo, 2012.

ESPAÑA. Constitución. 1976. Disponível em: <http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/79FF2885-8DFA-4348-8450-04610A9267F0/0/constitucion_ES.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2014;

ESPAÑA. Decreto Real 1891/ 2004. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rd1891-2004.html>. Acesso em: 20 jan. 2014.

ESPAÑA. Lei n. 03/2005. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l3-2005.html>. Acesso em: 20 fev. 2014.

ESPAÑA. Lei n. 52/2007. Disponível em: <<http://leymemoria.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/LeyMemoria/es/ley-de-la-memoria-historica->>. Acesso em: 18 jan. 2014;

GUIMARÃES, Ulysses. Discurso por ocasião da promulgação da Constituição em 05 de Outubro de 1988. Disponível em: <www.

pmdb-rs.org.br/memoria/fl_adm/uploads/.../arquivo_20.doc>. Acesso em: 11 jan. 2014.

HÄBERLE, Peter. **Os problemas da verdade no Estado Constitucional**. Tradução Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008;

NAVARRO, Vicenç. **Bienestar insuficiente, democracia incompleta**. Barcelona: Anagrama, 2002;

PALLIN, José Antônio Martin. La ley que rompio el silencio. In: ALDAY, Escudero Rafael; PALLIN, José Antonio Martín. (Org.). **Derecho y memoria historica**. Madrid: Trotta, 2008, p. 19-46;

PORTUGAL. Constituição. 1976. 8. ed. Coimbra: Coimbra, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 9ª ed, 2011;

SCHIMIT, Rainer. Constituição e Memória. In: GALLE, Helmut; SCHMIT, Rainer (Org.). **A memória e as ciências humanas**: um conceito transdisciplinar em pesquisas atuais na Alemanha e no Brasil. Tradução de Iracema Dulley. São Paulo: Humanitas, 2011, p. 61-77.

AS CONTRADIÇÕES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 QUANTO AO DIREITO SINDICAL

Antônio Alfeu da Silva

INTRODUÇÃO

O Direito Sindical brasileiro nasceu em 1903, regulando o sindicalismo rural, e em 1907 passou também a regular o sindicalismo urbano. Todavia, foi a partir do Estado Novo que este ramo do Direito ganhou os contornos que subsistem até hoje.

As relações sindicais no Brasil têm evoluído lentamente, de modo que poucas são as mudanças vistas em relação à realidade observada na primeira metade do século XX. O corporativismo que marcou o Estado Novo, sob o lema: “tudo dentro do Estado, nada fora do Estado, nada contra o Estado”, é a matriz filosófica do Direito do Trabalho e do disciplinamento das relações sindicais no Brasil.

Naquele período foram criados os institutos da unicidade sindical, da base territorial mínima, da sindicalização por categoria, do sistema confederativo (estrutura piramidal) e da contribuição sindical compulsória (imposto sindical). Os referidos institutos, que infelizmente foram mantidos na Constituição Federal de 1988, são considerados os principais empecilhos à adoção da liberdade sindical e promoção da modernização das relações sindicais no Brasil, de modo a dar-lhes efetividade, viabilizando que cumpram seu papel, qual seja, promover o desenvolvimento socioeconômico por meio da inclusão social, de uma melhor distribuição da renda, da qualificação profissional, de uma melhor qualidade dos produtos e serviços, maior produtividade, entre outros.

Entende-se, portanto, que os supracitados institutos impedem o pleno exercício da liberdade sindical no Brasil, assim como são nefastos ao desenvolvimento das relações sindicais, prejudicando sobremaneira a classe trabalhadora e o desenvolvimento socioeconômico nacional. Todavia, a contribuição sindical compulsória (imposto sindical) parece ser a mais prejudicial, considerando que por meio dela criou-se um mecanismo de financiamento automático de todo o sistema confederativo que, associada a outras permissividades, que também serão enfrentadas neste trabalho, possibilitou a instituição de um círculo vicioso e retrógrado dentro do sistema, regado ao fisiologismo e à corrupção. A sociedade brasileira paga a conta, por meio do pesado tributo do atraso.

O Brasil é um Estado democrático de direito, consoante se pode ler no art. 1º da Constituição Federal de 1988, entretanto mantém institutos de Direito Coletivo de Trabalho (Direito Sindical) originários do Estado Novo, regime político incompatível com a atual ordem constitucional.

A Carta Política de 1988 afirma, falsamente, que há liberdade sindical, o que efetivamente não há, haja vista que os institutos da unicidade sindical, da base territorial mínima, da sindicalização por categoria, do sistema confederativo e da contribuição sindical compulsória impedem a efetividade da liberdade sindical. Portanto, o atual sistema sindical brasileiro é contraditório, bem como é contrário aos interesses dos trabalhadores, além de muito prejudicial ao desenvolvimento nacional.

1. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O DISCIPLINAMENTO DAS RELAÇÕES SINDICAIS – ASPECTOS HISTÓRICO-CULTURAL-NORMATIVOS

O mais remotamente que se possa volver na busca do disciplinamento das relações sindicais no Brasil encontra-se na Constituição de 1891, art. 78, § 8º, o direito de reunião e de associação. Entretanto, objetivamente, o sindicalismo brasileiro nasceu por meio do Decreto nº 979, de 1903, para regular o sindicalismo rural, porque justamente na área rural estava a maior força de trabalho à época. Em 1907, o Decreto nº 1.637 passou a regular o sindicalismo urbano.

Com o advento da política trabalhista de Getúlio Vargas, em 1930, iniciou-se a fase de interferência do Estado na organização sindical, que perdeu sua autonomia em decorrência da intervenção feita pelo recém-criado Ministério do Trabalho.

Em 1931, por meio do Decreto nº 19.770, criou-se o agrupamento oficial de profissões em bases territoriais; vedou-se a filiação de sindicatos a entidades internacionais; e as convenções coletivas de trabalho passaram a ter força *erga omnes*.

Ainda na chamada era Vargas, identifica-se um avanço em relação ao tratamento da liberdade sindical, ainda que não tenha se efetivado na prática a garantia da autonomia dos sindicatos e da pluralidade sindical, pela Constituição de 1934, no art. 120. No entanto, o referido diploma constitucional manteve restrições no tocante à liberdade de administração do sindicato e continuavam as ingerências do Ministério do Trabalho.

Aí veio a Carta de 1937 – baseada no modelo corporativista italiano, inspirada nas ideias fascistas de Mussolini – e usurpou os pequenos avanços que haviam sido conferidos pela Carta anterior. Adotaram-se a unicidade sindical e a organização por categoria,

condicionou-se o funcionamento de sindicato ao reconhecimento oficial e criou-se a dependência financeira do Estado.

Em 1939 veio o Decreto-Lei nº 1.402, que instituiu o “Quadro de Atividades e Profissões”, para orientar o enquadramento sindical e atribuiu ao Ministério do Trabalho a competência para intervir nos sindicatos, inclusive com poderes para cassar a Carta Sindical, que era a autorização expedida pelo Ministério do Trabalho para o funcionamento das entidades sindicais. Os objetivos do supracitado Decreto-Lei podem ser verificados nas palavras de Francisco José de Oliveira Vianna (1943), então Ministro do Trabalho e considerado o pai do Direito do Trabalho no Brasil, a saber: “com a instituição deste registro, toda a vida das associações profissionais passará a gravitar em torno do Ministério do Trabalho: nele nascerão; com ele crescerão; ao lado dele se desenvolverão; nele se extinguirão”. Portanto, bem ao lema da época: “tudo dentro do Estado, nada fora do Estado, nada contra o Estado”. (VIANNA, 1943, p. 209).

Em 1940, eis que surgiu o Decreto-Lei nº 2.381/1940, que criou no âmbito do Ministério do Trabalho a comissão de enquadramento sindical.

Completando o arcabouço restritivo da liberdade sindical, o Decreto-Lei nº 5.452/1943, a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT manteve a imposição da unicidade sindical, a representação por categoria, o reconhecimento oficial do sindicato (carta sindical), o sistema confederativo de representação sindical e o financiamento do sistema sindical pelo imposto sindical.

Entende-se que o associativismo sindical no Brasil nasceu prematuro e sem os necessários cuidados, resultando em graves problemas de ordem cultural que afetam negativamente a sociedade brasileira até os dias atuais. Orlando Gomes e Élson Gottschalk (2005, p. 556) destacam que a liberdade de sindicalização, tanto

no campo como na cidade, foi recebida pelos trabalhadores, e até mesmo pelos estudiosos, com certo espanto, especialmente por ser mais dadivosa do que conquistada. Para os referidos autores, “o associativismo profissional encontra, em toda parte, seu campo de cultura no desenvolvimento industrial de um povo. Ele é fruto do industrialismo moderno”.

A falta da consciência do valor da conquista fez com que o sindicalismo no Brasil, germinado e criado pelo Estado, se tornasse um sindicalismo do tipo corporativo, acomodado, propício ao surgimento das mazelas que ainda hoje afligem o modelo em vigor. Corroborando com este pensamento, Luiz Alberto Matos dos Santos (2009, p. 58) assim se manifestou:

O Brasil, por seus trabalhadores, ainda não enfrentava a realidade da Revolução Industrial, com as inquietações vividas pelos operários europeus e americanos, no séc. XIX, que resultaram na conquista da liberdade sindical, o que, de fato, revela o artificialismo e a prematuridade dessa legislação sindical pátria, pois ao sindicalismo brasileiro faltava a consciência coletiva do proletariado, para tê-lo autêntico e tão influente.

Os dados históricos confirmam que as ações ditatoriais de Getúlio Vargas, para a promoção do avanço econômico, por meio da bandeira do trabalhismo, com o intuito de passar de uma economia eminentemente rural para um modo de produção industrial e mecanizado, sem permitir as manifestações de classe, acarretaram diversas consequências, dentre elas a prevalência de um direito das relações de trabalho outorgado pelo Estado, e não conquistado pela classe trabalhadora, como se dera na experiência europeia. “Neste patamar, o Direito Coletivo passou a ter uma importância secundária, pois, o Poder Estatal assumiu o papel de protetor do trabalha-

dor, individualmente considerado, dando-se ênfase às regras trabalhistas de Direito Individual” (SANTOS, 2009, p. 58-59).

O fato é que os direitos sociais precisariam ser conquistados para que se formasse a consciência coletiva, o que favoreceria, sobretudo, a politização social. Nas palavras de Luiz Alberto Matos dos Santos (2009, p. 60), “consciência coletiva de uma massa trabalhadora não se mostra suscetível à criação por decreto”.

Para Amauri Mascaro Nascimento (2007, p. 648), “as Constituições brasileiras nunca primaram por um grau de excelência em matéria sindical. Nem mesmo, embora com alguns avanços, a de 1988”. No entender do supracitado doutrinador, “a compreensão do nosso sistema passou a difícil. Não há coerência”. Amauri Mascaro Nascimento (2007) entende que o primeiro motivo justificador deste atraso é de ordem cultural. Trata-se, portanto, da herança que recebida do Estado Novo e, embora exista vontade de mudar, “o peso da idéia de sistema sindical que acompanha a nossa história é muito forte e dela não conseguimos ainda nos afastar”. Interesses de ordem financeira, particularmente em relação à maioria dos atuais dirigentes sindicais, também constituem forte embargo à reforma e aos avanços, embargos que são complementados pela sede de poder de certos grupos. Antonio Carlos Felix Nunes (1979, p. 15), no seu livro “Além da greve”, nos traz uma interessante reflexão sobre o assunto, a saber:

[...] a organização sindical deixada por Getúlio reveste-se de um poder extraordinário para moldar o sindicalista aos desígnios do sistema político. Ao sentar-se à cadeira de diretor pela primeira vez, ao familiarizar-se com o mecanismo burocrático, ao começar a mexer num volume surpreendente de dinheiro — para ele, naturalmente, que antes era um simples trabalhador — o sindicalista em potencial se transmuda. A metamorfose de pensamento se dá

naturalmente, e o antes idealista e ardoroso lutador pelas reivindicações de sua classe passa enxergar — e agir — em nível do aparelho estatal. Como se deste o sindicato fosse extensão pura e simples.

O modelo sindical brasileiro favoreceu o surgimento de muitos vícios, difíceis de serem combatidos, notadamente se se pretender combatê-los por meio de negociação com os próprios viciados, precisando, portanto, de decisão político-legislativa para reformular o sistema sindical brasileiro ao arpejo das ideologias corporativas. Por mais que este pensamento possa parecer, à primeira vista, antidemocrático, ele visa justamente à democracia.

Como visto, as normas que dispõem sobre as relações coletivas de trabalho têm sua origem no regime do Estado Novo, fruto das elaborações de Oliveira Vianna, influenciadas pela política praticada pela Itália fascista. Passada a era Vargas, e já na vigência da quarta Constituição após aquele regime ditatorial, a estrutura sindical brasileira permanece com as mesmas características, presa às amarras estatais do passado, “como se o Brasil fosse o país de eleição do regime fascista” (ROMITA, 2001, p. 34).

De forma ainda mais enfática, Arion Sayão Romita (2001, p. 54) destaca a incrível influência da *Carta del Lavoro* nos normativos trabalhistas e sindicais brasileiros, *in verbis*:

As idéias corporativistas encontram seu mais alto grau de expressão na Carta outorgada de 10 de novembro de 1937, cujo artigo 138 constitui transcrição quase *ipsis verbis* da declaração II da *Carta del Lavoro*: ‘A organização profissional ou sindical é livre. Somente, porém, o sindicato regularmente reconhecido pelo Estado tem o direito de representação legal dos que participem da categoria de produção para que foi constituído, e de defender-lhes os direitos perante o Estado e as outras associações

profissionais, estipular contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os seus associados. Importe-lhes contribuições e exercer em relação a eles funções delegadas de poder público’.

Amauri Mascaro Nascimento (2008, p. 332-333) tece importantes considerações acerca das influências nos normativos trabalhistas e sindicais brasileiros. Lembra-se que os Decretos 979, de 1903 (sindicalismo rural), e 1.637, de 1907 (sindicalismo urbano), bem como o anarcossindicalismo, que, embora tenha conseguido ecoar no Brasil, foi abafado por Governo Vargas, somente têm valor histórico, não tendo conseguido influenciar o sindicalismo pátrio, ficando esta tarefa por conta do Estado Novo, que, por sua vez, foi inspirado no fascismo italiano, a saber:

No Estado Novo é a fonte que implantou as raízes que fizeram crescer a árvore sindical que temos. Esse é o começo do processo das nossas entidades sindicais. É a nossa herança genética sindical. Ai está até os nossos dias.

Oliveira Viana via o Ministro do Trabalho como guarda-chuva a abrigar os sindicatos. E assim se fez. Com toda a munção coerente com o lema da época: tudo dentro do Estado, nada fora do Estado, nada contra o Estado.

Essas são as fontes do:

- enquadramento sindical por categorias criadas pelo estado;
- o sistema confederativo;
- a proibição das Centrais Sindicais;
- a carta de reconhecimento sindical;
- o estudo padrão;
- imposto sindical;
- intervenção do Governo nos sindicatos;
- convenções coletivas por categorias;
- o efeito *erga omnes* das cláusulas convencionadas na categoria;

- a proibição da greve;
 - unicidade sindical;
 - a expulsão dos estrangeiros *anarco-sindicalistas* e assim por diante.
- É o produto da Revolução de 1930 consolidado no continuísmo da CLT.

No mesmo diapasão, mas de forma ainda mais contundente, Arion Sayão Romita (2007, p. 667) afirma que a organização sindical brasileira ainda reflete a política do Estado Novo, que por sua vez sofreu forte influência do regime fascista de Mussolini, conforme se pode depreender pela transcrição abaixo:

Infelizmente, no Brasil, a organização sindical ainda não assimilou os princípios da democracia, pois ainda respira os ares soprados pelo Estado Novo de Getúlio Vargas. As mazelas que infelicitam a organização sindical brasileira são creditadas, sem dúvida, aos vícios de origem que a contaminaram desde 1939, sem embargo do progresso introduzido pela Constituição de 1988.

Complementando a ideia de Amauri Mascaro Nascimento quanto à herança dos institutos de direito sindical oriunda do Estado Novo, Arion Sayão Romita (2007, p. 667) entende que a Constituição de 1988 trouxe três avanços principais: “1º) autonomia sindical (art. 8º, I); 2º) ênfase na negociação coletiva (art. 8º, diversos incisos; e art. 114, § 1º); e 3º) regulação atualizada e democrática do direito de greve (art. 9º)”.

Todavia, o supracitado doutrinador entende que a Carta Política de 1988 não solucionou completamente o problema do intervencionismo estatal nas relações coletivas de trabalho, deixando subsistir institutos que deveriam ter sido suprimidos: “Entretanto, conservou três institutos de origem fascista, provenientes do Estado Novo: 1º – a unicidade sindical (art. 8º, II); 2º – a sindicalização

por categoria (art. 8º, diversos incisos); 3º – a contribuição sindical compulsória (art. 8º, IV)” (ROMITA, 2007, p. 668).

No entendimento de Arnaldo Süssekind (2004, p. 364), o *caput* do art. 8º da CFB/1988, ao afirmar que “é livre a associação profissional ou sindical”, está cometendo uma terrível impropriedade, haja vista que os incisos II e IV do mesmo art. 8º da Carta Magna de 1988, na opinião do referido autor:

[...] é uma afronta ao princípio universalizado de liberdade sindical, visto que impõe a unicidade sindical compulsória por categoria e autoriza contribuições obrigatórias em favor das associações que formam o sistema confederativo de representação sindical.

No mesmo diapasão, Arion Sayão Romita (2001, p. 56) afirma que “a liberdade sindical representa um tópico desconhecido do Direito do Trabalho no Brasil, o que tem impedido a ratificação da Convenção nº 87 da Organização Internacional do Trabalho”. Entende-se que essa irresponsabilidade do Estado tem um alto custo para a sociedade brasileira, em proveito de alguns poucos grupos e outros inescrupulosos individuais.

José Cláudio Monteiro de Brito Filho (2009, p. 82) afirma que a liberdade sindical coletiva não foi contemplada na nova Constituição Federal, eis que manteve a rígida estrutura corporativista. Nas palavras do autor: “As restrições à liberdade sindical coletiva de organização são, basicamente, quatro, [...]: unicidade sindical, base territorial mínima, sindicalização por categoria e sistema confederativo da organização sindical”. Estes institutos, pelas suas importâncias, mais adiante serão individualmente examinados.

Ora, unicidade sindical, sindicalização por categoria e contribuição sindical compulsória são características de um modelo sindical diametralmente oposto ao modelo de liberdade sindical.

Em outras palavras, o art. 8º da CFB/1988 recepcionou boa parte dos dispositivos contrários à liberdade sindical, paradoxalmente defendida com alarde na mesma Carta Política. Arion Sayão Romita (2001, p. 54) assim se manifesta acerca deste assunto:

O artigo 8º da Constituição de 1988 recepcionou quase todos os dispositivos de índole corporativa oriundos do Estado Novo, estando revogados apenas os incompatíveis com o princípio da autonomia sindical consagrado pelo inciso I do mencionado artigo 8º.

Corroborando com este pensamento, Arnaldo Sússekind (2004, p. 364) afirma que:

A Assembléia Constituinte brasileira de 1988, apesar de ter cantado em prosa e verso que asseguraria a liberdade sindical, na verdade a violou, seja ao impedir o monopólio de representação sindical e impedir a representação sindical conforme a vontade do grupo de trabalhadores ou de empresários, seja ao obrigar os não-associados a contribuir para a associação representativa de sua categoria. A autonomia sindical — esta sim — foi explicitamente assegurada no inciso I do art. 8º [...].

Com este posicionamento ambíguo, a Constituição tentou fazer o que Amauri Mascaro Nascimento chamou de “milagre”, e milagre não é assunto para ser disciplinado pelo sistema jurídico.

Coadunando com esse pensamento, José Cláudio Monteiro de Brito Filho (2009, p. 65), ao se referir ao pensamento de Ary Brandão, assim preleciona: “[...] a unicidade sindical é fruto da aceitação, pelos Constituintes, de apelos de dirigentes sindicais de empregados e empregadores”. De tal forma que a redação final do art. 8º da Constituição findou não sendo a mais adequada.

Obviamente este sistema não poderia dar certo, revelando-se, com o tempo, contraproducente e favorável ao fisiologismo e à sobrevivência dos tradicionais pelegos, que são justamente aqueles sindicalistas que estão mais a serviço do patronato do que dos seus próprios representados, ou seja, estão mais preocupados em desfrutar de vantagens e privilégios pessoais e enriquecer do que em conquistar vantagens para a categoria que representam.

No entendimento de Amauri Mascaro Nascimento (2008), os próprios sindicatos, ou melhor, os dirigentes sindicais adeptos do sistema corporativo — alguns muito familiarizados com a corrupção — se constituem nas principais barreiras à modernização do sistema sindical brasileiro.

Maria Hermínia Tavares de Almeida (*apud* BRITO FILHO, 2009, p. 65) assim traduziu o comportamento das entidades sindicais, que a rigor esperava-se que defendessem a reforma sindical, a saber: “[...] a reforma sindical não era demanda prioritária do movimento sindical que, em grande parte, tinha interesse na manutenção da estrutura existente, ressalva feita à CUT, que defendia o pluralismo, mas, ainda assim, segundo a autora, sem grande empenho”.

A autora também criticou a atuação partidária, notadamente daqueles partidos políticos que sempre se colocam como fiéis defensores das minorias e da classe trabalhadora, como PCB, PC do B e PDT, que votaram unanimemente a favor da unicidade sindical. Quanto ao PT, outro partido político que engrossa o discurso da “esquerda”, apresentou um único voto contra e todo o resto da sua bancada se absteve de votar (BRITO FILHO, 2009, p. 65).

Enquanto os poderes constituídos não se manifestam pela mudança ou simplesmente silenciam, o país fica carente de normativos modernos que disciplinem as relações sindicais, haja vista que as normas existentes, tanto as constantes da Constituição como da CLT, são anacrônicas, antidemocráticas e logicamente incompatí-

veis com a nova ordem constitucional. Assim pensa Arion Sayão Romita (2001, p. 101), *in verbis*:

Hoje, o Brasil é um Estado democrático de direito, como se lê no artigo 1º da Constituição de 5 de outubro de 1988. Toda a estrutura do Direito Coletivo do Trabalho foi implantada à luz de uma filosofia política e em um estágio de evolução social, econômica e cultural completamente diferente daquele que vivemos hoje. Não é possível que o Brasil permaneça atado aos fantasmas do Estado Novo.

O que se pode depreender, a partir do acima exposto, é que a Assembleia Nacional Constituinte de 1988 teve uma extraordinária oportunidade de promover as reformas necessárias, no sentido de contemplar a liberdade sindical, mas, por razões contrárias ao interesse nacional, não o fez. Não obstante alguns avanços promovidos, paradoxalmente permitiu a inserção no texto constitucional de alguns dispositivos retrógrados, elevou ao *status* de norma constitucional temas que poderiam ser objeto de lei ordinária, assim como se omitiu em relação ao disciplinamento de questões importantes.

A Constituição Federal de 1988 ao tentar compatibilizar liberdade sindical com unicidade sindical, sindicalização por categoria e imposto sindical (contribuição sindical compulsória), criou um sistema contraditório com institutos incompatíveis, ou seja, uma terrível confusão jurídica.

A partir do que já foi estudado neste trabalho, facilmente se pode depreender que a Constituição Federal, assim como a CLT, é em parte incompatível com o princípio da liberdade sindical, o que fere a democracia, não obstante a Carta Política de 1988 afirmar que se vive em um Estado democrático de direito e que existe liberdade sindical, o que não é verdade.

Portanto, urge uma boa reforma dos normativos sindicais brasileiros, à luz da nova ordem constitucional, incluindo as alterações do art. 8º da CF de 1988 e de todos os dispositivos legais infraconstitucionais em contrário, a exemplo do que fizeram outros países que — como Itália, Espanha e Portugal — adotaram um regime sindical do tipo corporativista e, posteriormente, o abandonaram, ratificando a Convenção nº 87 da Organização Internacional do Trabalho — OIT e editando normativos modernos, relativamente ao tema.

2. ANÁLISE DO ART. 8º DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 – O QUE PRECISA MUDAR

É indiscutível que a Carta Magna de 1988 trouxe muitos avanços em matéria de Direito Coletivo do Trabalho, sendo o primeiro diploma que empreendeu mudanças significativas nesta temática, desde aquelas promovidas no período compreendido entre 1930 e 1945. Todavia, ao tempo em que avançou, a Carta Magna também passou a existir como instrumento assecuratório da continuidade do velho modelo (DELGADO, 2010, p. 1.268).

Tecendo críticas acerca da proposta de reforma sindical formulada pelo Fórum Nacional do Trabalho, Amauri Mascaro Nascimento (2008, p. 142) ressalta o caráter conservador da Constituição no tocante à preservação de diversas características próprias do modelo intervencionista sindical, ao ponderar que “a reforma sindical não poderia ser implementada sem uma precedente ou concomitante reforma da Constituição, da qual em diversos pontos se afastava, o que contribuiu, ao lado de outros fatores, para o seu insucesso”.

Como se afirma no decorrer do presente trabalho, determinados institutos jurídicos subsistentes no Direito brasileiro são incompatíveis com a liberdade e com a modernização sindical, nos

moldes propostos pela Organização Internacional do Trabalho – OIT e de acordo com a nova ordem Constitucional. Paradoxalmente tais institutos foram mantidos no nosso sistema jurídico, pior, agora com índole constitucional. Ou seja, em vez de serem extirpados do nosso ordenamento, foram fortalecidos e até promovidos.

No entendimento de Arion Sayão Romita (2003, p. 8), seria necessário eliminar a unicidade sindical, a estrutura piramidal da organização sindical (sistema confederativo), o critério de sindicalização por categoria e a contribuição sindical compulsória. Nada mais adequado e justo, mas para isto a mudança da Constituição, sobretudo dos Incisos II, III e IV do art. 8º, é indispensável.

2.1 A efetividade do inciso V do art. 8º da CFB/1988

Começemos nosso estudo mais aprofundado do art. 8º da Constituição pelo seu inciso V, um dos mais controvertidos, sobretudo porque afirma falsamente que há liberdade sindical no Brasil, onde, de fato, efetivamente não há.

Arion Sayão Romita, ao referir-se à liberdade sindical preconizada pela Convenção nº 87 da OIT, aduz que somente quanto a dois fundamentos o sistema jurídico brasileiro é favorável à liberdade sindical, *in verbis*:

[...] a liberdade sindical no Brasil restringe-se aos seguintes aspectos: a) liberdade individual de filiar-se ou não a sindicato (Constituição, art. 8º, V); b) autonomia sindical, no sentido de ser vedada a interferência e a intervenção do Poder Público na organização sindical – art. 8º, I. Todos os demais aspectos da liberdade sindical são negados pela Constituição da República que, assim, mente, ao asseverar no Art. 8º que é livre a associação profissional ou sindical (ROMITA, 2003, p. 7).

No tocante ao primeiro aspecto ressaltado pelo autor, há de se reconhecer que a liberdade de filiação e desfiliação, assegurada pelo art. 8º, V, não é de utilidade plena, haja vista não haver alternativa de filiação a outra entidade, em virtude da proibição constitucional consistente na regra da unicidade sindical. Ou seja, o trabalhador é livre para filiar-se e desfiliar-se desde que seja a um único sindicato existente. Francamente, se isso é liberdade, imagine a prisão. Neste diapasão, veja-se como se manifestou José Cláudio Monteiro de Brito Filho (2009, p. 94):

Aparentemente, a liberdade sindical individual foi consagrada.

Isto porque, é evidente, ainda restaram algumas restrições que, pelo menos de forma indireta, acabam por interferir nesta liberdade.

Observe-se em primeiro lugar que, com a unicidade sindical, a liberdade de escolha de trabalhadores e empregadores, na hora de optar pelo aspecto positivo desta liberdade, a filiação, é totalmente reduzida, pois se limita ao ingresso no único sindicato existente.

Tal leva *Eduardo Gabriel Saad*, até, a dizer que a liberdade sindical individual não é tão importante. (grifo original).

Complementarmente, ainda na esteira das restrições à plena liberdade sindical, o inciso VI do art. 8º, da CFB/1988, estabelece que “é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho”, de tal forma que o empregado ou empregador poderá até não se associar a sindicato, mas inevitavelmente será alcançado pelos efeitos do que for negociado pela respectiva entidade sindical. Corroborando com este pensamento, José Cláudio Monteiro de Brito Filho (2009, p. 141) assim se manifestou:

No Brasil, por força do art. 8º, VI, da Constituição Federal, a função negocial é prerrogativa exclusiva dos sindicatos, salvo quando a categoria estiver inorganizada, quando atuará a federação e, na falta desta, a confederação.

Esta restrição à liberdade de exercício das funções, a propósito, é inibidora da atuação das entidades sindicais de grau superior e das centrais sindicais, bem como de outros grupos, como as comissões de empresa.

Ary Brandão de Oliveira (*apud* BRITO FILHO, 2009, p. 141) conclui que:

‘Mesmo reconhecendo a negociação coletiva, mantém-se o monopólio dos sindicatos, cuja presença é obrigatória em qualquer negociação de interesses coletivos. Ora, nas legislações mais modernas também as comissões de trabalhadores são partes legítimas para atuar na negociação coletiva, isto porque o interesse coletivo não se radica apenas no sindicato’.

O entendimento acerca da liberdade negativa prevista no inciso V do art. 8º da CFB/1988 é pacífico. Tal liberdade também encontra ancoradouro no inciso XX do art. 5º da Carta Magna de 1988. Todavia, ao se estudar o aspecto positivo da liberdade previsto no inciso V do art. 8º, conjuntamente com os incisos II, III e IV do mesmo artigo, encontram-se barreiras intransponíveis à sua plena efetividade, haja vista o estabelecimento expresso da sindicalização por categoria e da unicidade sindical. Segundo Amauri Mascaro Nascimento (2008, p. 184-185), “o trabalhador não tem, diante da unicidade sindical imposta por lei, liberdade de escolha de sindicatos, porque o que lhe é garantido é apenas o direito de ingressar ou de se dissociar do sindicato”. O problema está justamente na falta de opção; se o sindicato é único, afinal que liberdade

é essa? “O sindicato perante o qual ele terá essa liberdade é apenas um, o único possível para ele, o sindicato da categoria”.

Entende-se, portanto, que a liberdade preconizada no inciso V do art. 8º da Constituição Federal de 1988 é de pouca ou nenhuma serventia.

Os incisos II e IV restringem enquanto o inciso V libera. Todos estes regramentos compoem o mesmo artigo, cujo *caput* traz a afirmação inicial de que é livre a associação profissional ou sindical. Ora, isto é um paradoxo. Amauri Mascaro Nascimento (2007, p. 648) afirma que a Carta Política de 1988 tentou fazer aquilo que chamou de “milagre”, consistente em adotar o princípio da liberdade sindical dentro de um sistema onde convivem: a unicidade sindical, a sindicalização por categoria, a estrutura piramidal, o imposto sindical, além de atribuir aos sindicatos a tarefa de defender os interesses e direitos da categoria e dos seus membros. Segundo Amauri Mascaro Nascimento (2007, p. 648), “[...] uma coisa não pode ser e não ser ao mesmo tempo”.

O que se pode depreender a partir dos conceitos e estudos acima é que, seja qual for o ângulo pelo qual se analise esta questão, esbarra-se em restrições à liberdade sindical criadas pela própria Constituição. Conclui-se que no Brasil não há liberdade sindical.

2.2 A unicidade sindical

Inicialmente cumpre tentar explicar, no que consiste à unicidade sindical, quais suas principais características e a qual modelo se opõe, para que se possa entendê-la e melhor destilar as argumentações em contrário.

Entre muitas definições existentes, todas elas convergentes, adota-se a elaborada por José Cláudio Monteiro de Brito Filho (2009, p. 82): “unicidade sindical é a possibilidade de existência de

uma única entidade sindical, representativa do mesmo grupo, em determinada base física, por imposição estatal”.

Consoante o conceito acima revelado, depreende-se facilmente quais são as características da unicidade sindical, quais sejam: a representação de determinado grupo, laboral ou econômico, por uma única entidade sindical; dentro de determinada região geográfica; e imposta pelo Estado. É exatamente o caso do Brasil.

A esse modelo se opõe o pluralismo sindical, consistente na possibilidade da livre criação de sindicatos, podendo haver um ou mais sindicatos representando determinado grupo, nas bases geográficas que lhes aprouver e, principalmente, sem ingerência do Estado.

A partir de um regime de pluralidade sindical, pode-se chegar a um modelo de unicidade de ação, em data base, compreendendo certo período. Deste modo, só um sindicato, fortalecido pelos demais, representaria os trabalhadores de determinado grupo. Este modelo é adotado nos Estados Unidos da América, onde os sindicatos são constituídos por empresa e não por categoria, tendo em vista que naquele país não há o princípio do paralelismo, não existe organização sindical patronal, porque organização sindical patronal é considerado cartel pelas leis americanas, e cartel é crime.

Entende-se que a unicidade sindical, nos moldes praticados no Brasil, constitui-se num verdadeiro atraso dos normativos que disciplinam o Direito Coletivo do Trabalho.

2.2.1 Unicidade sindical *versus* unidade sindical

A unicidade sindical praticada no Brasil foi imposta pelo Estado, o que sem dúvida fere o princípio da liberdade sindical, eis que a titularidade da escolha pela exclusividade de representação não é dos grupos representados. A unidade sindical, por seu turno, se traduz num sindicalismo de resultado, pela aplicação da sinergia

resultante da união de múltiplos segmentos da classe trabalhadora. Não obstante a lei permitir o pluralismo sindical, os próprios representados, autonomamente, decidem pela unidade, como forma de fortalecer as trincheiras da classe laboral e com isso conseguir melhores resultados.

Luiz Alberto Matos dos Santos (2009, p. 77), fazendo um contraponto entre os modelos de unicidade e de unidade sindical, entende que o primeiro está em desacordo, mas o segundo está em conformidade com o princípio da liberdade sindical, a saber:

Nessa diferenciação entre um sistema de unicidade (por lei) e unidade (por vontade), emerge a observação de que a segunda não contraria o princípio da liberdade sindical, já que são os interessados que, voluntariamente, decidem pela sua adoção. Quando vinculada a um sistema de sindicalização livre, a unidade sindical mostra-se perfeitamente compatível com a liberdade sindical de que trata a Convenção n. 87 da Organização Internacional do Trabalho. A Alemanha, Inglaterra e Suécia são exemplos de países onde o sistema sindical é o da unidade.

Entende-se, portanto, que inicialmente se deve partir para a pluralidade e deixar que os próprios indivíduos representados, se assim o quiserem, livremente busquem a unidade, nos moldes do sindicalismo desenvolvido na Alemanha, na Inglaterra e na Suécia. Para Amauri Mascaro Nascimento (2008, p. 218-219), a “unidade sindical é o sistema no qual os sindicatos se unem não por imposição legal, mas em decorrência da própria opção. Diferem unicidade (por lei) e unidade (por vontade). A unidade não contraria o princípio da liberdade sindical”.

Arnaldo Süssekind (2004, p. 372), assumindo que já defendeu o monopólio da representação sindical, no entanto, justifica que o fez porque à época não havia espírito sindical e o fracionamento

dos sindicatos os enfraqueceriam. Entretanto, com pensamento diferente, à luz do momento vivido, assim se manifestou: “defendemos a liberdade de constituição de sindicatos, embora reconhecendo que o ideal seja a unidade de representação decorrente da conscientização dos grupos de trabalhadores ou de empresários interligados por uma atividade comum”. Dessa forma, Sússekind entende que a unidade sindical, desde que por opção dos trabalhadores, é o melhor sistema de representação, entendendo, outrossim, que no momento, será preciso adotar a pluralidade sindical, para que, com a maturidade do sistema, os próprios grupos busquem a unidade.

2.3 Base territorial mínima

Entende-se por base territorial mínima o espaço no qual a entidade sindical pode exercer sua representação, em decorrência da regra da unicidade sindical.

Consoante preleciona Amauri Mascaro Nascimento (2008), antes da Constituição Federal de 1988, a base territorial era definida pela Consolidação das Leis do Trabalho, art. 517, que facultava a possibilidade de se criar sindicatos distritais, municipais, intermunicipais, estaduais, interestaduais e, excepcionalmente, nacionais. O § 1º do art. 517 da norma consolidada atribuía ao Ministério do Trabalho o poder de delimitar essas bases territoriais.

A Constituição Federal de 1988 alterou essa configuração. O Estado não mais define a base territorial, visto que esta tarefa foi repassada para os próprios trabalhadores e empregadores interessados. Entretanto, a base mínima que correspondia ao distrito foi ampliada para o município.

Coadunando com este pensamento, José Cláudio Monteiro de Brito Filho (2009) entende que legislador constituinte promoveu um avanço e um retrocesso. O avanço se constituiu na retirada do

poder estatal de definição da base territorial mínima. O retrocesso, por sua vez, consistiu na ampliação da base, de distrital para municipal, postura que seria impensável se houvesse uma interpretação conforme a nova ordem constitucional.

2.4 A sindicalização por categoria

Do art. 511 da CLT, extrai-se a regra para a sindicalização:

[...] é lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos, ou profissionais liberais, exerçam respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas.

O art. 570 complementa a normativa legal ao determinar que:

[...] os sindicatos constituir-se-ão, normalmente, por categorias econômicas ou profissionais específicas, na conformidade da discriminação do quadro das atividades e profissões a que se refere o art. 577, ou segundo as subdivisões que, sob proposta da Comissão de Enquadramento Sindical, de que trata o art. 576, forem criadas pelo Ministério do Trabalho.

Assim, entende-se que a sindicalização por categoria é a que resulta da identificação do grupo social formado por indivíduos que exercem atividades profissionais ou econômicas idênticas, similares ou conexas, reunidos pela identidade e semelhança de padrões de vida decorrentes desse mesmo exercício de profissão ou atividade econômica, e que por este motivo convergem para um mesmo interesse coletivo.

Para José Cláudio Monteiro de Brito Filho (2009, p. 88-89),

a sindicalização, consistente na união de pessoas em sindicato, pode ocorrer de duas formas: homogênea e heterogênea. O doutrinador afirma que “na primeira, existem traços comuns, de profissão ou atividade, que conduzem à união, quando então, temos a sindicalização por categoria. Na segunda, a união é totalmente livre, surgindo por critérios de total conveniência”. O autor entende que categoria deve ser definida “como o conjunto de pessoas que, por força de seu trabalho ou de sua atividade, possuem interesses comuns, formando um vínculo social básico”. Portanto, a sindicalização por categoria é necessária, obrigatória, o que se constitui numa afronta à liberdade sindical.

Arion Sayão Romita (2007, p. 673), ao referir-se à impossibilidade da existência e funcionamento de sindicato de trabalhadores por empresa, afirma que esta vedação não decorre da unicidade sindical nem da base territorial mínima, como muitos afirmam, mas sim da sindicalização por categoria. Dita regra está prevista na Constituição Federal de 1988 no art. 8º, III e IV, assim como na CLT.

Portanto, a regra é a sindicalização por categoria. No entanto, há uma exceção no direito brasileiro, que é a previsão da sindicalização por profissão no que se refere às categorias profissionais diferenciadas, nos termos do § 3º do art. 511 da CLT.

Conjuntamente com a unicidade sindical e a definição da base territorial mínima, a sindicalização por categoria forma o tripé que impede a adoção do princípio da liberdade sindical pelo ordenamento jurídico brasileiro.

2.5 O sistema confederativo (estrutura piramidal)

O sistema confederativo vigora no Brasil desde 1931, pelo advento do Decreto nº 19.770/1931. Octávio Bueno Magano (1990, p. 46-47) ensina que:

[...] três sindicatos pudessem formar uma federação

e que cinco federações fossem aptas a constituir uma confederação. A lei vigente inverteu essa regra, exigindo cinco sindicatos para formar uma federação e três federações para constituir uma confederação.

A lei vigente a que se referiu Magano foi a CLT, do art. 533 ao art. 535. Todavia, no entendimento de José Carlos Arouca (2009), os referidos artigos da norma consolidada foram prejudicados pelo advento do art. 8º da Carta Magna. Contudo, o sistema confederativo foi salvaguardado nos termos do inciso IV do art. 8º da Constituição Federal de 1988, cujo teor é o seguinte: “a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontado em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei”. Não obstante o supramencionado inciso conter previsão sobre a contribuição confederativa, deixa clara, também, a manutenção do sistema confederativo, bem como salvaguarda a contribuição sindical.

O que se conclui é que a estrutura piramidal foi preservada na organização sindical brasileira. Inexiste, portanto, liberdade para vinculação entre sindicatos e entidades superiores, como preceitua o art. 5º da Convenção nº 87 da OIT, a saber:

As organizações de trabalhadores e de entidades patronais têm o direito de constituírem federações e confederações, assim como o de nelas se filiarem; e as organizações, federações ou confederações têm o direito de se filiarem em organizações internacionais de trabalhadores e de entidades patronais.

José Cláudio Monteiro de Brito Filho (2009, p. 99), em ampla explicação sobre liberdade sindical, assim asseverou:

Não que a liberdade sindical, [...] seja a de poder

formar e/ou aderir a federações, a confederações e, até, a centrais sindicais. Não, a liberdade é mais do que isto. É poderem trabalhadores, em sentido amplo, e empregadores decidir como será a sua forma de organização sindical, e se haverá, ou não, estrutura que interligue as diversas entidades existentes.

Portanto, é de clareza meridiana que o sistema confederativo é contrário à liberdade sindical e deveria ter sido extraído do sistema brasileiro por ocasião da Assembleia Nacional Constituinte de 1988.

2.6 Contribuição sindical obrigatória (imposto sindical)

A principal fonte de receita dos sindicatos é constituída das contribuições dos associados e não associados. Tais contribuições são quatro: a contribuição social (mensalidade dos sócios); a contribuição assistencial sindical; a contribuição confederativa; e a contribuição sindical obrigatória.

A contribuição sindical obrigatória é um dos grandes entraves, se não o maior, à adoção do princípio da liberdade sindical no Brasil. É também a fonte de receita que sustenta o sistema sindical que mais recebe críticas de quase todos os lados da doutrina especializada. É ainda um dos resquícios que ligam os sindicatos ao Estado, em virtude de parte das receitas das referidas contribuições ser destinada a uma conta especial gerida pelo Estado.

Maurício Godinho Delgado (2008, p. 91), referindo-se às fontes de receitas dos sindicatos, traz importantes considerações que se deve analisar:

A contribuição sindical obrigatória é a mais controvertida, do ponto de vista político-ideológico, dessas receitas. Prevista na ordem jurídica desde a implantação do tradicional sistema sindical

corporativista, há várias décadas, inicialmente sob a denominação de imposto sindical, foi, tempos depois, rebatizada com epíteto mais eufemístico, ainda hoje prevalecente. Encontra-se regulada de modo minucioso pela CLT (arts. 578 a 610).

Esta famigerada receita do sistema sindical, recolhida uma vez por ano, atinge os trabalhadores empregados, sindicalizados ou não, os profissionais liberais e inclusive o empregador. Exceção feita a alguns trabalhadores, nos termos do art. 585 da CLT, assim como em outros normativos esparsos, como é o caso do advogado empregado que, estando quite com a OAB, não precisa sofrer o desconto em folha, consoante previsão no art. 47 da Lei nº 8.906 de 1994.

Segundo o autor supracitado, a contribuição sindical obrigatória “tem indisfarçável matiz *parafiscal*. Com isso, atrai acerbadadas críticas quanto à agressão que propiciaria aos princípios da liberdade associativa e da autonomia dos sindicatos” (DELGADO, 2008, p. 91).

Octávio Bueno Magano (1990) entende que o atual critério de repartição da receita resultante da contribuição sindical obrigatória é incompatível com a Constituição Federal de 1988. O autor entende ser necessário o estabelecimento de novo critério, de modo que o Estado não participe do recebimento da receita.

José Cláudio Monteiro de Brito Filho (2009, p. 129), severo crítico da contribuição sindical obrigatória, explicando a destinação dessa receita, assim se manifesta:

Destina-se ao custeio de todo o sistema confederativo — por isso é repartida entre sindicato, federação e confederação, além de haver previsão de destinação de parte dela ao Estado e agora, com a Lei 11.648/08, às centrais sindicais —, sendo criação da Constituição de 1937 e própria do corporativismo e da noção de que o sindicato exerce funções delegadas do Estado.

Com o advento da Lei nº 11.648 de 2008, deduz-se clara-

mente que não são apenas os sindicatos corporativos, o Estado também é muito interessado na contribuição sindical obrigatória. Quando reconheceu as centrais sindicais, por meio da lei supracitada, concedeu às centrais somente 10%, mantendo para si os outros 10%, dos 20% da receita que lhe eram destinados antes.

Arion Sayão Romita (2001, p. 75) explica a origem, ao tempo em que tece forte crítica à contribuição sindical obrigatória, remetendo-a à Declaração II da *Carta del Lavoro*, que outorgava ao sindicato fascista a faculdade de arrecadar contribuições. Romita afirma que o imposto sindical foi o “embrião das finanças corporativas”, “baseadas na atribuição de funções tributárias às corporações e aos sindicatos”.

Para o autor, a contribuição sindical compulsória, que é própria do regime corporativo, somente existiu na Itália fascista e no Brasil. No caso brasileiro subsiste até hoje. Nem os regimes corporativistas dos ditadores Franco, na Espanha, e Salazar, em Portugal, nem mesmo a *charte du Travail* francesa, segundo o autor, “conheceram esta famigerada ‘contribuição’”. De forma contundente arremata Romita (2001, p. 75-78): “O Brasil é, assim, o único país no mundo cujo ordenamento contempla este verdadeiro atentado à liberdade sindical, que é o instituto da contribuição sindical compulsória”. Neste ponto parece que o atraso fixou morada aqui.

A contribuição sindical, como visto, é nefasta para a modernização das relações sindicais no Brasil, sendo a causa principal do comodismo dos sindicatos, da subsistência dos sindicatos de gaveta e de carimbo, bem como dos sindicalistas pelegos. Entretanto, quando se fala em acabar com a contribuição sindical compulsória os pelegos acomodados, que nunca lutam pelos interesses da classe, levantam-se em bloco na defesa dos seus interesses, dizem que isso acabaria com os sindicatos. Acerca deste assunto, o negociador trabalhista Edmir de Freitas Garcez (2007,

p. 126) assim se manifestou:

[...] a maioria dos sindicatos que não tem qualquer representatividade recebe dinheiro de ‘mão beijada’ [...] não tem nenhum interesse em mudança [...] alegando simplesmente que, se a contribuição sindical compulsória for eliminada, eles desaparecerão. Mas que ótimo que desapareçam, afinal, só servem para arrecadar o dinheiro do trabalhador, sem nada dar em troca, em termos da essência da existência do sindicato. [...] com o desaparecimento dos ‘sindicatos de papel, de carimbo’ e a manutenção e fortalecimento dos atuais sindicatos representativos. Assim, com certeza, rompe-se uma parte importante da ‘maldição do corporativismo ultra pelego’ surgindo novos sindicatos realmente representativos, comprometidos com os trabalhadores.

O autor supracitado afirma que “assim funciona no modelo ‘getulista’”, ou seja, os sindicatos recebem muito dinheiro sem precisar fazer nada pela classe que representam (representação somente de direito, sem representação de fato), por conseguinte não têm interesse em buscar associados, porque poderiam fazer-lhes concorrência, tampouco desejam mobilizar a categoria na luta por conquistas para os representados.

Ainda segundo o mesmo autor, em números do ano de 2007, os sindicatos recebem, sem nenhum esforço para isso, mais de um bilhão de reais por ano. Eis a principal razão de no Brasil, com algumas exceções, somente haver representação de direito e não de fato, justamente o contrário do que ocorre nos países desenvolvidos, onde as relações sindicais são bem mais evoluídas e funcionam em favor da sociedade e não somente de alguns poucos beneficiários, desonestos, corruptores e corruptos (GARCEZ, 2007, p. 124-125). Não há dúvida de que isto precisa mudar.

3. REPRESENTAÇÃO DOS TRABALHADORES NAS EM-

PRESAS

A legislação brasileira estabeleceu o princípio do paralelismo, por meio do qual para cada organização sindical laboral existe uma organização sindical patronal correspondente, com raras exceções, organizadas por identidade, afinidade ou conexão do ramo de atividade das empresas, obedecendo-se o limite territorial de abrangência não inferior a um município, conforme previsto no art. 8º, II, III e IV da Constituição Federal de 1988. Trata-se da representação por sindicato único e por categoria, tanto para os trabalhadores quanto para os empregadores.

O fato é que, para as empresas, a organização sindical por categoria é muito conveniente, ao passo que é muito ruim para a classe trabalhadora, sobretudo em virtude das fragilidades, desinteresse e corrupção da maioria dos sindicatos dos trabalhadores, assunto já estudado, os quais são incapazes de fazer frente à organização patronal, dado seu poderio jurídico e econômico.

É obvio que entre as empresas também existem diferenças quanto ao poder econômico de cada uma que compõe a categoria. A organização sindical patronal, estrategicamente, faz o nivelamento por baixo, por ocasião das negociações para concessão de vantagens aos trabalhadores, alegando que maiores vantagens não podem ser concedidas sob pena de sacrificar as empresas menores ou que eventualmente estejam em dificuldades financeiras. De tal sorte que, por estas e outras razões, melhor seria que as negociações fossem realizadas por empresa, ajustando-se o acordo à realidade de cada uma, assim como ocorre em outros países, exitosamente.

Edmir de Freitas Garcez (2007, p. 126-127), um dos mais notáveis e experientes negociadores trabalhistas do Brasil, tece importantes considerações acerca do tema, senão vejamos:

A negociação centralizada interessava e, ainda hoje,

interessa muito mais às empresas e aos sindicatos dos trabalhadores inexpressivos, que aos trabalhadores. Por isso, o sindicato patronal se bate para não ter a negociação fora da estrutura clássica, centralizada. [...] mantém rígido controle sobre a centralização do sistema de negociação, diferentemente do sindicalismo nos EUA, onde o sindicato negocia diretamente com as empresas.

A doutrina especializada, com algumas poucas vozes em contrário — notadamente daqueles vinculados ao atual sistema, defende a negociação por empresa, pois sem dúvida seria bem melhor. Todavia, sabemos que isto não interessa à classe patronal, bem como conhecemos o poder de fogo que o empresariado tem, inclusive dentro do Congresso Nacional, de tal forma que a mudança constitucional que possibilita a representação sindical por empresa será objeto de uma luta difícil de ser vencida, embora não impossível.

A Convenção nº 135 da Organização Internacional do Trabalho foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 131, de 22.5.1991. Referida norma internacional, portanto, tem força de Lei Ordinária Federal no Sistema Jurídico Brasileiro. A supracitada Convenção, complementada pela Recomendação nº 143 de 1971, tem por finalidade proteger o representante dos trabalhadores em face do empregador, de modo que aquele desempenhe suas atividades sem ser por este perseguido ou demitido injustamente, assim como prevê duas formas de representação dos empregados nos locais de trabalho, mesmo não sendo sindicato por empresa, senão vejamos:

Convenção nº 135 da OIT, Art. 3º:

Para os fins da presente Convenção, os termos ‘representantes dos trabalhadores’ designam pessoas reconhecidas como tais pela legislação ou a prática nacionais, quer sejam:

a) representantes sindicais, a saber representantes

nomeados ou eleitos por sindicatos;
b) ou representantes eleitos, a saber representantes livremente eleitos pelos trabalhadores da empresa, conforme as disposições da legislação nacional ou de convenções coletivas, e cujas funções não se estendam a atividades que sejam reconhecidas, nos países interessados, como dependendo das prerrogativas exclusivas dos sindicatos.

Percebe-se claramente, portanto, que a Convenção nº 135 da OIT trata de duas categorias de representação: a **representação sindical**, prevista na alínea “a”, e a **representação pessoal**, prevista na alínea “b”, de forma que uma não se confunde com a outra. (grifou-se). Amauri Mascaro Nascimento (2008, p. 145), coadunando com este entendimento, assim se manifestou:

Não há atrito entre as atribuições do sindicato e as das comissões internas de empresas porque aquele tem uma postura reivindicatória maior, pode assinar convenções e acordos coletivos e ingressar com dissídios coletivos na Justiça do Trabalho e estas não tem esses poderes, limitando-se a resolver com o empregador questões de rotina, planos de cargos e salários e planos de participação nos lucros e resultados com a presença de um representante do sindicato.

No entendimento de Nascimento (2008), os sindicatos não têm interesse na representação pessoal na empresa, por achar que estas lhe fazem concorrência. Querem, todavia, se a representação estiver sob seu controle. Neste caso estaria em desconformidade com as Convenções nº 135 (ratificada pelo Brasil) e nº 87 (ainda não ratificada pelo Brasil) (NASCIMENTO, 2008).

A Constituição Federal estabeleceu no art. 11 que “nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de

um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores”.

Entende-se que referido dispositivo constitucional precisaria ser complementado, na esteira do pensamento de Sergio Pinto Martins (2008, p. 745), ou regulamentado por lei ordinária, de modo a disciplinar questões, tais como: “duração do mandato, à estabilidade, às facilidades para cumprimento do mister constitucional confiado, ao número de representantes em empresas que tenham muitos empregados, como mais de 1.000, à possibilidade de reeleição etc.”.

O art. 621 da CLT prevê que convenções ou acordos coletivos podem instituir, no âmbito da empresa, comissões mistas de consulta e colaboração. O funcionamento dessas comissões seria disciplinado na própria convenção ou acordo coletivo. Entretanto, nas convenções e acordos quase não existem cláusulas nesse sentido, e quando constam não há incentivo para funcionar verdadeiramente. Não passa de letra morta.

Portanto, para que houvesse verdadeiramente representantes dos empregados nas empresas, pelo menos num modelo próximo do existente em países desenvolvidos, precisar-se-ia da reforma sindical, haja vista que a lei existente, embora permita a representação pessoal em empresa, o corporativismo e os vícios do atual sistema não permitem.

Não se conseguiu encontrar definição melhor do que a proferida por Floriano Vaz da Silva (*apud* NASCIMENTO, 2008, p. 178), na qual o ilustre professor assim asseverou: “Só uma profunda mudança de mentalidade aliada a uma mudança na Constituição e na legislação poderiam trazer a erradicação de sérios males e de sérias distorções existentes no sindicalismo brasileiro, há décadas com progressivo e crescente agravamento”.

É claro que a representação pessoal no local de trabalho à qual nos referimos não é a ideal; embora represente um avanço, melhor

seria a representação sindical por empresa, mas o ideal mesmo seria o sindicato por empresa, nos moldes praticados nos Estados Unidos da América, assim como em outros países desenvolvidos, cujos resultados são absurdamente melhores, comparando-se aos nossos.

CONCLUSÃO

Uma sociedade equilibrada é inteiramente dependente da atividade produtiva das pessoas que a compõem. Portanto, o mundo do trabalho precisa ser tratado adequadamente para cumprir seu importante papel no desenvolvimento das pessoas, das organizações e consequentemente do país. Isto passa necessariamente por políticas públicas estruturantes, como educação, saúde, etc., e em última análise por um sistema jurídico moderno que possibilite o desenvolvimento socioeconômico sustentável e o equilíbrio da sociedade.

O Brasil foi vítima de séculos de exploração, passando pela exploração das nossas riquezas minerais, levadas pelos colonizadores, até a exploração econômico-financeira e industrial, movida por interesses internacionais e alimentada pela incompetência e corrupção de certos nacionais, que impuseram ao Brasil um custo social sem precedentes. Vividas todas estas agruras, quando os cenários interno e externo já possibilitam uma posição de vanguarda ao nosso país, ficamos presos a normativos anacrônicos que nos puxam para o passado, como se estivéssemos condenados a morrer no atraso.

Para desenvolver o Brasil, por meio do trabalho, a ponto de torná-lo competitivo internacionalmente, necessita-se urgentemente avançar no disciplinamento das relações sindicais e trabalhistas. O Direito sindical brasileiro está completamente arraigado no corporativismo do Estado Novo. São inadmissíveis tamanhos atraso

e contradição, haja vista tal sistema ser incompatível com a nova ordem constitucional, a partir de 1988.

O presente trabalho aponta quais são os institutos jurídicos originários do regime corporativista praticado pelo Estado Novo que precisam ser urgentemente eliminados, por meio da modificação dos normativos constitucionais e infraconstitucionais que atualmente impedem a plena efetividade das relações sindicais no Brasil, de modo a viabilizar que o sistema sindical brasileiro, efetivamente, ocupe seu espaço e desempenhe o papel que lhe é devido na busca do desenvolvimento nacional e na qualidade de vida das pessoas.

O Brasil optou pela valorização do Direito Individual do Trabalho em detrimento do Direito Coletivo do Trabalho. Esta opção privilegiou alguns poucos afortunados e sacrificou o resto do país, inclusive a classe patronal. Tendo em vista que não há como negar que o desequilíbrio social traz prejuízos para todos, até para aqueles que lucram à custa da miséria dos outros.

Neste sistema, de supremacia do Direito Individual do Trabalho, quase não há, e os que existem são ineficazes, meios de solução de conflitos resultantes das relações trabalhistas no próprio local de trabalho. Em regra, o trabalhador somente após ser demitido recorre à Justiça do Trabalho, quando recorre, e ao final do respectivo processo, se for vencedor, isto pressupondo que ele prove suas alegações, que, mesmo sendo verdadeiras, muitas vezes é difícil de serem provadas. Assim o trabalhador receberá não mais do que teria direito a receber diretamente do ex-empregador se este houvesse pago corretamente o que devia ao trabalhador, sem a provocação do Poder Judiciário. Não há nenhuma indenização adicional em favor do trabalhador prejudicado, bem como não há nenhuma multa punitiva e pedagógica contra o empregador infrator.

Quantos deixam de procurar a Justiça? Quantos o fazem e mesmo tendo todas as provas a seu favor, por medo da demora na

solução definitiva do conflito e por pressão do próprio Poder Judiciário para que façam um acordo, acabam por fazê-lo e recebem, às vezes, bem menos da metade do que teriam direito? Quantos procuram a Justiça e não conseguem instruir adequadamente seu processo e saem injustamente derrotados? Qual o custo disso para o trabalhador, para o Estado e para a sociedade?

Entende-se que um Direito Coletivo de Trabalho, adequadamente disciplinado, levado a efeito por meio de um sindicalismo forte, atuando sobre as causas em vez de atuar sobre os efeitos, seria a solução para estes e tantos outros problemas.

O Direito Coletivo do Trabalho não pode ser transformado numa panaceia, a cura para todas as mazelas sociais resultantes do mundo do trabalho privado. Porém, certamente, poderia reduzir em muito o custo do Estado, contribuir para uma melhor distribuição da renda na sociedade — e com isso melhorar a economia, contribuir para a redução do Custo Brasil, para uma maior produtividade, para a pacificação das relações trabalhistas e para o bem-estar e qualidade de vida da classe trabalhadora.

Finalmente, verifica-se que, não obstante os principais entraves à plena liberdade sindical e conseqüentemente às boas práticas nas relações sindical-trabalhistas no Brasil estarem, objetivamente, no sistema jurídico, isso é apenas a parte aparente do problema, a parte oculta reside fundamentalmente em questões culturais e políticas. Em matéria sindical-trabalhista, precisa-se arrancar a matriz filosófica originária do Estado Novo, bem como combater firmemente a cultura do corporativismo e da submissão. Precisa-se promover, por meio do sistema jurídico, a democracia nas relações sindicais, de modo a viabilizar melhores condições de trabalho e melhor qualidade de vida para os trabalhadores, e assim também promover a dignidade da pessoa humana, um dos princípios basilares da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

AROUCA, José Carlos. **Curso básico de direito sindical**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

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

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 ago. 1943. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del5452.htm>>. Acesso em: 30 mar. 2010.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Direito sindical**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

_____. **Direito coletivo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

GARCEZ, Edmir de Freitas. **Negociando com negociadores**. O negociador trabalhista. São Paulo: do Autor, 2007.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MAGANO, Octávio Bueno. **Manual de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1990. V. III. (Direito Coletivo do Trabalho).

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2008.

_____. Problemas que dificultam a reforma sindical. **Revista Legislação do Trabalho**, São Paulo, v. 71, n. 6, p. 647-653, jun. 2007.

NUNES, Antonio Carlos Felix. **Além da greve**. São Paulo, Editora Jornalística Criart, 1979.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. **Convenção nº 087**. Sobre a liberdade sindical e a proteção do direito sindical. 1948. Disponível em: <<http://www.oit.org/ilolex/portug/docs/C087.htm>>. Acesso em: 2 mar. 2010.

_____. **Convenção nº 135**. Relativa à proteção dos representantes dos trabalhadores. 1971. Disponível em: <<http://www.oit.org/ilolex/portug/docs/C135.htm>>. Acesso em: 2 mar. 2010.

ROMITA, Arion Sayão. A (des)organização sindical brasileira. **Revista Legislação do Trabalho**, São Paulo, v. 71, n. 6, p. 666-675, jun. 2007.

_____. Liberdade sindical no Brasil: a ratificação da Convenção nº 87 da OIT. **Revista do Direito Trabalhista**, São Paulo, v. 9, n. 9, p. 3-10, set. 2003.

_____. **O fascismo no direito do trabalho brasileiro**: influência da Carta del Lavoro sobre a legislação trabalhista brasileira. São Paulo: LTr, 2001.

SANTOS, Luiz Alberto Matos dos. **A liberdade sindical como direito fundamental**. São Paulo: LTr, 2009.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VIANA, Francisco José de Oliveira. **Problemas de direito sindical**. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1943.

A PROMOÇÃO DO ENSINO DOS DIREITOS SOCIAIS DO TRABALHO PELO SINDICATO COMO ELEMENTO CONSOLIDADOR DE SUA LEGITIMIDADE JUNTO À CATEGORIA PROFISSIONAL

*Marlea Nobre da Costa Maciel
Ana Paula Araújo de Holanda*

INTRODUÇÃO

A educação e o direito do trabalho fazem parte do elenco dos direitos sociais garantidos constitucionalmente, ambos pertencentes ao *caput* do art. 6º da CF/88. Tais direitos, dentre outros, são fundamentais para corroborar a existência da dignidade da pessoa humana, essencial ao próprio homem.

Para tanto, neste artigo se objetiva fazer uma relação entre a educação e o direito, mais precisamente entre a possibilidade de transmissão do conteúdo do direito do trabalho, elencado constitucionalmente, pelo sindicato ao trabalhador pertencente à categoria que representa como elemento transformador desse “Ser” e o correspondente fortalecimento da legitimidade sindical.

O interesse em se discorrer sobre o tema em relevo é tentar afirmar e localizar o sindicato não só perante a categoria, mas em toda a sociedade, como um ente atuante e transformador do meio em que está inserido. Ademais, fortalecer a ideia de que o processo de educação deve ser continuado e que não deve ficar somente sob a responsabilidade do ente estatal, quando da educação básica, mas estender-se aos mais variados locais que favoreçam a manifestação do saber. Defender também a ideia de que a educação continuada, seja

ela formal ou não-formal, é parte do processo para a construção da cidadania ativa, ou seja, conquistada e não, necessariamente, condição preexistente e obrigatória para a sua efetivação, que faz parte do processo do despertar para o sentimento de empoderamento social.

Este trabalho tem ainda por interesse perfazer caminhos que demonstrem que, quando o empregado tem a oportunidade de ter acesso ao conteúdo de seus direitos e deveres, este passa a ter uma visão não só de si ou de sua relação contratual, mas do coletivo. Passa a perceber que sozinho não possui força suficiente para fazer valer o respeito aos direitos a que faz jus, que é necessária a força do grupo para a luta da manutenção dos direitos que há muito foram conquistados sob muita batalha, inclusive política.

Acredita-se que o processo de educação continuada a ser desenvolvida pelo sindicato, sendo utilizada e vivenciada sob uma práxis reflexiva e questionadora, em que os trabalhadores possam ter acesso à discussão sobre seus direitos e deveres, teria a possibilidade de desenvolver sentimento, inclusive coletivo, de interesse intelectual, social, político e ético, muito mais rico, ativo e transformador de suas realidades e, por consequência, do país, promovendo a cidadania participativa.

Em relação aos aspectos metodológicos, a pesquisa foi desenvolvida de forma teórica, bibliográfica e descritiva, utilizando as fontes de pesquisa que lhe são particulares, tais como legislação e doutrina.

Este trabalho encontra-se disposto ao longo de quatro tópicos, seguindo uma linha de apresentação sob a seguinte forma: a importância da educação na sociedade; a atuação sindical; os princípios que regem a garantia dos direitos já conquistados; e a implicação do resultado do processo de educação na legitimação sindical.

Na primeira parte — Educação como transformadora da sociedade — é feita uma análise da importância da educação con-

tinuada (formal ou não-formal) no processo de transformação da pessoa humana; no segundo momento — O sindicato e sua atuação — se percorre o papel dos sindicatos no fortalecimento da categoria e na luta pelos direitos constitucionalmente garantidos ao trabalhadores; no seguinte — Princípio da proibição do retrocesso social e o mínimo existencial na elaboração de normas coletivas — se buscou determinar que, quando o trabalhador possui um maior conhecimento de seus direitos e de seus deveres, bem como entende a importância da organização coletiva, este teria condição de impedir que no processo de elaboração de normas coletivas houvesse pactuação de direitos já consolidados e deferidos anteriormente, ou seja, que já fazem parte de seu patrimônio mínimo existencial; no quarto e último tópico — Trabalhador sabedor de seus direitos e militância consciente — foi tratada a importância da educação como promotora da cidadania ativa e do empoderamento social e sua colaboração para o fortalecimento da legitimação sindical.

Desta feita, este trabalho propõe-se a defender que a relação entre educação e movimento sindical contribui, efetivamente, para a construção de um cidadão mais consciente, praticante de uma cidadania ativa e legítima a atuação do sindicato como entidade coletiva junto à sociedade.

1. EDUCAÇÃO COMO TRANSFORMADORA DA SOCIEDADE

De início, para que se possa afirmar que a transmissão do conteúdo dos direitos fundamentais pelo sindicato ao trabalhador correspondente à categoria que representa é um dos elementos que consolidam sua legitimidade, é fundamental verificar a importância da educação e sua influência sobre a pessoa.

A educação (formal ou não-formal) é — ou deveria ser — o meio mais eficaz para se disseminar conhecimento e fazer despertar, naquele que está sob sua atuação, dentre outros objetivos¹⁷⁶, a inquietude do questionamento, da reflexão e da análise crítica do meio em que está inserido.

Ocorre que, muitas vezes, o espaço não permite ou proporciona ao ouvinte a possibilidade de ser atuante no processo de análise do conteúdo transmitido. Pode-se dizer que apenas se apreende o conteúdo de forma cumulativa sem fazer uma conexão com a realidade a que pertence, e essa “passividade” da figura do receptor pode permanecer ao longo de sua vida, estendendo-se às relações que permeiam sua atividade profissional.

Assim, por vezes, aquele educando acostumado a receber o conteúdo que lhe é repassado, tendo a obrigação de reter o máximo que puder para depois devolvê-lo como condição de sua aprovação, segue repetindo a mesma ação, inclusive no mundo do trabalho.

Dessa forma, ao seguir o mesmo padrão que lhe foi exigido ao longo da vida estudantil, o trabalhador (empregado) segue executando sua tarefa decorrente do contrato do trabalho não conseguindo “enxergar” o desrespeito que pode acontecer aos seus direitos e, conseqüentemente, à sua dignidade. E, por ser o lado mais fraco da relação contratual, sozinho, não consegue externar de forma crítica e fundamentada o vilipêndio que possa vir a sofrer por seu empregador.

Daí o papel da educação como fundamental para proporcionar ao trabalhador, à pessoa humana a possibilidade de comparar a sua realidade com o que deveria ser¹⁷⁷.

176 Não é objetivo deste trabalho aprofundar ou discutir o papel da educação formal (fornecida pelo Estado e pelo particular) e seu conteúdo conforme o disposto na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394/96) nem o constante do Plano Nacional de Educação/PNE.

177 Dever-ser externado no conteúdo da norma jurídica. De acordo com Miguel Reale (1999, p. 324) “[...] Toda regra jurídica traduz um imperativo de conduta, a obrigatoriedade de um comportamento, uma exigência de ação ou de omissão. [...]”.

Corroborando com a ideia de que a educação tem o papel de transformar o Ser¹⁷⁸, traz-se à colação a afirmação de Paulo Freire (1998, p. 110) de que a educação deve realmente intervir no mundo, é ela que vai “abrir” a mente do educando e promover o despertar para as maravilhas do conhecimento; é a partir dela que se pode compreender o mundo no qual se está inserido e fazer uma “leitura” crítica e compreensiva do mesmo:

[...] como experiência especificamente humana, **a educação é uma forma de intervenção no mundo.** Intervenção que além do conhecimento dos conteúdos bem ou mal ensinados e/ou aprendidos **implica tanto esforço de reprodução da ideologia dominante quanto o seu desmascaramento.** Dialética e contraditória, não pode ser a educação só uma ou só a outra dessas coisas. Nem apenas *reprodutora* nem apenas *desmascaradora* da ideologia dominante. (destacado)

Nessa linha, é de se perceber a importância de promover, nos mais variados espaços, o processo continuado de transmissão de conhecimentos, como a possibilidade do ensino dos direitos sociais do trabalho ao empregado por meio da representação de sua categoria.

Assim, já não se pode afirmar que somente a escola (espaço formal de educação), principalmente por meio de sua educação básica, seja a única responsável pela transmissão de conhecimentos. A facilitação do conhecimento deve acontecer nos mais variados espaços possíveis para atingir o maior número de pessoas e permitir que os grupos discutam e entendam sua realidade e seus direitos, principalmente os direitos fundamentais, pois alicerçados na dignidade da pessoa humana. Quanto ao princípio fundamental da digni-

178 “Ser” entendido como ente humano.

dade da pessoa humana, Edilson Pereira de Faria (1996, p. 66-67), afirma que ele:

[...] cumpre um relevante papel na arquitetura constitucional: o de fonte jurídico-positiva de direitos fundamentais. Aquele princípio é o valor que dá unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais. Destarte o extenso rol de direitos e garantias fundamentais consagrados no título II da Constituição Federal de 1988 traduz uma especificação e densificação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Em suma, os direitos fundamentais são uma primeira e importante concretização desse último princípio, quer se trate dos direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), dos direitos sociais (arts. 6º e 11), ou dos direitos políticos (art. 14 a 17). Ademais aquele princípio funcionará como uma cláusula aberta no sentido de respaldar o surgimento de direitos novos não expressos na Constituição de 1988, mas nela implícitos, seja em decorrência do regime e princípios por ela adotados, ou em virtude de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, reforçando, assim, o disposto no art. 5º, § 2º. Estreitamente relacionada com essa função, pode-se mencionar a dignidade da pessoa humana como critério interpretativo do inteiro ordenamento constitucional.

A inquietude, a possibilidade de enxergar o desrespeito aos direitos a que qualquer um faz jus e a certeza de contar com outros de seu grupo, como, por exemplo, o sindicato, fortalecem a ideia de que a educação deve se manter ativa para além dos bancos escolares.

Mais uma vez, utilizando-se dos ensinamentos de Paulo Freire (1996, p. 104), tem-se que a educação deve ser um instrumento que desperte um incômodo, uma inquietude que faça com que se possa crer que é possível a luta pelos direitos:

Daí a nossa insistência no aproveitamento deste clima. E, a partir dele, tentarmos o esvaziamento de nossa educação de suas manifestações ostensivamente palavrescas. A superação de posições reveladoras de descrença no educando. Descrença no seu poder de fazer, de trabalhar, de discutir. Ora, **a democracia e a educação democrática se fundam ambas, precisamente na crença do homem. Na crença em que ele não só pode mas deve discutir os seus problemas.** Os problemas de seu País. Do seu Continente. Do mundo. **Os problemas do seu trabalho.** Os problemas da própria democracia. A educação é um ato de amor, por isso, um ato de coragem. Não pode temer o debate. A análise da realidade. Não pode fugir à discussão criadora, sob pena de ser uma farsa. (destacado)

Dessa forma, somente quando a pessoa, o educando, e especialmente o trabalhador toma conhecimento de seus direitos é que ele se percebe cidadão. Surge, então, o primeiro passo para o exercício da cidadania ativa e da efetiva luta pelos direitos que cada pessoa possui — a tomada da consciência de ser cidadão.

Ademais, a educação formal deve romper o paradigma de há muito, ou seja, ser apenas conteudista, e favorecer a reflexão do conteúdo com a prática. A educação não-formal também deve cumprir seu papel como multiplicadora de conhecimentos, favorecendo em seus diversos espaços de atuação a reflexão acerca do status social em que cada um está inserido e certeza da necessária busca pela efetivação dos direitos fundamentais. O sindicato, como aqui se defende, é um desses espaços socializadores dos direitos fundamentais e sociais do trabalhador.

1.1 Empoderamento

Decorrente da afirmação de que todos devem ter acesso a conhecimentos que lhes permitam o desenvolvimento crítico, principalmente da realidade à qual estão inseridos, é que se defende a ideia de que a atuação sindical nesse processo de disseminação do conteúdo do direito do trabalho é fundamental, não só para legitimar sua atuação — distanciando-se da inércia¹⁷⁹ —, mas sobremaneira para fomentar o empoderamento entre os trabalhadores.

Empoderamento, à luz da participação e da cidadania ativa, tem o condão de despertar no Ser o sentimento de pertencimento e, por que não, de luta não só por seus direitos individuais constitucionalmente estabelecidos, mas sobremaneira pelo direito de toda a coletividade, ou seja, direitos sociais coletivamente conquistados. É a figura do Ser participante.

Pedro Demo (1988, p. 60-61) traz em sua obra o que se acredita ser essencial para o desenvolvimento do empoderamento social e, por consequência, da participação:

Participação é sempre um ato de fé na potencialidade do outro [...] é conveniente ressaltar a importância de se estabelecer na sociedade o processo de conquista de direitos, à medida que emerge a noção de sujeito social [...] não basta consignar os direitos na letra, fazer declarações verbais, aprimorar textos constitucionais, se os interessados não urgirem na teoria e na prática seus direitos.

E, no caso dos trabalhadores empregados e dos direitos que tutelam a relação contratual estabelecida com seus empregadores,

¹⁷⁹ Essa inércia colocada aqui não quer dizer que o sindicato não é atuante, mas que, muitas vezes, sua atuação (semelhante ao Poder Judiciário) decorre da busca pelo empregado e/ou empregador ou por imperativo de lei, por exemplo: homologação de rescisão contratual, realização de negociação coletiva, etc.

essa luta deve se dar por melhorias para si e para toda a categoria. O outro deve fazer parte também da luta individual de cada trabalhador, de suas preocupações e de suas escolhas, e isso, sendo exercido democraticamente na militância sindical, gera um sentimento de integração e união que fortalece os trabalhadores.

2. O SINDICATO E SUA ATUAÇÃO

Antes de se explicitar a atuação do sindicato e defender a possibilidade da inclusão do ensino do direito do trabalho em uma de suas formas de atuação como elemento de legitimação, mister se faz entender que o direito sindical decorre do direito coletivo do trabalho e que este nasceu a partir da luta pelo estabelecimento dos direitos fundamentais¹⁸⁰ nas constituições.

Maurício Godinho (2004, p. 1.277) esclarece que “o Direito Coletivo do Trabalho, por sua vez, regula as relações inerentes à chamada autonomia privada coletiva, isto é, relações entre organizações coletivas de empregados e empregadores [...]”.

Assim, o direito individual do trabalho trata da relação direta entre empregado e empregador, ou seja, da relação empregatícia propriamente dita. Já o direito coletivo do trabalho tem sua atuação voltada para as relações grupais, coletivas e laborais entre empregados e empregadores, sendo aqui o foco da atuação sindical. Vólia Bomfim Cassar (2011, p. 1.288), ao pontuar historicamente e definir o direito coletivo, afirma que:

No curso do século XIX, as lutas travadas por melhores condições de trabalho e as reivindicações co-

180 A importância dos direitos fundamentais se dá, conforme Manoel Jorge e Silva Neto (2005, p. 15), “[...] em virtude de tais postulados conformarem a atuação do Estado e funcionarem como vetores interpretativos da Constituição e da legislação ordinária [...]”.

letivas de trabalhadores põem em relevo a dimensão coletiva de relação de trabalho, criando condições, a partir do começo do século XX, para a percepção da singularidade desta relação jurídica, abrindo caminho para a incorporação dos direitos sociais nas constituições (primeiro na Constituição da Revolução mexicana de 1917 depois na Constituição alemã de Weimar em 1919, ingressando no constitucionalismo brasileiro a partir da constituição de 1934), para o reconhecimento da autonomia do direito individual do trabalho e para o surgimento de meios judiciais e extrajudiciais de solução de conflitos coletivos.

A mesma autora (2011, p. 1.289) ainda afirma que:

O Direito Coletivo é a parte do Direito do Trabalho que trata coletivamente dos conflitos do trabalho e das formas de solução desses mesmos conflitos. Trata da organização sindical e da forma de representação coletiva dos interesses da classe profissional e econômica.

Assim, de acordo com Maurício Godinho (2004, p. 1.288), ao passar a agir de forma grupal e organizada, formando um ser coletivo, os empregados puderam se contrapor com mais força e eficiência ao ser coletivo empresarial. E esse tipo de organização vai ao encontro do empoderamento social, pois o empregado passa a ter conhecimento de que se unindo a outro fortalece a categoria em busca de pleitos que, garantidos coletivamente, atendem a cada um em particular.

Dessa forma, com base na necessidade de os empregados se organizarem para, de forma coletiva, pleitear o respeito aos direitos sociais estabelecidos constitucionalmente foi que surgiram os sindicatos¹⁸¹. Sob essa ótica, tem-se que conquistas sindicais se

181 Aqui nesse trabalho se tratará apenas do sindicato dos empregados e do fortalecimento de sua legitimidade.

materializam por meio das negociações coletivas que se realizam, sejam elas deflagradas ou intermediadas e capazes de atuar, conforme o afirmado por Eneida Melo Correia de Araújo (2003, p. 233), no sentido de:

- fortalecer a democracia material no interior do Estado;
- servir como instrumento para o exercício do pluralismo político;
- harmonizar os princípios da Constituição Federal, art. 1º;
- funcionar como elemento minimizador dos efeitos nocivos engendrados pelo desempenho do livre mercado e da organização socioeconômica da sociedade;
- alcançar um razoável equilíbrio nas relações contratuais individuais do trabalho;
- atuar como fonte autônoma de criação do direito e de solução dos litígios coletivos do trabalho;
- garantir ao hipossuficiente o efetivo acesso à justiça contratual e à justiça institucional, na medida em que pode agir mediante substituição processual.

No entanto, a atuação sindical, como bem explicitado acima, não deve se restringir às demandas dos empregados de sua categoria como se sua manifestação decorresse, necessariamente, da busca por seus serviços semelhante ao princípio da inércia.

A simples afirmação feita pelo representante sindical aos empregados de que existe e de que está disponível para a tentativa da solução dos conflitos que a relação empregatícia impõe não é suficiente. Deve ir além e, objetivando legitimar ainda mais sua existência e importância na representação democrática de sua categoria, pois os representantes do sindicato foram eleitos, atuar como multiplicador do conteúdo do direito que rege as relações de trabalho.

A Constituição de 1988 traz entre os artigos 6º a 11 os direitos sociais, entre eles o direito do trabalho — incluindo o direito de associar-se por meio de sindicatos —, sendo matéria aqui defendida como fundamental para a legitimação da atuação dos sindicatos, devendo ser repassada aos empregados (sindicalizados ou não) por meio de cursos, colaborando para que a categoria tenha o maior conhecimento possível dos direitos decorrentes do contrato de emprego.

Acerca da importância do conhecimento dos direitos sociais e da conseqüente busca por sua efetivação, tem-se o afirmado por Alexandre de Moraes (2003, p. 470):

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, que se caracterizam como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direitos, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático [...]

Ademais, sobre a importância da atuação sindical, Segadas Vianna, citado por Eneida Melo Correia de Araújo (2003, p. 233), afirma que:

[...] em todos os países do mundo, o sindicalismo tem ocupado um lugar fundamental para organizar e manter a paz social. Enseja um razoável equilíbrio das instituições democráticas, estando os direitos sindicais ligados de forma especial a diversos direitos humanos fundamentais.

Consoante o afirmado pelo citado autor, a atuação sindical ativa, sendo representada também pela promoção de cursos com conteúdo do direito do trabalho à categoria, faz nascer no mundo do trabalho e aos atores dessa relação o empoderamento social, a

cidadania ativa e ratifica o respeito à dignidade da pessoa humana como princípio que serve de base aos direitos fundamentais.

Esse tipo de educação não-formal que se propõe neste trabalho encontra sintonia com os fundamentos da República Federativa do Brasil elencados no art. 1º da CF/88, com os direitos fundamentais dispostos no art. 5º, XVII, XX, os direitos sociais, a valorização do trabalho humano, a boa-fé objetiva, a função social do contrato e da propriedade, dentre outros.

Assim, o sindicato, ao promover um processo de transmissão de conhecimentos relacionados aos direitos sociais do trabalho, amplia os horizontes do conhecimento e por consequência do saber de sua categoria. Segundo Eduardo C. B. Bittar (2004, p. 88), tem-se que:

O conhecimento é a chave para inúmeras revoluções. Para revoluções tecnológicas, para revoluções institucionais, para revoluções conceituais, filosóficas, culturais e socioeconômicas. [...]

Assim, o engajamento do povo nos **processos de produção de si mesmo** é atitude fundamental que passa pela formação que a educação possibilita [...] (destacado)

Dessa forma, a partir do conhecimento dos direitos que regem a relação contratual, proporcionado pelo sindicato, fazendo nascer no trabalhador uma consciência mais crítica e reflexiva de sua realidade, bem como promovendo o fortalecimento do grupo, e por consequência do sindicato, faz gerar uma relação de causa e efeito que incentiva a luta de toda a classe, o que corresponde ao pleno exercício de uma cidadania ativa. E isso legitima a atuação do sindicato.

3. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL E O MÍNIMO EXISTENCIAL NA ELABORAÇÃO DE NORMAS COLETIVAS

Resultante da atuação sindical como agente promotor de conhecimento, e após ter contato com os conhecimentos dos direitos sociais, mais precisamente do direito do trabalho, espera-se que o trabalhador (sabedor de seus direitos e deveres dentro da relação empregatícia) passe a atuar de forma mais presente junto com seus pares na luta pela manutenção dos direitos coletivamente conquistados e pela efetivação dos direitos fundamentais.

Esse maior conhecimento proporcionado ao empregado pertencente de uma categoria específica corresponderá à atuação, junto aos representantes de seu sindicato e junto à mobilização aos demais pares, seja ela de cunho positivo ou negativo.

A atuação positiva se manifesta quando o empregado se faz presente nas assembleias promovidas pelo sindicato e participa opinando sobre a aceitação pelas cláusulas pactuadas entre o sindicato e a parte empregadora na conclusão das negociações coletivas; e a atuação negativa se dá quando, conhecedor de seus direitos, consegue perceber que o que está sendo pactuado fere os direitos anteriormente assegurados e, de pronto, consegue mobilizar os demais atores pertencentes a sua categoria para que tal desrespeito seja vetado e fique fora das normas coletivas.

Assim, ocorre a participação ativa e consciente de cada trabalhador — que se espera gerada pela atuação do sindicato ao promover educação acerca do direito do trabalho — na luta pela manutenção de seus direitos e pela efetivação de sua dignidade, correspondendo à manutenção do direito ao trabalho decente.

Disso decorre a luta de cada um — externada pelo representante de sua categoria — pelo respeito aos princípios da proibição do

retrocesso social, em que se manteria protegido o patrimônio existencial do homem, e seu corolário princípio do mínimo existencial ou patamar civilizatório mínimo, principalmente quando da elaboração de normas coletivas. Eneida Melo Correia de Araújo (2003, p. 306) acerca do princípio da proibição do retrocesso discorre:

A perspectiva que ora defendemos atende ao chamado princípio do não retrocesso social. Esse princípio traduz-se na idéia de que certos direitos assegurados aos trabalhadores não podem mais ser alijados do ordenamento jurídico. E assim aconteceria porque são marcos históricos dos direitos dos homens, integrados à sua sobrevivência e à cidadania.

Devem cuidar os empregados, nas atuações de exercício da democracia sindical, para que não haja perda de direitos já conquistados, ou seja, deferidos anteriormente. Esse é o patrimônio de dignidade social que lhes pertence, devendo ser mantido o máximo possível, somente sendo objeto de negociação coletiva, de forma excepcional e temporária, para salvaguardar a manutenção de seus empregos etc.

4. TRABALHADOR SABEDOR DE SEUS DIREITOS E MILITÂNCIA CONSCIENTE – FORTALECIMENTO DA LEGITIMAÇÃO SINDICAL

Como resultado do ensino dos direitos sociais do trabalho pelo sindicato ao empregado pertencente à sua categoria, defende-se aqui neste trabalho que se teria a formação de uma massa de trabalhadores mais conscientes e sabedores de seus direitos e deveres, inclusive implicando tal saber no despertar para o interesse da participação ativa na tomada de decisões do sindicato, ou seja, de uma militância mais consciente.

Pedro Demo (1988, p. 49) retrata que “[...] a maior virtude da educação, ao contrário do que muitos pensam, está em ser instrumento de participação política”.

Assim, com a certeza de que somente de forma organizada a categoria profissional consegue obter melhores condições de trabalho, principalmente quando conhece e entende melhor o conteúdo do direito do trabalho, o trabalhador naturalmente desenvolverá um sentimento de alteridade e de necessidade do outro, o que corresponde à noção, já discutida no tópico anterior, de empoderamento social.

É de se notar que, com o despertar do trabalhador de que individualmente é um dos que compõem a coletividade dos responsáveis pela luta do respeito aos direitos assegurados tanto constitucionalmente quanto pela legislação trabalhista, sua atuação não se limitará a provocar o sindicato quando da homologação de eventual rescisão contratual ou reclamação trabalhista, mas passará a participar ativamente na eleição dos representantes, na votação para deliberação do estado de greve, na realização das negociações coletiva, dentre outros.

Ter-se-á, portanto, um trabalhador interessado em manter fortalecida a categoria, questionador de seus direitos coletivamente conquistados, à custa de muita luta por seus pares, e militante, o que resulta no entendimento aqui defendido em uma maior legitimação sindical.

Dessa forma, a participação do trabalhador junto ao seu sindicato fortalece e legitima a atuação do grupo, ou seja, a atuação sindical, pondo em concretude o direito coletivo, conforme o afirmado por Vólia Bomfim Cassar (2011, p. 1.291):

O Direito Coletivo se preocupa com a melhoria da condição social do trabalhador. Para tanto, a vontade da maioria prevalece sobre os interesses da minoria. Este critério retrata o princípio da solidariedade

social da coletividade conjugado com o da democracia interna, pois a solução é tomada no interesse do grupo, de acordo com o que lhe for, naquele momento, melhor. [...]

A negociação, desde que legitimada, tem autonomia para propor mudanças, fazer reivindicações, concessões e, por exceção, permitir redução de direitos. Por isso, ela se distingue do direito individual do trabalho, pois não se preocupa com um indivíduo e sim com a coletividade.

A utilização do processo de transmissão de conhecimento pelo sindicato como um dos fatores de legitimação sindical, além de mostrar à sociedade e à categoria que possui uma atuação presente, ratifica a ideia de que a cidadania pode e deve ser exercida e vivenciada como transformadora do *status quo*. Vera Maria Candau (1995, p. 112) traz em sua obra o papel significativo da cidadania ativa:

Nas sociedades latino-americanas, tão dramaticamente marcadas por estruturas injustas, a problemática da **cidadania não pode ser reduzida à sua dimensão jurídico-formal. O exercício da cidadania implica no reconhecimento e na denúncia das formas pelas quais os direitos individuais e sociais são constantemente violados na sociedade. Não pode ser reduzido à consciência e ao exercício individual dos direitos e deveres civis e políticos.** Supõe também criar condições para uma ação transformadora que incida nos diferentes âmbitos sociais. **Educar para a cidadania** exige educar para a ação político-social e esta, para ser eficaz, não pode ser reduzida ao âmbito individual. **Educar para a cidadania** é educar para uma democracia que dê provas de sua credibilidade de intervenção na questão social e cultural. E incorporar a preocupação ética em todas as dimensões da vida pessoal e social. (destacado)

Portanto, a participação do trabalhador junto ao sindicato (filiado ou não) no questionamento da tomada de decisões que se aplica a toda a categoria, e que interfere em seu direito individualmente, e por consequência no exercício de sua cidadania, é fundamental para legitimar o processo democrático de atuação sindical.

CONCLUSÃO

Após o processo de revisão bibliográfica — principalmente sobre a necessidade de se desenvolver no Ser o desejo de participação — acerca do tema sob análise neste artigo, pode-se afirmar que a proposta de se trabalhar por meio da educação o conteúdo do direito do trabalho, que rege e regulamenta as relações contratuais entre empregados e empregadores como uma das formas de atuação sindical, favorece o fortalecimento da legitimidade do sindicato, que conseqüentemente passa a contar com uma categoria mais consciente de seus direitos e deveres.

Tal afirmação não se limita a uma nova perspectiva de atuação do sindicato, destarte promove o enriquecimento do conhecimento dos trabalhadores e a ampliação da “visão e do limite de mundo” dessas pessoas.

Assim, a relação interdisciplinar entre Direito e Educação, aqui sob a ótica não-formal, objetiva ainda favorecer a identificação dos direitos e deveres assegurados ao homem/trabalhador, bem como ajudar que este Ser possa identificar possíveis conflitos e lesões aos direitos, estimulando-o à busca pela reparação dos mesmos quando estes forem desrespeitados (seja ela por meio do sindicato ou utilizando-se de seu *jus postulandi*).

Desta feita, chega-se à conclusão que somente há o exercício ativo da cidadania (conquistada e não apenas a oferecida

pelo Estado), da participação junto à coletividade (o que fortalece a sindicalização) e do empoderamento social quando se permite ao homem a lucidez sobre seus direitos e deveres; quando este tem a consciência de que pode lutar para melhorar sua realidade; quando se tem a certeza de que mobilizando seus pares estará muito mais forte e assim poderá ver que suas solicitações não estarão silenciadas nem serão esquecidas ou desrespeitadas por seus empregadores, porque não serão pequenas, mas, ao contrário, retumbarão como um grande “eco” soando aos representantes que se precisa continuar na luta.

Aqui a legitimação do sindicato e a militância consciente, sob a ótica do que pretendeu este trabalho de pesquisa, acontecem.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. **As relações de trabalho**: uma perspectiva democrática. São Paulo: LTr, 2003.

BITTAR, Eduardo C. B. **Ética, educação, cidadania e direitos humanos**: estudos filosóficos entre cosmopolitismo e responsabilidade social. Barueri, SP: Manole, 2004.

CANDAU, Vera Maria et al. **Oficinas pedagógicas de direitos humanos**. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1995.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.

DEMO, Pedro. **Participação é conquista**. São Paulo: Autores Associados, 1988.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1996.

FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**: saberes necessários à prática educativa. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direitos fundamentais e o contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

A APLICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: O CASO DA ADPF 182-0/800 – DF

Alexsandro Rahbani Aragão Feijó

INTRODUÇÃO

O marco inicial do processo de incorporação de tratados internacionais de direitos humanos pelo Direito brasileiro consistiu na ratificação, em 1º de fevereiro de 1984, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Tal fato desencadeou o processo de democratização, decorrente do movimento de internacionalização dos direitos humanos, vez que não só o Estado passou a participar da sociedade internacional, mas também indivíduos e organizações internacionais intergovernamentais. Com o processo de democratização do Brasil, a partir de 1985, o País passou a ter uma posição diferente com relação ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, diga-se, passou a ratificar relevantes tratados internacionais sobre esses direitos.

Ocorre que a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, instituiu Reforma no Poder Judiciário, a qual possibilitou mudanças importantes, tais quais as disposições referentes à integração Direito Internacional Público ao direito interno e, com relação ao assunto do presente trabalho, especificamente o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Sendo assim, o novo § 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 possibilita que os tratados e as convenções internacionais de direitos humanos sejam equivalentes às emendas constitu-

cionais, desde que aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos seus respectivos membros.

A possibilidade dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos serem aprovados com um quórum qualificado e, conseqüentemente, serem equivalentes às emendas constitucionais traz a 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 em vigor no País.

Entre 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 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 1988.

Nesse sentido, este trabalho objetiva verificar quais os efeitos do controle de convencionalidade na Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, por meio do estudo de caso da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 182 – 0/800, ajuizada pela Procuradoria Geral da República no Supremo Tribunal Federal (STF) em 2009, que busca o redimensionamento do conceito da pessoa com deficiência, de acordo com a referida convenção internacional.

1. TEORIA GERAL DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Ao se encontrar diante do processo de elaboração de uma nova Constituição, o Brasil passou a valorizar a pessoa humana. Dessa forma, deixou para trás o cerceamento, o aviltamento e a limitação de liberdades, consagrando em seu texto constitucional 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, *online*).

Logo após a Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal passou a definir 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, *online*).

Convém evidenciar o entendimento de Sidney Guerra (2008) no sentido de que hodiernamente 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 se viu sem reação diante da humilhação da dignidade de milhares de pessoas, sem nenhuma ação no plano internacional coordenada sobre tal fato.

Em 2009, Valerio de Oliveira Mazzuoli defendeu sua tese de doutorado apresentando uma nova temática no sistema de controle no direito brasileiro: o controle de convencionalidade das leis, que, conforme salientado alhures, representa a compatibilização vertical da produção normativa doméstica com os tratados¹⁸² de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no Brasil.

Entretanto, antes de adentrar na teoria do controle de convencionalidade é salutar ressaltar a opção constitucional por um sistema monista ou dualista¹⁸³. 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

182 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 versam sobre assuntos de interesse geral. Ocorre que tais 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, a 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).

183 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).

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.

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 e pode ser combatida pela via difusa — que pode ser realizada por qualquer cidadão em qualquer juízo ou tribunal — ou pela via concentrada — por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, proposta por pessoas legitimadas pelo artigo 103 da Carta da República de 1988 (RUSSOWSKY, 2012, *online*).

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, *online*).

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 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 se torna inválida no direito interno, repita-se, mesmo que compatível com a Constituição.

A validade da norma de lei ordinária ocorre se sua produção e conteúdo material estão 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.

Deste 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 Luis 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, *online*) como uma garantia de eficácia das legislações internacionais, que permite dirimir conflitos entre direito interno e normas de direito internacional, de modo que seja efetuado pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos ou pelos tribunais internos dos países que fazem parte da Convenção em liça.

Corroborando 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 estabelecidas na sentença, sob pena de responsabilidade internacional¹⁸⁴.

Na seara da responsabilidade internacional e do controle de convencionalidade, André de Carvalho Ramos (2005, *online*) 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, *online*). 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 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, *online*).

184 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 tais Estados 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).

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 pela Corte Interamericana, “intérprete última” das 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, 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, *online*) 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, levando-se em conta o que foi aludido, Ernesto Rey Cantor (2008, *online*) diferencia a abrangência do controle de convencionalidade: em sede internacional e em sede nacional. Neste 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. Naquele 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.

Diversamente do exposto, Valerio de Oliveira Mazzuoli (2011) lididamente afirma que no direito brasileiro o Poder Judiciário interno controla a convencionalidade 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, como visto alhures. Sendo assim, deve a Constituição garantir-lhes os mesmos instrumentos previstos às normas constitucionais ou emendas.

Destarte, percebe-se que as ações as 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).

No tocante ao controle difuso de convencionalidade no direito brasileiro, este se destina aos tratados internacionais de direitos humanos que não foram qualificados com status de emenda, sendo assim, nota-se que ele existe desde a promulgação da Constituição Federal em 1988 e desde a entrada em vigor dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil após 5 de outubro do supracitado ano em atenção ao artigo 105, III, “a” da Carta Magna de 1988 ao aduzir que compete ao Superior Tribunal de Justiça “julgar, em recurso especial, as causas decididas em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência” (MAZZUOLI, 2011).

Vale ressaltar que este tipo de procedimento também é utilizado para o controle de suprallegalidade das leis internas realizado pelo Superior Tribunal de Justiça, diverge, apenas, pois é utilizado para os tratados comuns, ou seja, que não tratem de assuntos relacionados aos direitos humanos (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 à emenda constitucional, qual seja a Convenção da Organização das Nações Unidas sobre o Direito das Pessoas com Deficiência, se deu por meio de uma Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Sendo assim, os principais aspectos desta convenção, bem como os efeitos do controle de convencionalidade por meio da ADPF nº 182 – 0/800 – DF serão aprofundados a seguir.

2. OS EFEITOS DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: O CASO DA ADPF 182-0/800 – DF

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. 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, § 3º do texto constitucional de 1988.

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 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. Esta 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). Imbuída desse sentimento, a Convenção tratou em seu 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).

Desta 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 especificida-

des 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, que possui natureza de norma constitucional no Brasil, supera as legislações pátrias até então existentes, que normalmente enfocavam o aspecto clínico ou biomédico da deficiência, propiciando nova baliza de interpretação, na qual as soluções não apontam ao indivíduo, mas à sociedade; a mudança deve ser da sociedade e não das pessoas (FARA, 2010). Por isso, as limitações físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais passam a ser consideradas atributos das pessoas, o que pode ou não gerar restrições para o exercício dos direitos, dependendo das barreiras sociais, físicas ou culturais que se imponham a esses cidadãos (FEIJÓ, 2012).

Nesse contexto, a deficiência é a combinação de limitações pessoais com impedimentos culturais, econômicos, físicos e sociais, deslocando a questão do âmbito do indivíduo com deficiência para a sociedade que passa a assumir a deficiência e seus desdobramentos como assunto de todos, deslocando-se dos espaços domésticos para vida pública, da esfera privada ou de cuidados familiares para questão de justiça (NUSSBAUM, 2007).

Superado este ponto, passa-se à análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 182, ajuizada no Supremo Tribunal Federal pela Procuradoria Geral da República (PGR) em 10 de julho de 2009, com o fito de reconhecer que o § 2º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93, Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS), não foi recepcionado pela Convenção da ONU sobre o Direito das Pessoas com Deficiência; que o artigo 1º da supracitada Convenção é de uso imperativo no direito interno brasileiro, motivo pelo qual deve ser aplicado quando da concessão do benefício de assistência continuada disciplinado pela LOAS (STF, 2013, *online*).

Ocorre que o conceito de pessoa com deficiência estabelecido na Lei nº 8.742/93 é extremamente restritivo, como foi apontado pela PGR na ADPF 182, vez que não tem direito ao benefício pessoa que apresente lesão mental, física, intelectual ou sensorial, que comprometa gravemente sua participação em igualdade de condições na sociedade e que viva em condições absolutas de miserabilidade, se for considerada capaz para a vida independente e para o trabalho. Sendo assim, tal benefício será negado a um grande número de pessoas que têm deficiência e que vivam em condições de penúria, comprometendo as condições materiais básicas para a sua subsistência, levando a um quadro de exclusão social (STF, 2013, *online*).

Não se pode olvidar que até a incorporação da Convenção em baila não havia no direito interno brasileiro um conceito de pessoa com deficiência expressamente consagrado. Resta insofismável que, com a ratificação da Convenção pelo Presidente em 1º de agosto de 2008 — ainda mais uma Convenção com status de emenda constitucional incorporada conforme o procedimento previsto no art. 5º, § 3º da Constituição Federal de 1988 — se passa a ter conceito, e ele é frontalmente incompatível com o estabelecido na LOAS (STF, 2013, *online*).

Ao comparar os dois conceitos, percebe-se que o estabelecido na Convenção permite que a pessoa, mesmo tendo deficiência, possa ter uma vida independente, além de também poder trabalhar; de modo que se for economicamente miserável, terá direito ao benefício de prestação continuada.

Ao ser aprovada conforme o disposto no art. 5º, § 3º da Constituição Federal de 1988, a Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência integra o rol dos direitos fundamentais¹⁸⁵,

185 Robert Alexy (2008, p. 123) deixa claro que “do ponto de vista da vinculação ao texto constitucional, da segurança jurídica e da previsibilidade, um modelo puro de regras é, sem dúvida, a alternativa mais atraente. Os defensores do modelo puro de regras são aqueles que consideram que as normas de direitos fundamentais, por mais que possam ser carentes de complementação, são sempre aplicáveis sem o recurso a ponderações e, são, nesse sentido, normas *livres de sopesamento*” (grifo do autor).

motivo pelo qual, em obediência ao § 1º do mesmo dispositivo, terá aplicabilidade imediata (BRASIL, 2010). Ademais, trata-se de tema que contempla princípio fundamental da República Federativa do Brasil, qual seja, dignidade da pessoa humana.

Convém elucidar que, mesmo presente no artigo 203, V, da Constituição Federal requisitos para a concessão do benefício de prestação continuada aos portadores de deficiência, tal requisito se aliado ao conceito de pessoa com deficiência presente na LOAS restringe o direito ao benefício para aquelas pessoas portadoras de deficiência que se encontrem em condições de absoluta miséria, mas que conseguem realizar atos da vida diária.

Vive-se o momento da inclusão da pessoa com deficiência, por meio do qual a sociedade passa a se adaptar para poder incluir, em seus sistemas sociais gerais, pessoas com deficiência (além de outras) e, simultaneamente, estas se preparam para assumir seus papéis na sociedade (SASSAKI, 2010).

Romeu Kazumi Sasaki (2010) expõe os princípios sobre os quais repousa a prática da inclusão social. São eles: a aceitação das diferenças individuais, a valorização de cada pessoa, a convivência dentro da diversidade humana e a aprendizagem mediante a cooperação. Desta aplicação, surge a certeza de que ela contribui para a construção de novo tipo de sociedade por meio de transformações nos ambientes físicos (espaços internos e externos, equipamentos, aparelhos e utensílios, mobiliários e meios de transporte), nos procedimentos técnicos e na mentalidade de todas as pessoas, inclusive da própria pessoa com deficiência.

Clarividente, portanto, que manter o conceito de pessoa com deficiência presente na Lei nº 8.742/93 é o mesmo que demonstrar pensamento discriminatório, por acreditar que essas pessoas são incapazes para a vida independente e para o trabalho.

Importante mencionar que o acesso inclusivo aos benefícios disponibilizados pela sociedade é considerado, cada vez mais,

como fator do grau de desenvolvimento do Estado. Só em uma sociedade inclusiva, que respeita o indivíduo, dando-lhe o direito de ser diferente, é que se pode ter condições de exercer a cidadania.

Sendo assim, restam contraditórias as atitudes do Poder Público se, de um lado, este defende a inclusão social das pessoas com deficiência e, do outro, elabora leis que limitem o seu acesso aos direitos fundamentais a uma vida digna, no caso em análise ao benefício de prestação continuada, ao adotar conceito restritivo de pessoa com deficiência presente na LOAS. É lícito afirmar que a ADPF 182 amolda-se perfeitamente à Teoria Geral do Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis desenvolvida por Valerio de Oliveira Mazzuoli.

Em que pesem argumentos presentes nas manifestações da Advocacia Geral da União, Câmara dos Deputados, Senado Federal, Procuradoria do INSS em prol da improcedência da ADPF (STF, 2013, *online*), a teoria do controle de convencionalidade das leis surtiu efeito, no âmbito doméstico, por meio da Lei nº 12.470, de 31 de agosto de 2011 (BRASIL, 2011, *online*) que alterou, dentre outros dispositivos, o artigo 20 da Lei nº 8.742/93, de modo que agora, mesmo que a ADPF 182 ainda não tenha sido julgada, o § 2º do artigo 20 da LOAS passa a vigorar com o conceito de pessoa com deficiência tal qual estabelecido no artigo 1º da Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência.

CONCLUSÃO

O Direito brasileiro vem integrando um novo tipo de controle das normas infraconstitucionais, qual seja o Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis. Sendo assim, a produção normativa interna passa a ter um duplo controle vertical. O primei-

ro tipo de controle diz respeito à compatibilidade com as normas da Constituição e os tratados de direitos humanos, enquanto o segundo envolve os tratados internacionais comuns em vigor no país.

No que diz respeito ao controle dos tratados de direitos humanos, se dividem em controle difuso e controle concentrado. Este alberga os aprovados com o *status* de emenda constitucional ao obedecer à sistemática do art. 5º, § 3º da Carta da República de 1988; enquanto aquele contempla os que não tenham sido aprovados com esta maioria qualificada, de modo que possui *status* de norma materialmente constitucional.

O Brasil vem concedendo aos direitos humanos a qualidade de elemento de política externa. Isso proporciona a continuidade nas medidas a serem adotadas com vistas à progressiva implementação dos direitos fundamentais da pessoa humana. Com relação às pessoas com deficiência, o Estado brasileiro é signatário de diversas convenções, dentre as quais a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que foi homologada pela Assembleia da ONU, em 13 de dezembro de 2006, e entrou em vigência em 3 de maio de 2008, após ultrapassar o mínimo de vinte ratificações.

Esta convenção ganha alcance global e gera efeitos positivos, tanto no Direito Internacional quanto no Direito interno dos Estados signatários. No cenário internacional, demonstra a necessidade de um esforço mundial para que os Estados assegurem os direitos fundamentais das pessoas com deficiência.

No caso brasileiro, se destaca no direito constitucional por ter sido o primeiro tratado internacional de direitos humanos do século XXI, específico para as pessoas com deficiência. O Brasil a assinou, bem como 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 importância por ter sido a primeira

convenção internacional com equivalência de emenda à constituição, por força do artigo 5º, § 3º do texto constitucional de 1988.

Desta forma, uma vez aprovada, a convenção é tomada como base, pelos países signatários, para a construção das políticas sociais, no que diz respeito tanto à identificação do sujeito albergado pela proteção social quanto aos direitos a serem garantidos ou assegurados.

O presente trabalho não se preocupou em analisar o mérito da concessão do benefício de prestação continuada, mas sim demonstrar os efeitos do controle de convencionalidade. Sabe-se que o ajuizamento da ADPF 182 pela Procuradoria Geral da República, bem como as crescentes discussões sobre a Teoria Geral do Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis são anteriores à elaboração da Lei nº 12.470, de 31 de agosto de 2011, a qual alterou o artigo 20 da Lei nº 8.742/1993 e que passou a vigorar com o conceito de pessoa com deficiência presente no artigo 1º da Convenção da ONU sobre o Direito das Pessoas com Deficiência.

Não se pode perder de vista que o ajuizamento da ADPF 182 foi o ponto de partida para os debates sobre a utilização de tais conceitos. O único interesse era que o Supremo Tribunal Federal realizasse controle de convencionalidade, ou seja, analisasse a alegada incompatibilidade do dispositivo da LOAS com as obrigações internacionais do Brasil contidas na Convenção da ONU. Ora, se não fosse de tamanha importância esse assunto não teria ocorrido o reconhecimento por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, com a consequente elaboração da Lei nº 12.470, de 31 de agosto de 2011, antes mesmo do julgamento da ADPF 182 pelo Poder Judiciário, ou seja, Supremo Tribunal Federal, para redigir o novo artigo da LOAS conforme a Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência.

REFERÊNCIAS

ACUÑA, Carlos. H. *et al.* Discapacidad: derechos y políticas públicas. In: ACUÑA, Carlos H.; GOÑI, Luís G. *Bulit (Comp.)*. **Políticas sobre La discapacidad en la Argentina**: el desafío de hacer realidad los derechos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2010. p. 23-72.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 44. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, 8 dez. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm>. Acesso em: 04 mar. 2013.

_____. Lei nº 12.470, de 31 de agosto de 2011. Altera os arts. 21 e 24 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre o Plano de Custeio da Previdência Social, para estabelecer alíquota diferenciada de contribuição para o microempreendedor individual e do segurado facultativo sem renda própria que se dedique exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencente a família de baixa renda; altera os arts. 16, 72 e 77 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre o Plano de Benefícios da Previdência Social, para incluir o filho ou o irmão que tenha deficiência intelectual ou mental como dependente e determinar o pagamento do salário-maternidade devido à empre-

gada do microempreendedor individual diretamente pela Previdência Social; altera os arts. 20 e 21 e acrescenta o art. 21-A à Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993 – Lei Orgânica de Assistência Social, para alterar regras do benefício de prestação continuada da pessoa com deficiência; e acrescenta os §§ 4o e 5o ao art. 968 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para estabelecer trâmite especial e simplificado para o processo de abertura, registro, alteração e baixa do microempreendedor individual. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, 1º set. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12470.htm#art3>. Acesso em: 04 mar. 2013.

CANTOR, Ernesto Rey. Controles de convencionalidad de las leyes. In: Mac-Gregor, Eduardo Ferrer e Lello de Larrea, Arturo Zaldívar (coords.). **La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam/Marcial Pons, 2008. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2562/16.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2013.

DINIZ, Débora. **O que é deficiência**. São Paulo: Brasiliense, 2007. _____; BARBOSA, Livia; SANTOS, Wederson Rufino dos. Deficiência, direitos humanos e justiça. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 65-77, dez. 2009 (semestral).

FARA, Luis. Análisis de la normativa nacional orientada a las personas con discapacidad. In: ACUÑA, Carlos H.; GOÑI, Luís G. Bulit (Comp.). **Políticas sobre La discapacidad en la Argentina: el desafío de hacer realidad los derechos**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2010. p. 125-189.

FEIJÓ, Alessandro Rahbani Aragão. Os efeitos da Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no Direito Internacional e no Brasileiro. In: **Direito internacional em expansão** – volume 1 – Anais do 10º Congresso Brasileiro de Direito Internacional / Wagner Menezes, organizador. – Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. (p. 27-36).

FONTOURA, José Augusto. Comentários ao artigo 2º. In: SALIBA, Aziz Tuffi. **Direito dos tratados**: comentários à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados (1969) – Aziz Tuffi Saliba (Org.). – Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

GOMES, Luiz Flavio. **Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica**. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

GUERRA, Sidney. **Os direitos humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. A proteção internacional dos direitos humanos no âmbito da Corte Interamericana e o controle de convencionalidade. In: **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**. v. 32.2, p. 341-366, jul./dez., 2012. Disponível em: <<http://mdf.secrel.com.br/dmdocuments/Sidney%20Guerra.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. – 6. ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueiredo. Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência da ONU. In: GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira; RIBEIRO, Lauro

Luiz Gomes (Org.). **Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência.** Florianópolis: Obra Jurídica, 2007. p. 41-65.

MARTINS, Lilia Pinto. **A convenção sobre direitos das pessoas com deficiência comentada.** Coordenação de Ana Paula Crosara Resende e Flavia Maria de Paiva Vital. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista Direito e Justiça** – Reflexões sociojurídicas, vinculada ao Curso de Direito da URI – *campus* de Santo Ângelo – RS – Ano IX – nº 12, p. 235-275, mar. 2009.

_____. **Direito dos tratados.** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Curso de direito internacional público** – 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MENEZES, Wagner. O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade. In: **Pensar**, Fortaleza, v.12, p.134-144, mar. 2007. Disponível em: <hp.unifor.br/pdfs_notitia/1948.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2013.

NAUSSBAUM, Martha. **Las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión.** Barcelona: Paidós Iberica, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência.** Disponível em: <<http://www.un.org/disabilities/convention/conventionfull.shtml>>. Acesso em: 15 set. 2011.

PIOVESAN, Flávia. A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito

brasileiro. In: GOMES, Luís Flávio; PIOVESAN, Flávia (coord.). **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

QUIXADÁ, Leticia Antonio. **O supremo e os tratados internacionais de direitos humanos: debate jurisprudencial em relação ao nível hierárquico-normativo dos tratados internacionais**. 2009. 73 f. Monografia – Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://ebookbrowse.com/148-monografia-leticia-quixada-pdf-d26680972>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos. **Revista do Conselho da Justiça Federal**. Brasília, n. 29, p. 53-63, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero29/artigo08.pdf>>. Acesso em 25 fev. 2013.

RUSSOWSKY, Iris Saraiva. O controle de convencionalidade das leis: uma análise na esfera internacional e interna. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Ano 1 (2012), nº 3. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012_03_1745_1826.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2013.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Inclusão: construindo uma sociedade para todos**. 8. ed. Rio de Janeiro: WVA, 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Acompanhamento processual: ADPF 182 – Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (Processo físico)**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2690086>>. Acesso em: 05 mar. 2013.

AS REPERCUSSÕES DO DIREITO INTERNACIONAL NO PÓS-CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO SEGUNDO A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS

Marcelo Ribeiro Uchôa

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa refletir sobre o papel do Direito Internacional na fundamentação das normas constitucionais brasileiras associadas aos direitos humanos, seja no processo de formulação teórica, seja enquanto pilar de sustentação axiológica.

A apreciação do tema reveste-se de especial importância, mormente agora que a Constituição da República alcança seus 25 anos de existência, deparando-se com o paradoxo de atingir a maturidade jurídica, distantemente, todavia, de conseguir efetivar, de maneira adequada, seu núcleo jurídico de direitos fundamentais de natureza prestacionais do Estado.

Em perspectiva que jamais se espera encontrar, porém sempre factível, pois se o Brasil ainda sofre com a necessidade de fortalecer sua cultura constitucional é porque, ao largo de sua história, conviveu com crises de institucionalidade. A não materialização deste núcleo jurídico fundamental coloca-o em via de aproximação direta com o risco de perecimento, em face de interpretações em sentido oposto ao de seu objetivo normativo, situação usualizada no espectro geral da Constituição, cujas emendas já superam 70.

A abordagem que se segue pretende demonstrar que o Direito Internacional pode servir de ferramenta importante para contribuir no processo de efetivação dos direitos fundamentais, abordan-

do, outrossim, peculiaridade neste tocante relacionada aos direitos econômicos, sociais e culturais.

1. O PÓS-CONSTITUCIONALISMO

Uma resposta minimamente adequada ao escopo do presente texto, isto é, em condições de apresentar as influências do direito internacional sobre o pós-constitucionalismo nacional, a partir do enfoque dos direitos humanos, deve necessariamente responder a três questionamentos que precedem à análise da discussão propriamente dita: em primeiro lugar, o que é pós-constitucionalismo? Segundo, como se dá a relação entre o direito internacional e o direito nacional? Terceira questão, o que são direitos humanos?

Com efeito, segundo Luís Roberto Barroso (2013), o pós-constitucionalismo, ou, como preferem alguns, o novo direito constitucional é:

um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito

Portanto, de imediato se observa que o pós-constitucionalismo é um fenômeno racional produzido a partir de significativas transformações de ordem política, filosófica e jurídica.

A perspectiva política está associada às transformações do Estado, de liberal¹⁸⁶ a bem-estar¹⁸⁷, impulsionadas após a constatação das danosas consequências sociais provocadas pelo crescimento desordenado da economia industrial livre da intervenção estatal, somadas às reivindicações coletivas em torno da obtenção de tais garantias jurídicas, que, no decorrer do século XX, perpassaram de uma situação de inação estatal para uma obrigação de *facere*, inicialmente relacionado aos direitos sociais e eventualmente focada nos direitos difusos e coletivos¹⁸⁸. O apogeu desse momento foi o pós II Guerra Mundial, quando, de fato, se iniciou uma disseminação sistemática desse novo modelo constitucional no ocidente.¹⁸⁹

186 Que em seu momento histórico consagrou os chamados direitos fundamentais de primeira dimensão ou direitos de liberdade, também chamados de direitos civis e políticos, por exemplo: direito à vida, à integridade física no caso de detenção, direito ao devido processo legal, direito a ser julgado em tribunal com isenção, direito de liberdade de expressão, liberdade de religião e culto, direito à intimidade, direito à propriedade privada, direito ao livre mercado, direito de nacionalidade, direito de cidadania, direito de votar e ser votado, etc.

187 Que agregou à dimensão da nota acima uma segunda dimensão de direitos fundamentais, os direitos econômicos, sociais e culturais, com fundamento no valor da igualdade, por exemplo: o direito ao trabalho em condições dignas, direito à saúde, educação, moradia, habitação, alimentação, à distribuição de renda, previdência social, etc.

188 Considerados direitos fundamentais de terceira dimensão, fundamentados no valor da fraternidade, tais como: paz, autodeterminação dos povos, direito ao progresso, à propriedade comum sobre bens da humanidade, direito ambiental, do consumidor, comunicação, direitos aos quais se somaram, depois, bioética, inclusão digital, democracia, etc., sendo esclarecedor destacar que não há consenso sobre esta classificação, pois há os que defendem a existência de uma quarta ou quinta dimensão, separando direitos aqui conjugados.

189 Para Barroso (2013): “A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã [03]), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional.

No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. (...) A Constituição foi capaz de promover, de maneira

Já pela perspectiva filosófica, o pós-constitucionalismo recebeu clara influência do pensamento pós-positivista, reforçado também a partir do II Pós-Guerra, especialmente por suas razões: primeiro, porque a derrocada alemã e italiana levou consigo a ideia de verdade categórica do direito posto, propalada pelo positivismo fundamentalista, renovando uma aproximação da norma jurídica com os fundamentos de justiça sobre os quais se alicerçava o então superado jusnaturalismo¹⁹⁰; segundo, porque, no afã de construir uma sociedade pacífica, solidária e sustentada, orientou-se para a promoção de uma reviravolta na compreensão sobre a fundamentação ética do Direito, acalorando a discussão sobre a importância dos direitos fundamentais como normas epicentrais do ordenamento jurídico, irradiadoras de toda produção normativa posterior.

Finalmente, influenciando as transformações jurídicas, a reflexão filosófica acima mencionada, com fulcro na matriz pós-positivista, abriu as portas para que se garantisse uma nova valoração aos princípios, que passaram a ser compreendidos não apenas como meras ferramentas de integração do ordenamento, senão como normas jurídicas perfeitamente eficazes e condicionantes das ações estatais, na esfera de todos os Poderes.

Entretanto, este fortalecimento dos princípios somente se materializou porque foram os mesmos trasladados para os núcleos das novas Constituições, em especial para albergar liberdades fundamentais, isto é, direitos civis e políticos (DCP) e direitos econômicos, sociais e culturais (DESC), aos quais, eventualmente, se somaram os direitos difusos e coletivos, com reforço da ideia de força

bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito”.

190 Segundo Barroso (2003): “O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais”.

normativa da Constituição, esta que, por sua vez, teve a retaguarda de um sistema constitucional de jurisdição ampliado e de uma nova hermenêutica constitucional.

Ou seja, concluindo a primeira preocupação assinalada, pelo menos no plano teórico, o pós-constitucionalismo pôs o fundamento ético do Direito e a preocupação com a eficácia dos direitos fundamentais na lógica constitucional, absorvendo-os em forma de princípios, estes, por sua vez, não mais sendo vistos como simples máximas jurídicas, ao contrário, sendo assimilados como normas de alto conteúdo e eficácia. As Constituições, de seu turno, assumiram caráter dirigente, não apenas formador do ordenamento jurídico, mas de um tipo de ordenamento jurídico voltado para a proteção do Estado de direito, fundado na democracia e comprometido com a defesa dos direitos humanos. Os Estados, de sua parte, assim como o corpo jurídico social, se estruturaram e se prepararam para a defesa do pós-constitucionalismo.

À luz do cenário brasileiro, só é possível identificar-se um processo semelhante de construção formal e axiológico na Carta da República de 1988, que consolidou e foi consolidada pelo novo regime democrático.

2. A RELAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL COM O DIREITO INTERNO

Segundo se sabe, eliminando-se arroudeios meramente retóricos, assim como o direito interno existe para mediar, equilibrar, permitir que as pessoas inseridas numa dada sociedade estatal convivam de maneira harmônica, o Direito Internacional também tem a função de mediar as relações no plano exterior entre os entes que formam a sociedade internacional.

Por esse motivo, há uma clara relação de complementariedade entre direito interno e direito internacional. Apesar disso, a doutrina do Direito das gentes comporta dois blocos de correntes jurídicas digladiando-se para definir que tipo de relação de complementariedade é esta e em que intensidade dá-se a mesma. Trata-se dos segmentos defensores do dualismo e do monismo jurídico.

Marcelo Uchôa (Cf. 2013, p. 1-2) informa que o dualismo¹⁹¹ crê na distinção completa e independência entre o direito internacional e o direito interno de cada Estado, de maneira que a validade da norma interna não está condicionada à harmonização com a ordem internacional.

Consolida a afirmativa contrária à existência de um sistema jurídico único a constatação de que direito internacional e direitos internos possuem diversidade de fontes (nos direitos internos, resultante das vontades dos correspondentes Estados; no internacional, resultante da vontade coletiva dos Estados), de sujeitos (nos direitos internos, correlatos indivíduos; no direito internacional, os Estados) e de objetos (para os direitos internos, as relações do Estado com os indivíduos; para o direito internacional, a relação dos Estados entre si).

Nesta mesma senda, também se alega o fato de que as normas do direito interno decorrem de uma Constituição emanada de um Poder teoricamente ilimitado, que subordinam os sujeitos internos, dependência esta inexistente no direito internacional, onde o dever de cumprimento normativo decorre do consentimento mútuo dos Estados e não de uma Constituição superior.

Assim, para que uma norma de direito internacional possa ser exigível num dado ordenamento jurídico estatal deverá primeiro

191 Dionisio Anzilotti (Pescia/Itália, 1867-1950), Carl Heinrich Triepel (Leipzig/Alemanha, 1868-1946) e Alfred Verdross (Innsbruck/Áustria, 1890-1980) foram os principais expoentes deste pensamento.

ser convertida em direito interno, através de um sistema de incorporação normativa, dando-se ideia de maior força ao direito interno em relação ao internacional. A incorporação será responsável pela inexistência de conflitos entre ambos os sistemas.

O § 3º, do art. 5º, da CF/88 (inserido pela Emenda Constitucional n. 45/04), reforça esta compreensão ao determinar um processo de incorporação próprio dos tratados internacionais sobre direitos humanos para aquisição de eficácia diferenciada, veja-se:

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.

Apesar disso, são fortes as críticas ao dualismo, posto que, se direito internacional e interno são sistemas inteiramente independentes, podem, pelo menos teoricamente, contrapor-se. Poderia então sobreviver um sistema antijurídico? Caso positivo, qual dos dois seria o antijurídico, o interno ou o internacional?

Além desta contradição formal, há também a concorrência de outra grave situação: é que a defesa a olhos vendados do dualismo, cujo fundamento, já se disse, é a total dissociação entre o direito interno e o direito internacional, serve de justificativa para a crença na existência da soberania Estatal ilimitada, que, em inúmeros momentos da história, já implicou exercício da tirania de um Estado sobre os correspondentes indivíduos e sobre outros Estados, mesmo ante a repulsa da sociedade internacional.

Já os monistas creem que o direito internacional e o direito interno estão inclusos num único sistema jurídico coerente e completo. Subdividem-se em monistas internacionalistas e monistas nacionalistas.

O monismo internacionalista¹⁹² apregoa a existência de uma só ordem jurídica, estabelecida a partir do direito internacional, ao qual se ajustam todas as demais ordens internas. Havendo conflito normativo, a solução recai sobre a aplicação do direito internacional, pois dele decorre a validade lógica e o fundamento do direito interno. Na linguagem kelseniana, a projeção de toda ordem jurídica reside numa norma fundamental internacional, a qual, por sua vez, comporta uma ideia *pacta sunt servanda*, que torna obrigatório o cumprimento dos pactos ajustados pelos Estados convenientes (Cf. KELSEN, 1985, p. 352). Tal visão corrobora a pressuposição de responsabilidade internacional do Estado.

Valério Mazzuoli (2011, p. 88) é quem esclarece que, em 5 de novembro de 1948, a Organização das Nações Unidas (ONU) reconheceu que “os tratados validamente concluídos pelo Estado e regras geralmente reconhecidas de Direito Internacional formam parte da lei interna do Estado” e “não podem ser unilateralmente revogadas puramente por ação nacional”. Posteriormente, o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 expressamente estatuiu que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

Portanto, de logo se percebe que, pela perspectiva da sociedade internacional, há o reconhecimento da primazia dos tratados sobre o direito interno, que é um princípio básico para a existência do próprio direito internacional, já que, sem ele, os direitos internos não estariam vinculados a nada além de suas próprias normas.

A Constituição Federal de 1988 (CF/88), no art. 5º, § 2º, expressa que “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

192 Que tem em Hans Kelsen (Praga/República Tcheca/Áustria, 1881-1973) seu maior expoente.

Federativa do Brasil seja parte”. Por isso, parte considerável dos juristas brasileiros acredita na preponderância do monismo internacionalista.

O monismo nacionalista, por seu turno, defende a existência de uma só ordem jurídica com predomínio dos direitos internos sobre o direito internacional, devido à soberania dos Estados e à força de suas Constituições. O direito internacional é legítimo, mas sua aplicação depende da compatibilidade com os direitos internos, em especial com a Constituição de cada um dos Estados existentes.

São dois os argumentos que reforçam esta posição: a inexistência de uma estrutura supraestatal que obrigue os Estados a cumprir suas normas e o fato de as Constituições internas criarem elas próprias os órgãos e poderes que eventualmente celebrarão tratados, pressupondo-se, por via de consequência, uma necessária dependência de validade do direito internacional aos direitos internos através de suas Constituições.

De uma forma ou de outra, a crítica aplicada ao dualismo também é extensível ao monismo nacionalista, conquanto o direito internacional seja reduzido ao direito interno, deixar para o livre arbítrio dos Estados o estabelecimento de seus próprios limites de ação pode ser algo imensamente perigoso para a humanidade.

A Constituição brasileira não demonstra categoricamente preferência por nenhuma das teorias, mas a experiência permite considerar a ideia do primado da Constituição sobre os tratados internacionais como preponderante, até mesmo pelo fato de que, no país, normas internacionais, via de regra, possuem eficácia paritária a de normas infraconstitucionais, salvo quando versam sobre direitos humanos, ocasião em que, por decisão do STF¹⁹³, ou ostentam eficácia supralegal ou eficácia constitucional, neste caso, desde que incorporadas mediante um processo mais rígido de internalização.

193 Vide mais adiante.

Segundo Uchôa (2011, p. 4), a exigência de “processo de incorporação de tratados internacionais de direitos humanos ao direito interno para aquisição de eficácia diferenciada (art. 5º, § 3º, da CF/88) é outro indício para sustentar o condicionamento da ordem internacional ao direito interno”¹⁹⁴.

Esta posição diz respeito tão-somente aos tratados em termos gerais, pois, no caso de normas internas de direitos humanos, não há como negar a força que exercem sobre a formação do ordenamento nacional, especialmente sob o alicerce do pós-constitucionalismo no país, condição que, inclusive, segundo já antecipado linhas acima, tem sido compreendida pelo STF, consoante será oportunamente demonstrado.

3. OS DIREITOS HUMANOS

Consoante se sabe, em uma longa trajetória de afirmação cujo princípio se diz na Antiguidade — desde que Ciro (século VI a.C.), no vasto império Persa, cunhou em cilindro de argila normas aplicáveis a todas as pessoas, indistintamente — até 1948 — quando a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) enumerou seu histórico bloco de 30 normas —, os direitos humanos atravessaram períodos de altos e baixos em seu processo de reconhecimento, positivação e efetivação.

Os direitos humanos são bens jurídicos universais, inalienáveis, interdependentes e inter-relacionados, intimamente vincu-

194 Neste aspecto em específico, vale mencionar que o Decreto Executivo 6.949/09, que ratificou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, dando ensejo ao Decreto 7.612/11, que instituiu o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (Plano Viver sem Limite), foi o primeiro tratado internacional de direitos humanos internalizado no Brasil mediante o rito do § 3º, do art. 5º, da CF/88, galgando, em vista disso, eficácia constitucional, inserindo-se, pois, no bloco de constitucionalidade brasileiro.

lados num sistema normativo absoluto, de alto conteúdo ético. São bens que valoram a dignidade humana e que, por isso, uma vez reconhecidos pela humanidade, devem ser acolhidos nos mais diversos ordenamentos jurídicos, com proteção reforçada, a fim de que jamais sejam esquecidos.

No Brasil, a dignidade da pessoa humana é base de sustentação de todo sistema jurídico, segundo já manifestado pelo STF, no HC 85.988/PA, Relator Ministro Celso de Mello, DJU de 10/06/05 (STF, 2013):

[...] o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa — considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) — significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Constituição Federal (Art. 5º, incisos LIV e LXXVIII). EC 45/2004. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, ns. 5 e 6). Doutrina. Jurisprudência.

Luño (2004, p. 46)¹⁹⁵ assenta que:

Os direitos humanos costumam ser entendidos como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional. Ao passo que com a noção de direitos fundamentais se busca referir a aqueles direitos humanos acolhidos pelos ordenamentos jurídicos positivos, na maior parte dos casos em suas normas constitucionais, e que costumam gozar de tutelas reforçadas.

195 Tradução livre do autor.

Acolhe o jurista espanhol a ideia de que direitos humanos são bens que emanam e ao mesmo tempo valoram a dignidade humana, sendo atribuíveis a todos os seres humanos pelo fato de serem humanos, devendo, portanto, gozar de reconhecimento no plano do direito positivo internacional e nacional. Também pontua Perez Luño que tais direitos humanos, quando positivados nos ordenamentos jurídicos — de preferência nas respectivas Constituições —, se convertem em direitos fundamentais, gozando, na prática, de eficácia reforçada.

Não falta quem afirme que direitos humanos são categorias de direitos reconhecidos no plano internacional, por tratados e convenções, enquanto direitos fundamentais são reconhecidos no âmbito dos direitos positivos internos, mas a lição do mestre ibérico supera esta digressão, que, “apesar de parcialmente correta, não esgota o conceito, posto que a transformação em direito fundamental não retira do bem jurídico tutelado a qualidade de ser direito humano” (UCHÔA, 2011, p. 193).

Três são as qualidades que diferenciam os direitos humanos das demais categorias jurídicas: a) universalidade; b) inalienabilidade e sucessiva imprescritibilidade; c) interdependência e inter-relação ou caráter absoluto do sistema, com conseqüente indivisibilidade.

A universalidade dos direitos humanos existe tanto na dimensão espacial, por serem atribuíveis a todas as pessoas, indistintamente, quanto na dimensão temporal, posto que são históricos e acompanham o ser humano desde o princípio de sua existência, ainda que, como reivindicações morais, somente sejam conhecidos tempo ao tempo, quando as sociedades estão preparadas para entendê-los.

Norberto Bobbio explica que “os direitos humanos não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas” (apud PIO-

VESAN in CORRÊA; VIDOTTI, 2005, p. 177). “Enquanto reivindicações morais, nascem quando devem e podem nascer”, pontua Flávia Piovesan (CORRÊA; VIDOTTI, 2005, p. 177).

O fato de serem reivindicações morais não lhes tira a capacidade de existirem como direito latente, com pretensão eficaz positiva, inclusive para servir, doravante, como parâmetro normativo de criação de outras normas jurídicas e/ou para frear abuso de governante ou de quem quer que seja. Hannah Arendt (*apud* PIOVESAN in CORRÊA; VIDOTTI, 2005, p. 177) é quem afirma: “os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução”.

Importa considerar, no tocante à característica da universalidade, que grande dilema na aplicação dos direitos humanos tem sido compreender os limites de tutela do relativismo cultural. É que nem sempre a cultura traduz-se numa manifestação humana justa. Há um sem-número de situações em que, para frear-se o curso de aplicação dos direitos humanos, invoca-se uma cultura baseada em valores discriminatórios, são os casos da clitoridectomia, do canibalismo cultural e da intolerância religiosa. Para Piovesan (CORRÊA; VIDOTTI, 2005, p.187):

Os direitos culturais não podem confinar-se na ideia da perpetuação de costumes ou tradições, como se as antigas gerações invocassem a prerrogativa de decidir os destinos das futuras gerações. Há que se reinventar o pacto intergeracional no campo dos direitos culturais. Há que se dar o ‘right of voice’ às futuras gerações, às suas inquietudes e reivindicações morais.

Em outras palavras, conquanto o argumento da cultura seja delicado, importa, consoante alerta Uchôa (2011, p. 194), “distinguir aquilo que realmente é válido enquanto cultura e aquilo que não o é.

Afinal, a história está repleta de casos em que povos tentaram exterminar outros povos sob o argumento da supremacia cultural”.

Diferenças e desigualdades não são termos sinônimos. As diferenças, expressões puras do multiculturalismo, são úteis à humanidade; já as desigualdades, por sua natureza excludente, são, via de regra, danosas. Ensina Luigi Ferrajoli (2006, p. 82)¹⁹⁶ que:

As diferenças — sejam naturais ou culturais — não são outra coisa que rasgos específicos que diferenciam e ao mesmo tempo individualizam as pessoas e que, enquanto tais, são tuteladas pelos direitos fundamentais. As desigualdades — sejam econômicas ou sociais — são, ao contrário, as disparidades entre sujeitos produzidas pela diversidade de seus direitos patrimoniais, assim como de suas posições de poder e sujeição. As primeiras concorrem, em seu conjunto, a formar as diversas e concretas identidades de cada pessoa; as segundas, a formar as diversas esferas jurídicas. [...] Há que se compreender, pelas vias do direito, o nexu que liga a diferença à igualdade, e que as opõe às desigualdades e discriminações.

Tal linha de raciocínio está consagrada no § 5º da Declaração de Viena de 1938:

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de maneira justa e equânime, com os mesmos parâmetros e com a mesma ênfase. As particularidades nacionais e regionais e bases históricas, culturais e religiosas devem ser consideradas, mas é obrigação dos Estados, independentemente de seu sistema político, econômico e cultural, promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

196 Tradução livre do autor.

Outra qualidade dos direitos humanos é a inalienabilidade ou irrenunciabilidade ou intransferibilidade, que intui que os mesmos não podem sofrer alienação, renúncia ou transferência por parte de seu titular. Este traço diferencia, e muito, os direitos humanos de outras categorias jurídicas, já que muitas são renunciáveis, enquanto os direitos humanos não são passíveis de alienação.

Entretanto, é preciso ressaltar que esta inalienabilidade se refere tão somente à titularidade do direito, e não ao exercício, daí decorrer o fato de que a aplicação do direito humano pode ser hoje relativizada, sem prejuízo de que, amanhã, o titular seja beneficiado com sua efetivação. É este não pericamento da titularidade sobre o direito humano que sustenta o argumento de que eventuais violações aos direitos humanos são imprescritíveis.

Finalmente, os direitos humanos são interdependentes e inter-relacionados, impassíveis de serem analisados separadamente, posto que integrantes de um sistema de caráter absoluto. Observe-se que não são os tais direitos, em si, absolutos. Absoluto é o sistema jurídico normativo o qual integra. Na verdade, direito algum pode ser tomado como absoluto, ainda que ostente a mais elevada carga ética.

Segundo Uchôa (2013, p. 195), “a questão que se deve fomentar não é como os direitos humanos são absolutos, mas em virtude de que o são”. É que, como dito, o caráter absoluto não é uma qualidade do direito humano individualmente considerado, mas de seu conjunto normativo (rede integrada e interdependente de liberdades) em relação a outras categorias jurídicas. Individualmente são passíveis de limitação, mediante ponderação no caso concreto. É a hipótese, por exemplo, do atirador de elite da polícia quando decide tirar a vida do sequestrador para salvar uma vítima que tem uma arma apontada para sua cabeça.

4. A NACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS E DIREITOS ECONÔMICOS SOCIAIS E CULTURAIS

Respondidas as questões preliminares, é factível compreender que o objetivo do presente estudo é refletir sobre as influências do Direito Internacional na formação do bloco jurídico de direitos fundamentais tutelados pela Constituição de 1988.

Tais direitos encontram-se enumerados no Título II da Constituição (Dos Direitos e Garantias Fundamentais)^{197 198}, todos em sintonia com o Título I (Dos princípios fundamentais) e gozando da proteção do art. 5º, §1º, da CF/88, o qual reza que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, bem como de seu art. 60, §4º, segundo o qual: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV – os direitos e garantias individuais”.

Fato é que os direitos fundamentais reconhecidos pelo ordenamento nacional encontram forte amparo lógico e axiológico no rol de direitos correlatos reconhecidos pelo direito internacional.

197 Mormente haverem outros espalhados noutras divisões da Carta Magna, bem como no plano infraconstitucional do ordenamento brasileiro, até mesmo porque é a própria CF/88 em seu art. 5º, § 2º, que compreende que este rol de direitos especiais não se fecha na Constituição, admitindo-se direitos fundamentais fora do catálogo constitucional, desde que decorrentes do regime especial, tratados internacionais ou dos princípios adotados pela República. Ou seja, desde que coerente com o princípio da dignidade humana.

198 Sarlet (2001, p. 187-188) aponta as garantias institucionais dos arts. 194 (seguridade social), 226 (família) e 207 (autonomia das universidades), da Constituição, como verdadeiras garantias fundamentais, com mesma natureza jurídica de direitos fundamentais, todas elas posicionadas fora do título II da CF. A estas, pode-se somar, sem qualquer receio, os princípios da ordem econômica, incluídos no Art. 171 da CF/88, por exemplo, inciso IV (redução das desigualdades regionais e sociais), inciso V (busca do pleno emprego) e inciso VI (tratamento favorecido para empresas de pequeno porte, constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede e administração no país).

Já Queiroz Júnior (2006, p. 104-106) cita o caso da duração da hora noturna inferior a da hora diurna (52 minutos e 30 segundos), disciplinado pelo art. 73, § 1º, da CLT, e as estabilidade provisórias do trabalhador acidentado e do representante dos trabalhadores no Conselho Nacional de Previdência Social – CNPS e no Conselho Curador do FGTS, dos arts. 118 e 3º, §7º, respectivamente, da Lei n. 8.213/91, e art. 3º, §9º, da Lei n.8.036/90, como situações de direitos fundamentais na legislação infraconstitucional, portanto, não só fora do título II da Carta, como da própria Carta.

Tal situação não se deu por acaso. Consoante é sabido, apesar da consistente oposição do segmento conservador da Assembleia Constituinte Nacional, as influências externas provocadas pelo Direito Internacional dos direitos humanos, que, décadas antes do histórico 5 de outubro de 1988, já vinha difundindo uma coordenada estratégia de universalização e transponibilização dos direitos humanos, da dimensão exterior para as faces positivas internas, subsidiando os movimentos de resistência civil a consignarem tais garantias no texto constitucional vigente.

Essa estratégia internacional, planejada e articulada seguiu-se aos anos seguintes à II Guerra Mundial, quando a sociedade internacional, alertada pelos horrores do conflito e sua intensidade destrutiva, dedicou-se a desenvolver um direito universal para perpetuação da paz através da afirmação dos direitos humanos, portanto, da promoção da vida digna em todos os níveis.

Deste escopo, resultou a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que foi instituída, segundo o preâmbulo:

como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Os objetivos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e os temas abordados em seus 30 artigos foram doravante

aprofundados, reforçados e tornados exigíveis através de novos tratados internacionais multilaterais com os Pactos Universais de Direitos Humanos de 1966 (Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos e Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) — que, somados à DUDH formam a Carta Internacional dos Direitos Humanos —, da Proclamação de Teerã da Conferência de Direitos Humanos de 1968, da Resolução/ONU nº 32-130 de 1977, e, por fim, da Declaração e Programa de Ação de Viena da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de 1993.

Como se vê, o Direito Internacional vem subdividindo a categoria de direitos humanos em dois grupos, direitos civis e políticos (DCP) e direitos econômicos, sociais e culturais (DESC), os quais, enquanto integrantes do mesmo gênero direitos humanos, deveriam ser considerados de maneira única, integralizada, pelos fundamentos jurídicos salientados no tópico anterior.

De todo modo, com o objetivo de dar cabo de suas aspirações principais, a sociedade internacional também entendeu por bem regionalizar as estratégias de afirmação, promoção e defesa dos direitos humanos, mediante a instituição de distintos sistemas regionais, estando o Brasil, por exemplo, inserido no sistema interamericano, que tem política específica reforçada pela aplicação da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948¹⁹⁹, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), do Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 1979, do Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais de 1988 (Protocolo de San Salvador), do Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos de

199 Promulgada em 30 de abril de 1948, portanto antes mesmo da DUDH, cuja promulgação apenas se deu em 10 de dezembro do mesmo ano.

1997 e do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 2009.

No mais, também é relevante salientar que diversos tratados multilaterais sobre temas transversais conexos aos direitos humanos foram assentados durante o transcurso do século XX, sobretudo na segunda metade; por exemplo, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1966, Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979, Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984, Convenção Internacional sobre o Direito das Crianças de 1989, Princípios das Nações Unidas para o Idoso de 1991, Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo de 2006, dentre tantos outros compromissos firmados em nível global e em âmbito regional.

É deste emaranhado de normas, fatos e circunstâncias que, como se disse, se extrai o substrato valorativo dos direitos fundamentais acolhidos pela Carta da República, a qual, ressalte-se, ao contrário do Direito Internacional, não catalogou os DCP e os DESC em instrumentos normativos diferentes, ao contrário, inseriu-os conjuntamente dentro do Título II, segundo já afirmado no início do capítulo.

Importa destacar que, não nascendo de um vazio, de um simples nada, e mesmo havendo convertido o regime político nacional de ditatorial em democrático, evidentemente que a atual Constituição recebeu influência das demais Constituições anteriores²⁰⁰. Estas mesmas Cartas, por seu turno, também foram buscando os próprios substratos no direito comparado, que, de sua vez, também se suplementava pelos substratos adquiridos em cada momento histórico de

200 a1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e, até mesmo, da EC 1/69.

transformação política, inclusive para o que interessa ao presente texto, no tocante às garantias fundamentais.

Por isso, teoricamente, não seria incorreto dizer que a Carta de 1988 recebeu influências da Magna Carta imposta ao Rei João da Inglaterra (João Sem-terra), em 1215, ou da Constituição Mexicana, de 1917. Contudo, considerando a sistematização da política internacional de afirmação dos direitos humanos realizada após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e considerando, também, que direito humano algum foi deixado de lado a partir de então, que, ao contrário, novos juízos foram sendo formados no sentido de ampliar aquele rol fundamental, é válido considerar-se, do ponto de visto metodológico, a Declaração de 1948 e os dois Protocolos de 1966 como marcos legais inspiradores da Constituição de 1988, ao lado das Cartas temáticas da OEA.

É valioso destacar, a título de mero informe, que os Pactos Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos aprovados na forma da Resolução AG/ONU 2200, de 16/12/66 (ratificadas pelo Brasil em 24/01/92 e, em vigor, desde 07/07/92) se fizeram necessários ao fortalecimento do Sistema ONU de direitos humanos, já que a DUDH não possuía força cogente para assegurar o cumprimento de seus próprios dispositivos.

A propósito, a ideia inicial para a aprovação do conteúdo dos dois pactos era constituí-los num texto único, integrador de direitos civis e políticos (DCP) e direitos econômicos, sociais e culturais (DESC). Contudo, divergências provocadas pelos países de economia liberal — à frente os Estados Unidos —, que se opuseram à proposta de tornar exigíveis os direitos sociais, culminaram com a necessidade de se estruturarem dois diferentes textos, a serem ratificados de maneira distinta.

Relembrando-se, a universalização e a positivação dos DCP possuem como marco de referência histórica a vitória das revoluções burguesas iluministas no final do século XVIII, Independência dos Estados Unidos, de 1776, que redundou na proclamação da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, e da Declaração de Direitos do bom povo da Virgínia, de 1789, e, principalmente, a Revolução Francesa, que deu origem à Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, esta última formulada, segundo Uchôa (2013, p. 187), “sob o embalo inspirador do lema liberdade, igualdade e fraternidade”. Tal Declaração estabelecia, dentre outras previsões, o respeito às liberdades fundamentais, direitos civis e políticos, aos princípios da igualdade, da legalidade, da presunção de inocência, da livre manifestação de pensamento, etc.

Já os DESC tiveram como marco histórico os eventos sociais e políticos que se seguiram à Revolução Industrial²⁰¹. Foi

201 Segundo Uchôa (2013, p. 188-189):

“Desde meados do século anterior, o liberalismo econômico era a tônica. A mão invisível que movia o mercado — conceito de Adam Smith (Kirkcaldy/Escóssia, 1723-1790) — não repercutia em elevação de salários, ao contrário, somente garantia mais lucros aos afortunados que, por sua vez, investiam mais e mais na produção. O estudo científico e a descoberta da manipulação do vapor permitiram a invenção de máquinas rápidas e eficientes, equipamentos que logo permearam as indústrias. O trabalho deixou de ser notadamente agrícola passando a ser industrial e, pior, com a fragmentação do processo produtivo na indústria os trabalhadores perderam importância, passando a ser compreendidos como necessários, não mais para a produção propriamente dita do produto, mas tão somente para a operacionalização da máquina.

Explodiram as contradições do capitalismo no mercado de trabalho: para o bem da produção, as jornadas deveriam ser excessivas; não havia controle sobre insalubridade; crianças eram levadas às fábricas, e, juntamente com mulheres, recebiam salários inferiores aos pagos aos homens, os quais, por sua vez, já pouco recebiam; acidentes e mortes no trabalho se multiplicavam.

O ambiente urbano, especialmente nas grandes metrópoles, passou à total decadência, um sinônimo de exploração aberta e degenerada do homem pelo homem. Neste cenário de injustiça, se propagavam no seio do proletariado os ideários anarquistas e comunistas, principalmente após a publicação do Manifesto Comunista (ou Manifesto do Partido Comunista), de Karl Marx (Trevéris/Alemanha, 1918 – 1883) e Friedrich Engels (Barmen/Alemanha, 1820 – 1895), texto político dos mais influentes de toda história da humanidade. Em 1887, Marx lançaria o primeiro livro do conjunto O Capital, escrito tão influente quanto o citado Manifesto Comunista.

Como reação em cadeia, apesar da forte represália, reuniam-se os trabalhadores em torno de inúmeras bandeiras, desde a luta por melhores condições de trabalho até luta pela instauração de um Estado totalmente proletário. Em 1891, o Papa Leão XIII (Carpinetto Romano, 1810-1903) publica a Encíclica Rerum Novarum, cobrando regras mínimas para o trabalho e intervenção estatal reguladora”.

como consequência deste processo de repercussões mundiais que foi promulgada, no México, a Constituição de 1917, a primeira a acolher direitos sociais. Ainda em 1917, a Revolução Russa institucionalizou e buscou a universalização do comunismo, do poder operário e, conseqüentemente, dos direitos sociais, através de um estímulo que se iniciou a partir da promulgação da Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado da Rússia (Constituição Soviética), de 1818.

No penúltimo quadrante do século XX, somaram-se ao processo de afirmação dos DCP e DESC os direitos difusos e coletivos.

5. TABELA COMPARATIVA

A análise comparada das normas internacionais mencionadas no item anterior apresenta a inquestionável influência de seus conteúdos no empoderamento dos títulos I e, sobretudo, II, da Carta de 1988, este segundo, por sua vez, subdivididos em cinco capítulos: Dos direitos e Deveres Individuais e Coletivos, Dos Direitos Sociais, Da Nacionalidade, Dos Direitos Políticos e Dos Partidos Políticos.

Nas tabelas abaixo, apresenta-se, a título de amostragem, seqüência de exemplos de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, acolhidos pela CF/88 e com fundamento legitimado, respectivamente, na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 (DUDH), Protocolo Internacional de Direito Cívico e Político de 1966 (PIDC), Protocolo Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948 (DADDH), Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (CADH) e Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Huma-

nos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988 (PACADH).

Tabela 1 – Direitos Civis

DIREITOS CIVIS (CF/88)	DUDH	PIDC	PIDESC	DADDH	CADH	PACADH
Dignidade da pessoa humana como fundamento da República – Art. 1º, II	Preâmbulo	Preâmbulo	Preâmbulo	Preâmbulo	Preâmbulo	Preâmbulo
Prevalência dos Direitos humanos como princípio da República – Art. 4º, II c/c Previsão de máxima eficácia para as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais – Art. 5º, § 1º.	Preâmbulo	Preâmbulo	Preâmbulo	Preâmbulo	Preâmbulo	Preâmbulo
Repúdio ao racismo como princípio da República – Art. 4º, VIII c/c vedação e repreensão ao racismo e Art. 5º, XLII	Art. 2º	Art.2º, § 1º, Art. 24, §1º, Art. 26	Art.2º, § 2º	Art. 2º.	Art. 1º, §1º, Art. 27, § 1º.	Art. 13, §2º.
Concessão de asilo político como princípio da República – Art. 4º, VIII c/c	Art. 13, §1º.			Art.27	Art.22, §7º.	

Direito à igualdade perante a lei a brasileiros e estrangeiros residentes no país – Art. 5º, caput, c/c igualdade entre homens e mulheres, Art. 5º, I c/c proibição de discriminação no trabalho, Art. 7º, XXX, XXXI, XXXII, XXXIV e parágrafo único, c/c vedação de discriminação entre brasileiros natos e naturalizados, nos termos da lei – Art. 12, II, § 2º.	Art. 1º, Art. 2º, Art.16, Art.23, §2º, Art.29, §2º.	Art. 2º, §2º, Art.3º, Art. 14, Art. 24, §1.º, Art. 26.	Art. 7º, §§ 2º e 5º.	Art.2º.	Art.17, §4º, Art.24.	Art. 7º.
Impedimento da tortura e tratamento degradante – Art.5º, III	Art. 5º e Art.4º.	Art. 7º e 8º.	Art., 10, §3º.	Art. 14, Art.26.	Art.5º., Art.6º.	Art.7º.
Liberdade de manifestação de pensamento – Art.5º, IV	Art.18, Art.19.	Art.18, Art.19,		Art.3º, Art.4º	Art.13,	Art.8º
Direito de resposta e defesa da honra – Art.5º, V	Art.12.			Art.5º	Art. 11, Art.14.	
Direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada – Art. 5º, X	Art.12.			Art.9º, Art10	Art.10, §§2º e 3º	
Direito de reunião e manifestação pacífica – Art. 5º, XVI	Art.13, §1º, Art.19.	Art.21		Art.13	Art.15	Art.8º
Direito de associação para defesa de seus interesses – Art. 5º, XVIII	Art.20, Art.23, §4º.	Art.22		Art.22	Art.16	Art.8º
Direito de acesso à justiça, Art. 5º, XXXV c/c direito à assistência judicial gratuita para os hipossuficientes econômicos, Art. 5º, LXXIV	Art. 8º, Art. 10,			Art.18, Art.26	Art.8º, Art.8º, §7º, Art. 9º,	

Direito de respeito à integridade física e moral do preso – Art. 5º, XLIX	Art. 3º, Art. 5º, Art.9º, Art. 10, Art. 11.	Art.10, §1º.		Art.14, Art.17	Art.7º	
Proteção ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada – Art. 5º, XXXVI					Art.9º.	
Impedimento a juízo ou tribunal de exceção, Art. 5º, XXXVII c/c Proteção contra julgamento ilegítimo – Art. 5º, LIII c/c Impedimento de atribuição de crime sem lei anterior definindo – Art. 5º, XXXIX c/c Direito ao devido processo legal – Art. 5º, LIV c/c Direito de contraditório e ampla defesa – Art. 5º, LV c/c presunção de inocência – Direito de reunião pacífica – Art. 5º, LVII c/c direito de acesso a remédios constitucionais – Art. 5º, LXVII, LXVIII, LIX, LXX, LXXI, LXII, LXXIII e LXXVII c/c celeridade processual – Art. 5º, LXXVIII	Art. 8º, Art.10, Art.11, caput, §1º, 2º.	Art.14, §§		Art.18, Art.26	Art. 7º, §§ 5º e 6º, Art.8º, §2º, Art.9º, Art.25.	Art.8o
Previsão de valoração diferenciada para normas definidoras de direitos e garantias fundamentais	Preâmbulo	Art.2º, §§ 2 e 3.	Art.3º	Preâmbulo	Art.2º	

Não exclusão de outros direitos e garantias inseridos via princípios adotados pela Constituição e tratados internacionais dos quais o Brasil faça parte – Art. 5º LXXVIII, § 2º c/c atenção especial a tratados internacionais de direitos humanos – Art. 5º LXXVIII, § 3º	Preâmbulo, Art.29, §3º, Art. 30.	Preâmbulo	Preâmbulo	Preâmbulo	Art.2º	
--	----------------------------------	-----------	-----------	-----------	--------	--

Tabela 2 – Direitos Políticos

DIREITOS POLÍTICOS (CF/88)	DUDH	PIDC	PIDESC	DADDH	CADH	PACADH
Direito de soberania popular – Art. 1º, I c/c Direito de exercício da soberania Art. 14, caput	Art.21	Art.25, §§		Art.32, Art.34	Art.23	
Direito à cidadania – Art. 1º, II c/c Direito à gratuidade sobre atos necessários ao exercício da cidadania – Art. 5º, LXXVII c/c Direito à nacionalidade, Art. 12 c/c Direito de exercício da soberania, Art. 14, caput	Art.15, Art.21, §§, Art.22	Art.24, §3º, Art.25, §§		Art.19, Art.32, Art.34, Art.36	Art.20, Art.23	
Direito de sufrágio universal e voto secreto – Art. 14, I	Art.21, §3º.	Art.25, §§		Art.32, Art.34	Art.23	
Direito de governar o próprio Estado – Art. 14, § 3º	Art.21, §1º.	Art.25, §§		Art.32, Art.34	Art.23	

Direito de liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos nos termos da lei – Art. 17						
---	--	--	--	--	--	--

Tabela 3 – Direitos Econômicos

DIREITOS ECONÔMICOS (CF/88)	DUDH	PIDC	PIDESC	DADDH	CADH	PACADH
Direito de liberdade de exercício de trabalho – Art. 5º, XIII	Art.23		Art.6º, Art.7º	Art.14, Art.37		Art.6º, Art.7º
Direito de propriedade – Art. 5º, XXII	Art.17		Art.17, §7	Art.23	Art.21	
Direito ao aproveitamento econômico da própria obra – Art. 5º, XXVIII, b	Art.27, §2º.		Art.15, §3º			
Direito de herança – Art. 5º, XXX						

Tabela 4 – Direitos Sociais

DIREITOS SOCIAIS (CF/88)	DUDH	PIDC	PIDESC	DADDH	CADH	PACADH
Direito à educação – Art.6º, caput	Art.26		Art.1º, Art.13 e §§	Art.12	Art.26	Art.13
Direito à saúde – Art.6º, caput	Art.25, Art.26		Art.1º, Art.12 e §§	Art.11	Art.26	Art.10
Direito à alimentação – Art. 6º, caput	Art.25, Art.26		Art.1º, Art.11, §§	Art.11	Art.26	Art.12
Valor social do trabalho c/c Direito ao trabalho – Art.6º, caput	Art.23, Art.26		Art.1º, Art.6º, Art.7º	Art.14	Art.26	Art.7º

Direito à moradia – Art.6º, caput	Art.25, Art.26		Art.1º, Art.11, §§	Art.11, Art.23	Art.26	
Direito ao lazer – Art.6º, caput	Art.24		Art.1º, Art.7, §6º	Art.15	Art.26	Art.7º, §§
Direito à segurança – Art.6º, caput c/c Proteção contra julgamento ilegítimo – Art. 5º, LIII e etc c/c segurança jurídica – Art. 5º, XXXVI	Art.22		Art.1º,	Art.1º	Art.26	
Direito à previdência social – Art.6º, caput	Art.26		Art.1º, Art.9º.	Art.16	Art.26	Art.9º
Direito à proteção à maternidade e infância – Art.6º, caput	Art.25		Art.1º, Art.10, §§	Art.7º	Art.26	Art.15, §3º, Art.16
Direito à assistência social – Art.6º, caput	Art.25		Art.1º,		Art.26	Art.17, Art.18

Tabela 5 – Direitos Culturais

DIREITOS CULTURAIS (CF/88)	DUDH	PIDC	PIDESC	DADDH	CADH	PACADH
Integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina como princípio da República – Art. 4º, VIII c/c vedação e repreensão ao racismo e Art. 5º, XLII	Art.2º	Art.2º, §1º, Art.20, §2º, Art.24, Art.26	Art.1º	Art.2º	Art.1º, §1º	Art.1º, Art.3º
Liberdade religiosa e de culto – Art.5º, VI	Art.2º, Art.18	Art.18, §§		Art.3º	Art.12	Art.3º

Direito de não privação de direitos em razão de crença religiosa, convicção filosófica ou política – Art. 5º, VIII	Art.2º, Art.18, Art.19	Art.19, Art.26		Art.3º	Art.12	Art.3º
Liberdade de expressão de atividade intelectual, científica e de comunicação – Art.5º, IX	Art.2º, Art.18, Art.19	Art.19		Art.4º	Art.13, Art.15	Art.3º
Participação na vida cultural e Proteção aos direitos autorais – Art. 5º, XVIII	Art.27, Art.27, §2º	Art.27.	Art.15, §§	Art.13	Art.13	Art.14

6. SISTEMAS INTERNACIONAIS DE DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS

No intuito de defender efetivamente os direitos humanos, a sociedade internacional estruturou um sistema global de defesa vinculado às Nações Unidas, além de sistemas regionais de defesas a organizações de abrangência localizada.

O Sistema Global, por exemplo, está amparado pela existência do Conselho de Direitos Humanos da ONU²⁰², auxiliar da Assembleia Geral, cuja função é fortalecer a promoção e a proteção dos direitos humanos universalmente, enfrentando diretamente situações de violação dos direitos humanos e formulado recomendações sobre as mesmas; há, também, inúmeros comitês instituídos por tratados com competências específicas para atuar em áreas determinadas da política transversal dos direitos humanos, por exemplo: Comitê de Direitos Humanos (CCPR), Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CESCR), Comitê para a Eliminação

202 Integrado por representantes de 47 Estados membros.

da Discriminação Racial (CERD), Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (CEDAW), Comitê contra a Tortura (CAT), Subcomitê para a Prevenção da Tortura (SPT), Comitê dos Direitos da Criança (CRC), Comitê para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Imigrantes e de suas Famílias (CMW), Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CRPD) e Comitê contra os Desaparecimentos Forçados (CED); por fim, para funcionar como diplomata internacional da ONU em matéria de direitos humanos, o Sistema Global conta, ainda, com a figura do Alto Comissário para os Direitos Humanos, cujo correspondente escritório tem sede em Genebra (Suíça). O Alto Comissário dá suporte ao Conselho de Direitos Humanos e aos Comitês instituídos por tratados (Cf. NACIONES UNIDAS – DERECHOS HUMANOS, 2013).

Já em nível de sistemas regionais (europeu, interamericano, africano e árabe), todos também mantêm órgãos que julgam convenientes à proteção dos direitos humanos face à realidade local. O sistema regional interamericano, ao qual se subordina o Brasil, alberga duas entidades gerais autônomas de proteção aos direitos humanos, cuja relevância impõe-se destacar: a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem sede em San José, na Costa Rica. É integrada por sete magistrados oriundos dos Estados membros da OEA, eleitos em Assembleia Geral para mandato de seis anos, com direito a uma recondução. O Presidente e o vice são eleitos pela Corte para mandatos de dois anos, renovável uma vez.

A Corte IDH, mesmo sendo específica para dirimir conflitos relacionados aos direitos humanos, é o principal órgão jurisdicional do sistema interamericano. Sua regulação encontra-se nos arts. 52

e seguintes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica – Dec. 678/92), em combinação com as disposições do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos aprovado em 2009.

Indivíduos não acessam diretamente a Corte. Segundo o art. 61.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, “somente os Estados-partes e a Comissão têm direito de submeter um caso à decisão da Corte”. Porém, apesar da impossibilidade de proposição direta, indivíduos ou seus representantes podem apresentar, de forma autônoma, durante a instrução processual, suas petições, argumentos e provas, segundo consta da disposição do art. 40 do Regulamento da Corte.

O Regulamento prevê também, no art. 2.11, a figura do Defensor Interamericano, que, conforme informa, é a “pessoa que a Corte designe para assumir a representação legal de uma suposta vítima que não tenha designado um defensor por si mesma”. Além disso, acolhe, no art. 2.3, a figura do *amicus curiae* como sendo “a pessoa ou instituição alheia ao litígio e ao processo que apresenta à Corte fundamentos acerca dos fatos contidos no escrito de submissão do caso ou formula considerações jurídicas sobre a matéria do processo, por meio de um documento ou de uma alegação em audiência”.

Quem, via de regra, submete um caso à Corte IDH é a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, segundo reza o art. 35 do Regulamento da Corte, apesar de que um Estado parte também pode fazê-lo, segundo disposto o art 36 do mesmo regulamento.

A Corte IDH já teve a oportunidade de apreciar casos emblemáticos contra o Brasil, a saber: caso Damião Ximenes Lopes²⁰³ (violação ocorrida no CE), caso Nogueira de Carvalho e outros

203 Caso Corte IDH n. 12.237 (Damião Ximenes Lopes vs. República Federativa do Brasil), primeiro caso a tramitar na Corte contra o Brasil.

(violação ocorrida no RN), caso Escher e outros (violação ocorrida no PR), caso Gomes Lund e outros ou Guerrilha do Araguaia (violação ocorrida na região amazônica), caso Sétimo Garibaldi (violação ocorrida no PR).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é também um órgão autônomo do sistema de direitos humanos da OEA. Está sediada em Washington (EUA) e é composta de sete membros (com alta reputação moral e conhecimento jurídico) eleitos na Assembleia Geral da OEA para um período de quatro anos, com direito a uma recondução.

A Comissão, mais antiga que a Corte IDH, está prevista na Carta da OEA, art. 106, com regulamentação específica nos arts. 34 e seguintes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. São funções suas realizar estudos, fiscalizar ações de direitos humanos no sistema regional, propor recomendações aos Estados-membros, e encaminhar representações (demandando) à Corte Interamericana.

Segundo previsto pelo art. 44 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, qualquer pessoa, grupo de pessoas ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da OEA pode peticionar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que, por sua vez, averiguará sob a admissibilidade ou não da petição. Em face disso, poderá a Comissão formular as proposições e recomendações que julgar adequadas, inclusive, segundo dito, demandar contra o Estado-membro perante a Corte IDH, caso necessário.

O encaminhamento de uma denúncia à CIDH requer a satisfação dos seguintes requisitos expostos no art. 46.1, da Convenção Americana dos Direitos Humanos:

- a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos;

- b) que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva;
- c) que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e
- d) que, no caso do artigo 44º, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição.

Além disso, esclarece o inciso 2 do mesmo artigo 46 que:

- 2. As disposições das alíneas a e b do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando:
 - a) não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenha m sido violados;
 - b) não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e,
 - c) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

A exemplo do ocorrido no âmbito da Corte IDH, inúmeros casos contra o Brasil já foram apreciados pela CIDH, podendo-se citar: o caso Julia Gomes Lund e outros ou Guerrilha do Araguaia (violação ocorrida na região amazônica), o caso Maria da Penha (violação ocorrida no CE), Oziel Alves Pereira, Eldorado dos Carajás (violação ocorrida no PA), caso Simone André Diniz (violação ocorrida em SP), caso Quilombolas de Alcântara (violação ocorrida no MA), caso Antônio Ferreira Braga (violação ocorrida no CE), caso dos recém-nascidos com infecção hospitalar (violação ocorrida no RJ), caso do povo indígena Xucuru (violação ocorrida em

PE), caso dos povos indígenas da Raposa Terra do Sol (violação ocorrida em RR), dentre outros.

Vale ressaltar que a subsunção do Brasil tanto à Corte IDH como à CIDH tem dado azo à existência de um transconstitucionalismo entre o STF e as instituições interamericanas, proporcionando a realização de controles de convencionalidade sobre normas de direito interno, a partir da aplicação da Convenção Americana dos Direitos Humanos, situação admitida pelo STF desde o julgamento do RE 466.343 e do HC 87.585, em 3/12/2008, no caso da prisão civil do depositário infiel.

Naquela ocasião, para a maioria da Corte, a EC 45/2004, ao inserir o § 3º, no art. 5º da CF/88, assegurou hierarquia constitucional tão somente aos tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados no Brasil segundo o quórum de aprovação de emendas constitucionais.

Porém, ao garantir status de norma supra legal, e não infra-legal, aos tratados internacionais sobre direitos humanos não internalizados segundo este rito (no caso, a Convenção Americana de Direitos Humanos), o STF acabou inviabilizando a aplicação da norma infraconstitucional brasileira atinente à prisão do depositário infiel, deixando claro que esta hipótese de prisão civil prevista no art. 5º, LXVII, da CF/88 era incompatível com o ânimo do Estado brasileiro, que, compreendendo a dimensão da importância de afirmação dos direitos humanos, deve se aliar com as instâncias supranacionais de proteção dos direitos humanos na defesa de tais direitos. Vide Ementa:

EMENTA: PRISÃO CIVIL.

Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc.

LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, §7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (STF. Pesquisa de Jurisprudência, 2013)

Já noutra oportunidade, por ocasião do julgamento do RE 511.961, em 16/06/2009, dessa vez apreciando a problemática da exigibilidade, por norma nacional, de diploma de jornalista para o regular exercício da profissão, o STF amparou um dos fundamentos de sua decisão na CADH, legitimando-a, ainda mais, para servir de parâmetro de conformação do ordenamento nacional. Observe-se:

JORNALISMO. EXIGÊNCIA DE DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR, REGISTRADO PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE JORNALISTA. LIBERDADES DE PROFISSÃO, DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. CONSTITUIÇÃO DE 1988 (ART. 5º, IX E XIII, E ART. 220, CAPUT E § 1º). NÃO RECEPÇÃO DO ART. 4º, INCISO V, DO DECRETO-LEI Nº 972, DE 1969.

(...)

8. JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. POSIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. A Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisão no dia 13 de novembro de 1985, declarando que a obrigatoriedade do diploma universitário e da inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista viola o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que protege a liberdade de expressão em sentido amplo (caso “La colegiación obligatoria de periodistas”- Opinião Consultiva OC – 5/85, de 13 de novembro de 1985).

Também a Organização dos Estados Americanos – OEA, por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, entende que a exigência de diploma universitário em jornalismo, como condição obrigatória para o exercício dessa profissão, viola o direito à liberdade de expressão (Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2009). (STF. Pesquisa de Jurisprudência, 2013)

7. INFLUÊNCIAS DOS SISTEMAS DE DIREITOS HUMANOS NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Retomando linha de raciocínio semelhante à já desenvolvida quando se demonstrou a influência do Direito Internacional dos direitos humanos sobre o caráter lógico e axiológico do bloco de direitos fundamentais da Constituição de 1988, vale destacar que o desenvolvimento e o aperfeiçoamento dos sistemas global e interamericano de proteção aos direitos humanos, tanto pela evolução normativa em si como pela imposição sancionadora dos conteúdos internacionais, vem impactando em importantes transformações da legislação infraconstitucional brasileira no tocante à temática transversal dos direitos humanos. A tabela abaixo correlaciona exemplos de leis nacionais e respectivos substratos no âmbito do direito internacional:

Normas infraconstitucionais	SISTEMA GLOBAL DE DIREITOS HUMANOS	SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
Lei 8.078/90 (Código de defesa do consumidor)	Resolução AG/ONU n. 39/248 de 10/04/1985, sobre a proteção ao consumidor	Resolução AG/OEA 2494 (XX-XIX-O/09) sobre proteção do consumidor

<p>Lei 8.069/90 Estatuto da Criança e do Adolescente)</p>	<p>Declaração Universal dos Direitos da Criança (ONU), de 20/11/59 PIDCP (Res AG/ONU n. 2.200, de 16/12/66), Art. 24. Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança – Resolução 44/25 da AG/ONU, de 20/11/89</p>	<p>PACADH, de 17/11/98, Art. 16 do direito da criança.</p>
<p>Lei 10.216/01 (Lei de Reforma Psiquiátrica)</p>	<p>Resolução AG/ONU 46/119, de 17/12/91, sobre Princípios para a proteção das pessoas com doença mental e para o melhoramento dos cuidados de saúde mental</p>	<p>Repercussões internacionais sobre o assassinato de Damião Ximenes Lopes, em 04/10/99, que resultou na Condenação do Brasil pela Corte IDH em 17/08/06.</p>
<p>Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso)</p>	<p>Plano de Ação Internacional de Viena Sobre o Envelhecimento, de agosto de 1982. Resolução AG/ONU 46/91, de 16/12/91, sobre Princípios das Nações Unidas em favor dos idosos. Declaração de Brasília sobre o envelhecimento, de 06/12/07.</p>	<p>PACADH, de 17/11/98, Art. 17 da proteção de pessoas idosas.</p>
<p>Lei 10.836/04 (Bolsa família)</p>	<p>DUDH, de 05/12/48, Art. 25, § 1º. PIDESC (Res AG/ONU n. 2.200, de 16/12/66), Art. 11, §§1º e 2º.</p>	<p>PACADH, de 17/11/98, Art. 12 do direito à alimentação.</p>
<p>Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha)</p>	<p>Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979 (Resolução AG/ONU 34/180, de 18/12/79). Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher – Pequim, de 1995.</p>	<p>Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, de 06/06/94. (Convenção de Belém do Pará de 1994) Reprimenda ao Brasil pela CIDH no Caso 12.051, de Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil, 19/10/00 (Informe CIDH 15/00).</p>

Lei 10.257/10 (Programa Minha casa minha vida)	DUDH, de 05/12/48, Art. 25, § 1º. PIDESC (Res AG/ONU n. 2.200, de 16/12/66), Art. 11, §1º.	
Lei 12.288/10 (Lei de Igualdade Racial)	DUDH, de 05/12/48, Art. 2º. Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 07/03/66. PIDCP (Res AG/ONU n. 2.200, de 16/12/66), Art. 2º, §1º.	DADDH, de abril de 1948, Art. 2º. CADH, de 22/11/69, Art. 1º, §1º.
Decreto 7.612/11 – ²⁰⁴ DecExec 6949/09 (Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência)	Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo de 13/12/06.	PACADH, de 17/11/98, Art. 18 da proteção de deficientes.
Lei 12.527/11 (Lei de Acesso à Informação Pública)	DUDH, de 05/12/48, Art. 19. PIDCP (Res AG/ONU n. 2.200, de 16/12/66), Art. 19.	CADH, de 22/11/69, Art.13.1 Condenação do Brasil pela Corte IDH no Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil, em 24/11/10.
Lei 12.528/11 (Comissão da Verdade)	DUDH, de 05/12/48, Arts. 3º, 5º, 9º, 10, 11, 18, 19. PIDCP (Res AG/ONU n. 2.200, de 16/12/66), Art. 6º, 7º, 9º, 10, 14, 17, 18, 19	DADDH, de abril de 1948, Arts. 1º, 4º, 18, 25, 26. CADH, de 22/11/69, Arts. 4º, 5º, 7º, 8º, 13, 25. Condenação do Brasil pela Corte IDH no Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil, em 24/11/10.

205 Como já dito em nota anterior, o Decr. Exec. 6949/09 materializou a internalização do primeiro tratado internacional sobre direitos humanos aprovado no Brasil pelo rito do §3º, do Art. 5º, da CF/88, angariando eficácia de norma constitucional e dando azo para a elaboração do Plano Viver sem Limites (Dec. 7612/11). Sobre isso, vale destacar a existência da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n. 182), que, atualmente, encontra-se no STF à espera de definição acerca do conceito de deficiência, já que o art. 20, §2º, da Lei 8.742/93 (Lei Orgânica da Seguridade Social-LOAS), matéria infraconstitucional, utiliza conceito mais restrito que o da nova norma para determinar o pagamento do Benefício de Prestação Continuada.

Lei 12.852/13 (Estatuto da Juventude)		PACADH, Art. 15, §3º, c).
Pec 57-A/99 – ex Pec 431/01 (Pec do Trabalho Escravo)	DUDH, de 05/12/48, Art. 4º. PIDCP (Res AG/ONU n. 2.200, de 16/12/66), Art. 8º, §§ Convenções OIT n. 29, de 28/06/30 e n. 105, de 25/06/57.	CADH, de 22/11/69, Art. 6º.

Como se percebe, a similitude axiológica das normas internacionais de direitos humanos com o núcleo fundamental da Constituição vem possibilitando uma cada vez mais acentuada aproximação do direito interno com o direito internacional dos direitos humanos, seja pela importação comparada das normas externas, seja pela aplicação de sanções internacionais, as quais normalmente vêm implicando a alteração do direito interno, conformando-o com os pressupostos dos sistemas global e regional de direitos humanos. Isso, sem dúvida alguma, repercute num efeito positivo ao processo geral de afirmação e efetivação dos direitos humanos, em termos gerais.

8. A PROBLEMÁTICA RELACIONADA AOS DESC

À parte o que foi dito acima, o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos convive com um problema relativamente grave no tocante ao reconhecimento da exigibilidade imediata dos direitos econômicos, sociais e culturais (DESC)²⁰⁵ quando há violação direta aos mesmos. É que, segundo o art. 26 da CADH (Pacto de San José da Costa Rica)²⁰⁶:

205 No Brasil, também há sérios problemas relacionados à efetivação dos DESC, apesar de que, no país, sendo os DESC considerados direitos fundamentais, não deveria haver qualquer condicionamento, sequer financeiro, à sua aplicação imediata.

206 Capítulo III (Dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais).

Art. 26 – Desenvolvimento progressivo

Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

A avaliação de que as providências de cumprimento dos DESC devem considerar a “medida dos recursos disponíveis” tem levado a Corte IDH a decidir pela não condenação dos Estados demandados quando os direitos vulnerados são direitos da espécie econômicos, sociais e culturais, exceto quando tais violações aparecem agregadas a violações de direitos civis e políticos²⁰⁷.

Tal posicionamento foi tomado no caso dos Cinco Pensionistas vs. Peru²⁰⁸ (sentença em 28/02/03), em que a CIDH solicitou à Corte IDH declaração de descumprimento do art. 26 da CADH, por não promover, ao contrário, retroagir, na consecução progressiva de efetivação do direito social à previdência social. Não houve, na ocasião, uma alegação à violação do direito individual do beneficiário à pensão, mas à situação ampla do descumprimento do art. 26 em face do assaque contra o desenvolvimento progressivo do direito econômico à previdência.

207 Não é o caso da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que, em situações individuais, como, por exemplo, no caso “Jorge Odir Miranda Cortez y otros” Vs. El Salvador (Informe n.29/01, de 07/03/01), quando se amparou no art. 26 da CADH, dentre outros dispositivos, para admitir a petição que questionava o atendimento de saúde do país. (Cf. CIDH, 2013. Informe n. 29/01, par. 47-48). Oportunamente, o Informe CIDH n. 27/09, de 20/03/09, dá conta de acordo realizado entre as partes e de cumprimento das obrigações assumidas internacionalmente pelo Estado de El Salvador, contudo, manteve-se inalterada a fundamentação reconhecida no Informe n. 29/01. (Cf. CIDH, 2013. Informe n. 27/09, par. 156-157).

208 (Cf. CORTEIDH, 2013, caso “cinco pensionistas” Vs. Perú, par. 142).

A Corte IDH, contrariamente ao pedido, considerou que o número exíguo de pensionistas arrolados na ação não era suficiente para demonstrar o nível de vulneração geral do progressivo desenvolvimento do direito social à previdência havido no Peru²⁰⁹, que, além disso, ao contrário da CIDH, não poderia tratar de questões gerais de monitoramento de direitos humanos, mas, tão somente, de situações concretas de violação, sejam de DCP ou DESC.

Contudo, quando questionada sobre vulneração de direitos acolhidos pelo art. 26, em concorrência com DCP de outros dispositivos da CADH e de outras normas de direitos humanos, a Corte IDH já decidiu sobre a exigibilidade imediata da reparação, aplicando-se a hermenêutica específica dos direitos humanos, que, consoante já dito linhas acima, deve considerar o sistema geral de direitos humanos como sistema absoluto, integrado por direitos individualmente interdependentes, inter-relacionados e inalienáveis.

Ocorreu, por exemplo, no caso Instituto de Reeducação do Menor vs. Paraguai²¹⁰ (sentença em 02/09/2004), em que a Corte não se pronunciou sobre o descumprimento do art. 26 da CADH no tocante ao desenvolvimento progressivo das condições de internação em regime socioeducativo de menor em conflito com a lei, mas declarou ofensa aos artigos 1º.1, 4º, 5º e 19 da mesma Convenção²¹¹, em combinação com afronta aos artigos 11, 12, 13 e 15 da

209 “Os direitos econômicos, sociais e culturais têm uma dimensão tanto individual como coletiva. Seu desenvolvimento progressivo sobre o qual já se pronunciou o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, se deve medir, no critério deste Tribunal, em função da crescente cobertura dos direitos econômicos, sociais e culturais em geral, e o direito à seguridade social e à pensão em particular, sobre o conjuntos da população, tendo presentes os imperativos da equidade social, e não em função das circunstâncias de um muito limitado grupo de pensionistas não necessariamente representativos da situação geral prevalecente” (CORTEI-DH. 2013, “Cinco pensionistas” vs. Perú, p. 147) Tradução livre do autor.

210 (Cf. CORTE IDH. 2013, “Instituto de Reeduación del Menor” vs. Paraguay, p. 253- 255).

211 Que tratam, respectivamente, dos direitos à não discriminação por posição econômica, à vida, à integridade pessoal e à proteção ao menor.

Declaração Americana dos Direitos Humanos²¹² e com o assaue ao art. 13 do Protocolo Adicional à CADH de 1988 (Protocolo da San Salvador)²¹³.

Já no caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai²¹⁴ (sentença em 17/06/05, reinterpretada em 06/02/02), cujo debate situava-se em torno da miséria absoluta e da terra em que se encontrava a população indígena, a Corte IDH agregou à violação ao art.26 da CADH, de não desenvolvimento progressivo, as vulnerações relacionadas aos arts. 1º.1 e 4º da mesma Carta²¹⁵, dos arts.10, 11, 12, 13 e 14 do Protocolo Adicional de San Salvador²¹⁶, além de vulneração a disposições da Convenção 169 da OIT, que trata de povos indígenas e tribais.

Finalmente, no caso Trabalhadores Exonerados do Congresso (Aguado Alfaro y outros) vs. Peru²¹⁷ (sentença de 24/11/06, reinterpretada em 30/11/07), em que foi alegada violação ao art. 26 da CADH, em decorrência de demissões arbitrárias, a Corte se apegou, a fim de justificar sua decisão reparatória, a fundamentos estabelecidos na própria CACD, em especial a vulneração aos dispositivos 8.1 e 25 da CADH²¹⁸, os quais dizem respeito à garantia judicial de contraditório, além de proteções judiciais, em concorrência com a vulneração aos dispositivos 1º.1 e 2º, da mesma Convenção, que tutelam a obrigação de respeitar-se os direitos reconhecidos na Carta, independentemente de raça, cor, sexo, religião, opiniões políticas

212 Os quais abordam, respectivamente, os direitos à saúde, alimentação, roupas e habitação, educação, acesso à cultura e, por fim, ao lazer.

213 Que também trata do direito social à educação.

214 (Cf. CORTE IDH. 2013, “Comunidad Indígena Yakye Axa” vs. Paraguay, p. 162-163). http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_142_esp.pdf

215 Que se referem à igualdade e à vida digna.

216 Que se reportam, respectivamente, aos direitos à saúde, ao ambiente sadio, à alimentação, à educação e à cultura.

217 (Cf. CORTE IDH. 2013, “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)” vs. Perú, p. 146).

218 Os quais dizem respeito à garantia judicial de contraditório, além de proteções judiciais de recurso, acesso à justiça, etc.

ou de qualquer natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Em resumo, apesar da Corte IDH reconhecer a importância dos DESC, demonstrando compreender seu caráter de fundamentalidade e, por consequência, de justiciabilidade imediata, através da efetivação em casos concretos, o fato é que o sucesso desta medida tem se mantido na dependência de uma boa análise hermenêutica, ou melhor, de uma interpretação extreme avançada que considere mais o peso dos DCP vulnerados, seja de dispositivos da CADH como de outras normas de direito internacional, regionais ou universais, que o peso do próprio art. 26 da CADH, que trata especificamente dos DESC.

Esta situação, evidentemente, causa não apenas desconforto, como insegurança jurídica para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que deixa de propor à Corte IDH ações contra violações de DESC, bem como para os povos do sistema interamericano, em especial as pessoas diretamente prejudicadas, e, finalmente, também para o processo, em si, de afirmação dos direitos humanos, toda vez que necessárias medidas urgentes e incisivas de proteção aos DESC.

Como consequência, considerando a relação de complementaridade existente entre o direito internacional e o direito interno, é lícito concluir que a insuficiência do sistema universal repercute negativamente nos espectros internos, à medida que os Estados se veem legitimados na desobrigação de terem que efetivar imediatamente DESC, salvo se houverem condições materiais e objetivas de ordem financeira para tanto. É o caso, por exemplo, do Brasil, que, mesmo reconhecendo nos DESC a condição de direitos fundamentais — o que, por si só, deveria resultar em compreensão de aplicação normativa imediata —, acaba indevidamente se apropriando do argumento da medida da possibilidade financeira para não materializar suas obrigações constitucionais do gênero.

Mas esta situação será substancialmente minorada se as demandas levadas ao conhecimento da Corte IDH propuserem condenação estatal com fundamento combinado entre a aplicação do art. 26 da CADH e qualquer outro dispositivo de DCP, tanto da CADH como de outras normas internacionais aplicáveis. Por outro lado, as sentenças internacionais relacionadas à reparação por violação de DESC prolatadas contra o Brasil devem ser sempre no sentido de cobrar aplicação imediata destes direitos, assim como faz nos casos relacionados a DCP, haja vista serem os mesmos constitucionalmente reconhecidos como fundamentais, segundo comentado no parágrafo anterior.

CONCLUSÕES

Como se vê, é indiscutível a influência do direito internacional na formação do bloco de direitos fundamentais acolhidos pelo ordenamento brasileiro, o que permite retirar-se uma série de conclusões.

Primeiro, a importância indelével de estudar-se o Direito Internacional, especialmente o Direito Internacional dos Direitos Humanos, para a compreensão correta dos valores que servem de pilar para a sustentação do núcleo material central da Constituição de 1988, bem como da legislação infraconstitucional associada, o que redundará numa interpretação mais apropriada e diligente dos dispositivos constitucionais e legais referenciados.

Segundo, que há uma relação direta entre as normas de direitos humanos reconhecidas no plano do direito internacional — ao qual o Brasil se submete por força das circunstâncias de vontade e necessidade — e as normas de direitos fundamentais acolhidas pelo ordenamento nacional.

Neste sentido, emerge-se uma terceira conclusão, que os juristas e os mais diversos segmentos sociais que operam com a defesa dos direitos humanos continuem trabalhando para que o direito internacional consiga exportar para o sistema jurídico brasileiro normas de conteúdo valorativo da dignidade humana, prioritariamente, como realizado na inclusão da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, segundo já dito em nota, mediante o rito estabelecido pelo § 3º, do art. 5º, da CF/88, atribuindo-lhes eficácia de emendas constitucional, ou, uma vez sendo a única saída, pela aprovação segundo o rito comum, aproveitando-se do reconhecimento de eficácia normativa supralegal já admitido pelo STF aos tratados internacionais sobre direitos humanos assim incorporados.

Por fim, ainda na esteira desta íntima relação axiológica e lógica entre as normas de direitos humanos reconhecidas no plano internacional e as normas de direitos fundamentais acolhidas pelo Estado nacional, e considerando, também, a ineficiência do Brasil para responder adequadamente ao cumprimento de suas obrigações fundamentais, de natureza de DCP ou DESC, mas enfocando-se especialmente estes último, posto que importam em ações específicas na forma de políticas públicas dispendiosas, que o Direito Internacional também auxilie na estratégia de efetivação destas garantias e não apenas nas garantias de DCP.

Efetivamente, há dois caminhos a seguir: de um lado, buscar-se o empoderamento dos mecanismos internacionais sancionadores das condutas omissivas e ativas prejudiciais à dignidade humana, relacionadas ao não cumprimento dos DESC, através do aperfeiçoamento das normas gerais de direitos humanos e das normas aplicáveis à CIDH e à Corte IDH, no sentido de que categoricamente estabeleçam o reforço eficaz destes direitos, assim como dos mecanismos de fiscalização, judicialização e sanção sobre tais

condutas; de outro lado, buscar-se sempre a postulação contra o suposto Estado violador ancorando-se no fundamento do art. 26 da CADH, em combinação com outros dispositivos de DCP da CADH e de outras normas internacionais.

No caso brasileiro, sabe-se que as sentenças internacionais de direitos humanos, mesmo quando cumpridas parcialmente, têm agregado melhoria ao ordenamento interno, com o estabelecimento de novas leis protetoras, que se não resolvem todos os problemas de uma só vez, melhoram, com o passar do tempo, sensivelmente, a ambiência específica, além de vincularem o poder público e o legislativo, e de formarem direito público subjetivo, exigível na Justiça, individualmente. Já sob a ótica do sistema internacional de direitos humanos, mesmo o cumprimento parcial de suas sentenças, significa o reconhecimento aberto da força cogente de suas decisões. A isso vale acrescentar, no que toca especialmente ao sistema interamericano, que o atendimento do Brasil às suas decisões apresenta-se como extremamente relevante para a legitimação do sistema em todo continente, uma vez que o país, por sua geografia e economia, e seu protagonismo geopolítico, recentemente elevado ao patamar global, é um grande espelho para os demais vizinhos.

Em resumo, para um fim e outro, para o aprimoramento do ordenamento jurídico interno e para o fortalecimento do Direito Internacional manifestado na forma dos sistemas global e regional de proteção aos direitos humanos, será sempre importante o recurso ao contencioso internacional competente, toda vez que cabível. O nexó entre a ordem exterior e a ordem interior é tão grande que ambas serão beneficiadas com mútuo fortalecimento.

Resultados não menos significativos serão constatados no progressivo desenvolvimento da política de efetivação dos direitos humanos em toda a América e na formação de uma cultura jurídica

nacional familiarizada com a supraconstitucionalidade dos direitos humanos, com retorno muito positivo para os brasileiros, que já são contemplados com a positivação de DCP e DESC no bloco de direitos fundamentais de sua Carta Magna, mas que acumularão, para a garantia de efetivação de tais direitos, além dos mecanismos jurídicos disponíveis no direito interno, os reforçados mecanismos internacionais.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 01/11/05. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 14 out. 2013.

BITTAR, Eduardo C. B e ALMEIDA, Guilherme Assis de (Orgs). **Mini-Código de Direitos Humanos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2010.

CIDH. **Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/>>. Acesso em: 13 out. 2013.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Búsqueda**. Informe n. 29/01, Caso 12.249, Jorge Odir Miranda Cortéz y otros Vs. El Salvador. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Admisible/ElSalvador12.249.htm>>. Acesso em: 13 out. 2013.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Búsqueda**. Informe n. 27/09, Caso 12.249, Jorge Odir Miranda Cortéz y otros Vs. El Salvador. Disponível em <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/ElSalvador12249.sp.htm>>. Acesso em: 13. out. 2013.

CORTEIDH. **Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em 13. out. 2013.

CORTEIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Jurisprudencia**. Buscador. Caso “Cinco pensionistas” Vs. Perú. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf>. Acesso em 13 out. 2013.

CORTEIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Jurisprudencia**. Buscador. Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf>. Acesso em 13 out. 2013.

CORTEIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Jurisprudencia**. Buscador. Caso “Comunidad Indígena Yakye Axa” Vs. Paraguay. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf>. Acesso em 13 out. 2013.

CORTEIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Jurisprudencia**. Buscador. Caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)” Vs. Perú. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf>. Acesso em 13 out. 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías: la ley del más débil**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. 5ª edición. Madrid: Trotta, 2006.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. **La Construcción Jurisprudencial de los Sistemas Europeo e Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NACIONES UNIDAS – **DERECHOS HUMANOS**. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/SP/Pages/WelcomePage.aspx>>. Acesso em 13 out. 2013.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. Temas Claves de la Constitución Española. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e relações internacionais: desafios e perspectivas contemporâneas. In CORRÊA, Lelio Bentes e VIDOTTI, Tércio José (Coords). **Trabalho infantil e direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2005. p.176 – 198.

QUEIROZ JÚNIOR, Hermano. **Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores na Constituição de 1988**. São Paulo: LTr, 2006.

STF. Jurisprudência. **Pesquisa de jurisprudência**. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 13 out. 2013.

STF. Jurisprudência. **Pesquisa de Jurisprudência**. ADPF.182. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=398078&tipo=TP&descricao=ADPF%2F182>> Acesso em 13 out. 2013.

STF. Jurisprudência. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28511961.NUME>>.

+OU+511961.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mecbpgx>. Acesso em: 13 out. 2013.

STF. Jurisprudência. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdão. RE 466343. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28466343.NUME.+OU+466343.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/brxbj54>>. Acesso em: 13 out. 2013.

STF. Jurisprudência. Pesquisa. **Pesquisa de jurisprudência**. HC 85988. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24.SCLA.+E+85988.NUME.%29+OU+%28HC.ACMS.+ADJ2+85988.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 13 out. 2013.

STF. Jurisprudência. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdão. RE 511961. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28511961.NUME.+OU+511961.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mecbpgx>>. Acesso em: 13 out. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

UCHÔA, Marcelo. **Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2013.

Esta obra foi composta em Times New Roman
processada em CTP e impressa em papel off-set
linha d'água 75g. Impressão e acabamento na
Premius Editora, em Fortaleza-CE, março de 2014.

Atenta à premente necessidade de voltar a reflexão jurídica a temas inter e multidisciplinares, o volume II da obra apresenta os resultados do produtivo encontro acadêmico intitulado IV Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional. Nela encontramos instigantes reflexões sobre temas que vão desde a liberdade de cátedra e a experiência espanhola de legislação sobre a memória histórica até os mais diretamente vinculados ao Direito Ambiental. O prefácio da obra, elaborado pelo jurista português Jorge Miranda, fornece ao leitor, ademais, um sintético porém profundo panorama da questão ambiental na sua perspectiva constitucional. Trata-se de uma obra capaz de evidenciar a contribuição das universidades e dos pesquisadores envolvidos no evento aos principais temas de debate no cenário jurídico brasileiro.

Claudia Rosane Roesler, doutora em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq. Coordenadora-adjunta da área de Direito na Capes.



ISBN 978-85-7924-318-9



9 788579 243189

