



# DIÁLOGO AMBIENTAL, CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

VOLUME 3 – TOMO II

Coordenação:

Jorge Miranda  
Carla Amado Gomes

Organização:

Bleine Queiroz Caúla  
Valter Moura do Carmo





# DIÁLOGO AMBIENTAL, CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

---

Volume 3 – Tomo II

**Coordenação:**

Jorge Miranda  
Carla Amado Gomes

**Organização:**

Bleine Queiroz Caúla  
Valter Moura do Carmo

Edição:

**INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS**

[www.icjp.pt](http://www.icjp.pt) | [icjp@fd.ulisboa.pt](mailto:icjp@fd.ulisboa.pt)

Outubro de 2015

ISBN: 978-989-8722-10-2



**FACULDADE DE DIREITO**  
Universidade de Lisboa

Alameda da Universidade  
1649-014 Lisboa

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

Diagramação: Luisa Maria D. G. Pereira

Produzido e publicado para o ICJP por:

OH! Multimedia

[www.oh-multimedia.com](http://www.oh-multimedia.com)

[mail@oh-multimedia.com](mailto:mail@oh-multimedia.com)

# Conselho Científico

Alexandre Sousa Pinheiro – FDUL

Ana Maria D'Ávila Lopes – UNIFOR

Carla Amado Gomes – FDUL

César Barros Leal – UFC

Elvira Domínguez-Redondo – MIDDLESEX UNIVERSITY

Francisco Lisboa Rodrigues – FANOR

Francisco Luciano Lima Rodrigues – UNIFOR

Horácio Wanderlei Rodrigues – UFSC

João Pedro Oliveira de Miranda – FDUL

Jorge Miranda – FDUL

Lídia Maria Ribas – UFMS

Lívia Gaigher Bósio Campello – UFMS

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima – UNIFOR

Orides Mezzaroba – UFSC

Susana Borràs Pentinat – UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

Valério de Oliveira Mazzuoli – UFMT

Wagner Menezes – USP



# Sobre os Coordenadores

## **Jorge Miranda**

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

## **Carla Amado Gomes**

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

# Sobre os Organizadores e Autores

## **Adriana Rossas Bertolini**

Graduanda em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pesquisadora Bolsista da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP). Pesquisadora do Núcleo de Estudos Internacionais (NEI/UNIFOR/FUNAG).

## **Ana Maria D'Ávila Lopes**

Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bolsista de Produtividade em Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

## **Ana Paula Araújo de Holanda**

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

## **Antonio Kevan Brandão Pereira**

Mestre em Sociologia pela Universidade Federal do Ceará (UFC), Graduado em Ciências Políticas e em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).



**Beatriz Saldanha Lima Rodrigues**

Aluna do Programa Voluntário de Iniciação Científica (PAVIC) do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

**Bleine Queiroz Caúla**

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

**Camilla de Freitas Feijó**

Mestra em Ciências Jurídico-Internacionais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Doutoranda na área de Ciências Jurídico-Internacionais e Europeias na mesma instituição.

**Carlos Fernando Cruz da Silva**

Assessor Técnico de Procuradoria no Tribunal de Constas do Estado do Pará (TCE/PA). Bacharel em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA). Foi bolsista de Iniciação Científica na mesma Universidade.

**Danielly Andrade do Vale**

Graduada em Direito (2014) pela Universidade de Fortaleza.

**Dayse Braga Martins**

Graduada em Direito (1999) e mestra em Direito Constitucional (2003) pela Universidade de Fortaleza – Unifor. Doutoranda do Programa de Pós-Gra-

duação em Direito Constitucional da Unifor (2013). Atualmente é professora assistente, 40h/a, do Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Unifor, das disciplinas de Estágio V (Real), Soluções Extrajudiciais de Disputas, Direito Ambiental e Mediação e Conciliação na prática. Professora da Pós-Graduação lato sensu da Unifor. Pesquisadora do grupo de pesquisa “Relações Econômicas, Políticas e Jurídicas na América Latina”, da linha de pesquisa “Educação Jurídica na América Latina, cadastrados na plataforma do grupo do CNPq.

**Dulcilene Aparecida Mapelli Rodrigues**

Doutoranda em Direito Público na Universidade de Lisboa. Bolsista CAPES. Mestre em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo, UNISAL/SP. Professora de pós-graduação e graduação em Direito. dulcilene.lli@gmail.com

**Filomeno Moraes**

Professor titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional/Mestrado e Doutorado da Universidade de Fortaleza. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), mestre em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ) e docente-livre em Ciência Política pela Universidade Estadual do Ceará.

**Francisco Lisboa Rodrigues**

Possui Doutorado e Mestrado em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professor de Direito Constitucional das Faculdades Cearenses (FAC) e de Processo Constitucional da Faculdade Nordeste (FANOR). Procurador do Município de Fortaleza.

**Francisco Luciano Lima Rodrigues**

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional Mestrado/Doutorado da Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Juiz de Direito.

**Frederico Antônio Lima de Oliveira**

Promotor de Justiça de 3ª Entrância do Ministério Público do Estado do Pará. Doutor em Direito de Estado (sub-área - Direito Constitucional) pela

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

**Gabriela Natacha Bechara**

Advogada. Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); Mestre em Direito pelo PPGD/UFSC. Pesquisadora do Núcleo de Estudos Conhecer Direito (NECODI). Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

**Gerardo Clésio Maia Arruda**

Doutor e Mestre em Sociologia, Especialista em Geografia e Graduado em Ciências Econômicas. Professor do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS) e da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pesquisador da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP).

**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). Pesquisador do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

**Jeferson Antônio Fernandes Bacelar**

Advogado. Doutorando em Direito Público e Evolução Social (linha de pesquisa em Direitos Fundamentais e Novos Direitos). Mestre em Direito do Estado pela Universidade da Amazônia. Diretor-geral da Escola Superior de Advocacia do Estado do Pará (ESA/PA). Coordenador-geral do Curso de Direito da Universidade da Amazônia (UNAMA). Professor de Direito da Graduação no Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade da Amazônia.

**José Carlos Kraemer Bortoloti**

Doutorando em Direito (UNESA/RJ), com período de Doutorado Sanduiche pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Bolsista da CAPES – Proc. n. BEX 5918/14-6). Mestre em Direito. Professor da Escola de Direito da Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo, RS. Pesquisador do Núcleo de Pesquisa Dignidade, Estado e Direito e do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais e Novos Direitos, ambos do PPGD Stricto Sensu da Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ) e do Grupo de Pesquisa Práticas Pedagógicas no Ensino Superior da Faculdade Meridional – IMED, Advogado. jose.bortoloti@imed.edu.br

**José Isaac Pilati**

Professor Doutor do Curso de Doutorado em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

**Júlia Maia de Meneses Coutinho**

Possui graduação em Publicidade e Propaganda pela Faculdade Integrada do Ceará - FIC e MBA em Marketing pela Fundação Getúlio Vargas - FGV. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR, tendo exercido a função de Pesquisadora Bolsista de Iniciação Científica da Fundação Edson Queiroz (PROBIC/FEQ) durante os anos de 2010 a 2013. Especialista em Direito Público pela Faculdade Entre Rios do Piauí. Atualmente é Mestranda em Direito Constitucional Público e Teoria Política pelo Programa de Pós Graduação em Direito - PPGD da Universidade de Fortaleza - UNIFOR; bolsista da FUNCAP e Pesquisadora Científica do Grupo de Estudos “Estado, Política e Constituição”, cadastrado no CNPq, sob a orientação do Professor Dr. Filomeno Moraes. E-mail: juzinhameneses@hotmail.com.

**Leilane Serratine Grubba**

Doutora em direito (UFSC). Mestre em direito (UFSC) professora de direito (CESUSC e Escola Superior do Ministério Público). Pesquisadora NECODI (UFSC/CNPq).

**Leonardo José Peixoto Leal**

Doutorando em Direito (Ordem Jurídico Constitucional) pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Professor dos cursos de Direito da Universidade de Fortaleza – UNIFOR e Centro Universitário Estácio do Ceará – Estácio/FIC. Advogado. Mestre em Direito Constitucional (Relações Econômicas) pela UNIFOR.

**Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas**

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

**Luciana Costa Poli**

Pós-Doutoranda pela UNESP (Bolsista da CAPES/PNPD). Doutora em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestra em Direito e Instituições Políticas pela Universidade FUMEC/MG. Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

**Luis Carlos Cancellier de Olivo**

Diretor do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina. Professor Associado nos programas de graduação e pós-graduação em Direito da UFSC.

**Magno Aparecido de Souza**

Graduado em Marketing e Vendas pela Universidade Anhanguera. Graduando em Direito pelo Centro Universitário Módulo. Bolsista no programa de Iniciação Científica sobre o tema de Direito dos Refugiados. magno.asouza@gmail.com

**Marcus Alan de Melo Gomes**

Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais (área de Direito Penal) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Adjunto do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará-UFPA (Brasil). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (área de concentração Direitos Humanos) da UFPA. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPA no biênio 2011/2013. Juiz de Direito titular da 9ª Vara Penal de Belém.

**Maria da Glória Almeida Martins**

Cirurgiã-dentista, Doutora em Ciências da Saúde pela UFRN. Graduada do Curso de Direito da UNIFOR.

**Maria do Carmo Barros**

Advogada. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza. Membro da Comissão Especial de Mediação, Conciliação e Arbitragem da OAB/CE. Assessora técnica da Coordenadoria Especial de Políticas Públicas dos Direitos do Gabinete do Governador do Ceará. Email: mariabarros\_advce@hotmail.com

**Marlea Nobre da Costa Marciel**

Graduada em Educação Física e em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Especialista em Trabalho e Processo do Trabalho (CHRISTUS). Orientadora de Célula de Programas e Ações Afirmativas de Políticas dos Direitos Humanos da Coordenadoria Especial de Políticas Públicas dos Direitos Humanos do Gabinete do Governador do Ceará.

**Martonio Mont'Alverne Barreto Lima**

Doutor em Direito pela Universidade de Frankfurt. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional Mestrado/Doutorado da Universidade de Fortaleza – UNIFOR, e Procurador do Município de Fortaleza.

**Mikhail Vieira Cancelier de Olivo**

Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito e Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, Santa Catarina, Brasil. mikhail.cancelier@posgrad.ufsc.br

**Mônica Mota Tassigny**

Doutora em Educação. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Administração – PPGA/UNIFOR e Professora Colaboradora do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD/UNIFOR.

**Myrela Carlos Sales Leal**

Especialista em MBA em Administração Estratégica pelo Centro Universitário Estácio do Ceará - Estácio/FIC (2014). Graduada em Turismo pelo Centro Universitário Estácio do Ceará - Estácio/FIC (2010). Graduada em Gestão de

Negócios em Hotelaria e Turismo pela Universidade Estadual Vale do Acaraú (2006), tem formação em Técnico em Turismo: Agenciamento/Guia pelo Centro Federal de Educação Tecnológica do Ceará (2002). Cursa graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza e Mestrado em Gestão de Negócios Turísticos na Universidade Estadual do Ceará - UECE. Atualmente é Gerente do Praiano Hotel (Rede de Hotéis Seara). Tem experiência nas áreas de Turismo, Hotelaria e Administração, com ênfase em Administração Hoteleira e Gestão de Pessoas.

**Nathalie de Paula Carvalho**

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, mestra em Direito constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Especialista em Direito e Processo Constitucional pela UNIFOR.

**Neuro José Zambam**

Doutorado em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2009): Filosofia Política. Atualmente é professor da Faculdade Meridional (IMED) de Passo Fundo (Graduação e Pós-graduação) nas Escolas de Direito e Administração. Possui graduação em Filosofia pela Universidade de Passo Fundo (1985). Especialização em Filosofia: Epistemologia das Ciências Sociais. Mestrado em Filosofia: Sistemas Éticos pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2002). Atua principalmente nos seguintes temas: justiça, democracia, multiculturalismo, filosofia política e do direito, antropologia jurídica, liberdade e pluralismo. Membro titular do Comitê de Ética e Pesquisa da Faculdade Meridional de Passo Fundo (IMED). Pesquisador e Coordenador do grupo de pesquisa: Multiculturalismo, minorias e espaço público.

**Otacilene Oliveira Silva**

Advogada. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (2014);

**Pauline Queirós Caúla**

Advogada. Graduada em Direito e Pedagogia e Especialista em Direito Processual Civil pela UNIFOR. Assessora Jurídica na Procuradoria da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. Vice Presidente da comissão de Acompanhamento aos Concursos Públicos e Vice Presidente da Comissão de Educação e Cidadania da Ordem dos Advogados Seção Ceará- OAB-Ce.

**Priscila Zilli Serraglio**

Mestranda em Direito (IMED/RS/Brasil). Pesquisadora bolsista da CAPES (PROSUP), integrante dos grupos de pesquisa da Faculdade Meridional – IMED (RS/Brasil): “Multiculturalismo, minorias, espaço público e sustentabilidade”; “Multiculturalismo e pluralismo jurídico”; “Transnacionalismo e direitos humanos”; Advogada; e-mail: pris\_zs@hotmail.com

**Roberta Antônia Almino Siebra**

Bióloga pela Universidade Regional do Cariri-URCA, MBA em Gestão Ambiental e Desenvolvimento Sustentável, Graduanda do Curso de Direito da UNIFOR. Email: robertalmino@gmail.com

**Sabrina Nunes Iocken**

Conselheira substituta do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Orientanda no doutorado do Prof. Dr. Luis Carlos Cancellier de Olivo e Coorientanda do Prof. Dr. Juarez Freitas. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bacharela em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF), com especialização em Direito da Administração Pública - UFF.

**Silvana Paula Martins de Melo**

Possui graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR (2012.1), tendo exercido a função de Pesquisadora de iniciação científica do Laboratório de Análises Políticas, Econômicas e Sociais (LAPES) durante o ano de 2011. Especialista em Direito Constitucional pelo Complexo Jurídico Damásio de Jesus (2014.1). Advogada integrante da Comissão de Direito de Família, da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Ceará.

**Terezinha de Oliveira Domingos**

Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Pesquisadora Científica de Grupos de Pesquisa certificados no CNPq. Coordenadora, Professora de Graduação e de Pós-Graduação, Professora orientadora de Pesquisa Científica da Universidade Nove de Julho – UNINOVE.



**Thaíse Nara Graziottin Costa**

Doutoranda em Direito (UNESA/RJ), com período de Doutorado Sanduíche pela Universidade de Coimbra - Portugal (Bolsista CAPES/PDSE). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Advogada, Mediadora e Professora de Direito Civil, Prática Jurídica IV, (Mediação) Família, Sucessões da IMED- Faculdade Meridional de Passo Fundo. Membro do Grupo de Pesquisa LAW - Luis Alberto Warat e Multiculturalismo, minorias e espaço público, Coordenadora do projeto Direito Sem Fronteiras, e-mail: thaisecosta@imed.edu.br

**Valter Moura do Carmo**

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

## Prefácio

Recebi, com imensa satisfação, o convite para prefaciara obra intitulada *Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional*, que integra o Vol. 3, Tomo II, editada pela Editora Lumen Juris. Fiquei particularmente recompensado ao terminar a agradável leitura, não apenas pela excelente seleção de juristas e artigos reunidos no livro, mas também por visualizar a evolução da articulação das pesquisas do Direito, que se materializa em resultados como os ora exibidos.

Trata-se de coletânea de artigos diversos em torno da atualíssima temática proposta, reunidos nesta obra sob a primorosa coordenação do querido Professor Jorge Miranda e organização dos competentes Professores Bleine Queiroz Caúla, Gerardo Clésio Maia Arruda, Nathalie de Paula Carvalho e Valter Moura do Carmo.

Na obra, muito bem estruturada, com vinte e três artigos, se encontram os trabalhos em torno do tema Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional. Os artigos estão adequados a um enfoque central, que parte de sua ordem internacional ambiental, mas que são caros a toda a sociedade, pois se irradiam sobre direitos e garantias fundamentais e democracia.

No capítulo que inaugura o Livro, de autoria de Otacilene Oliveira Silva e Bleine Queiroz Caúla, examina-se a proteção do ambiente como o meio para a qualidade de vida digna com saúde. Nesse sentido, aprofunda-se a reflexão da referida proteção em face dos impactos decorrentes do uso excessivo dos agrotóxicos, principalmente, abordando quais os instrumentos jurídicos e posição dos tribunais para a defesa do meio ambiente. No artigo seguinte, de autoria de Luciana Costa Poli, estuda-se o modelo do Bem Viver, que se configura como possibilidade para se equacionar os desafios fundamentais da atualidade pela revisão do vínculo do ser humano com a natureza.

A problemática em torno do desenvolvimento sustentável e a não cumulatividade de crédito presumido no Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, constituem objeto de interessante estudo, procedido por Terezinha de Oliveira Domingos e Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas.

Leonardo José Peixoto Leal, Mônica Mota Tassigny e Myrela Carlos Sales Leal refletem sobre a relação entre a defesa do consumidor e a proteção ao meio ambiente com a responsabilidade atual das empresas, trazendo a discussão sobre mecanismos concretos de implementação da sustentabilidade com foco na política nacional de resíduos.

O intrincado tema da lei da vaquejada no Estado do Ceará e sua desmistificação do caráter desportivo, cultural, popular e econômico, é enfrentado por Francisco Lisboa Rodrigues, Júlia Maia de Meneses Coutinho e Silvana Paula Martins de Melo.

Carlos Fernando Cruz da Silva, Frederico Antônio Lima de Oliveira e Jefferson Antônio Fernandes Bacelar trazem excelente ensaio sobre os indicadores de sustentabilidade, a constituição verde e o desafio de sua efetividade. Maria da Glória Almeida Martins, Pauline Queirós Caúla e Roberta Antônia Almino Siebra, por sua vez, enfrentam a indagação de legalização ou incentivo à biopirataria sobre a regulamentação do patrimônio genético brasileiro.

A Teoria Estrutural da Norma Constitucional e sua delimitação do marco conceitual, a análise do papel dos tribunais constitucionais e a discussão sobre a violação do princípio democrático são temas árduos e bem trabalhados por Ana Maria D'Ávila Lopes e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima.

Mikhail Vieira Cancelier de Olivo e José Isaac Pilati debruçam-se sobre reflexões com base no “caso Snowden” e a privacidade como um bem coletivo constitucional. Em seguida, o livro expressa significativa reflexão sobre a importância da preservação da identidade cultural com suporte na efetivação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, escrita por Francisco Luciano Lima Rodrigues e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. A jurisdição dos tribunais de contas e sua interface com as exigências impostas à função estatal de controle, provenientes do Estado Democrático de Direito Pós-Moderno, é tema bem trabalhado por Luis Carlos Cancellier de Olivo e Sabrina Nunes Iocken.

Em seguida, a concessão de refúgio em razão dos temores de perseguição de opção sexual é objeto de reflexão por Magno Aparecido de Souza e Dulcilene Aparecida Mapelli Rodrigues. Já Thaíse Nara Graziottin Costa e Neuro José Zambam debatem sobre mediação e o acesso à justiça, analisando a eficácia do processo formal na resolução dos conflitos levados à apreciação do Poder Judiciário.

O debate atual e necessário acerca dos limites entre o princípio da fidelidade partidária, da soberania popular e a separação dos poderes, é bem examinado por Júlia Maia de Meneses Coutinho e Filomeno Moraes.

Gerardo Clésio Maia Arruda, Antonio Kevan Brandão Pereira e Adriana Rossas Bertolini desenvolvem interessante reflexão com origem na constitucionalização dos direitos políticos brasileiros e os processos culturais históricos. Dayse Braga Martins e Danielly Andrade do Vale trazem uma análise relevante das profissões jurídicas na efetivação dos direitos fundamentais e a função social das instituições de ensino superior. Por sua vez, Marcus Alan de Melo Gomes realiza um estudo sobre a racionalidade, associada a valores humanistas, como a dignidade, a liberdade e a igualdade, em matéria penal.

O debate acerca da possibilidade de fixar-se a dignidade humana como limite ao poder constituinte é a temática de Gabriela Natacha Bechara, Horácio Wanderlei Rodrigues e Leilane Serratine Grubba. Em “O direito à educação no sistema interamericano de direitos humanos”, de Ana Maria D’Ávila Lopes e Beatriz Saldanha Lima Rodrigues, ficam demonstrados os avanços concretos alcançados em matéria do direito à educação por meio de duas decisões proferidas pela Corte Interamericana.

Leilane Serratine Grubba, Horácio Wanderlei Rodrigues e Gabriela Natacha Bechara têm por objeto o genocídio ruandês e realizam uma investigação desse fato histórico de violação aos direitos humanos, partindo de sua versão cinematográfica, com base na Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (ONU). Outro texto, “O direito humano fundamental à nacionalidade: perspectivas para a emergência de uma cidadania global”, de José Carlos Kraemer Bortoloti, Priscila Zilli Serraglio e Thaise Nara Grazziotin Costa, discorre acerca do instituto da nacionalidade e as implicações dele decorrentes.

A aplicação do princípio do esgotamento de recursos internos no âmbito do Tribunal Europeu de Direitos Humanos é tema central e bem trabalhado por Camilla de Freitas Feijó. E, em desfecho, Ana Paula Araújo de Holanda, Maria do Carmo Barros e Marlea Nobre Tiago Amorim Nogueira trazem importantes reflexões sobre “Café com direitos humanos e arte”, no qual estabelecem um projeto e sua eficácia no processo de aprendizado que, segundo as autoras, proporciona aos graduandos uma nova oportunidade de desenvolver suas habilidades técnicas e críticas.

Por fim, faço questão de parabenizar os autores e autoras pelas pesquisas ora expressas nesta obra e o coordenador, os organizadores e a Editora Lumen Juris, pela excelente iniciativa desta publicação. Boa leitura!

São Paulo-Fortaleza, Verão de 2015.

**Professor Vladmir Oliveira da Silveira**

Pós-doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. É coordenador e professor permanente do Programa de Mestrado em Direito da UNINOVE. É professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, ex-presidente (2009-2013) do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e advogado.

# Apresentação

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

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

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

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

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

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

**Bleine Queiroz Caúla**  
Coordenadora Geral

# Sumário

## **A Responsabilidade Civil pelos Danos ao Meio Ambiente e à Saúde**

### **Provocados pelo uso excessivo dos Agrotóxicos: Um Desafio para o Milênio**

<i>Otacilene Oliveira Silva, Beine Queiroz Caúla</i> .....	1 ▶
Introdução .....	1 ▶
1. Conceito e Normatização dos Agrotóxicos no Brasil.....	2 ▶
1.1. Abordagem do uso dos agrotóxicos na Constituição Federal de 1988.....	3 ▶
1.2. Tratamento infraconstitucional ao uso dos agrotóxicos - Leis nº 7.802/89 e o Decreto nº 4.074/2002 .....	4 ▶
2. Dano Ambiental e sua Extensão pelo uso Excessivo dos Agrotóxicos.....	5 ▶
2.1. Conceito de Dano Ambiental e o Impacto do Uso dos Agrotóxicos no Meio Ambiente e na Saúde Humana .....	6 ▶
2.2. Modelo do agronegócio <i>versus</i> modelo agroecológico.....	8 ▶
3. A Responsabilidade Civil dos Agentes do Dano Ambiental	
Causado pelos Agrotóxicos .....	8 ▶
3.1. Responsabilidade civil no Direito Ambiental .....	9 ▶
3.1.1. Aplicação da “Disregard Doctrine” .....	10 ▶
3.1.2. Índice de jurisprudências .....	10 ▶
3.2. Instrumentos jurídicos de tutela ambiental .....	11 ▶
Conclusão.....	13 ▶
Referências .....	15 ▶

## **Buen Vivir: Uma Alternativa para o Desenvolvimento Sustentável**

<i>Luciana Costa Poli</i> .....	19 ▶
Introdução .....	19 ▶
1. Breves Considerações sobre o Constitucionalismo Latino-Americano.....	20 ▶
2. Sumak Kawsay: Uma Forma Alternativa de Mobilização ou mais uma Utopia Política? .....	24 ▶
3. Desafios Ideológicos para o Desenvolvimento Sustentável: Ecosocialismo ou Ecocapitalismo? .....	28 ▶
4. Utopia ou Não: Em Busca de um Caminho .....	31 ▶
Conclusão.....	35 ▶
Referências .....	35 ▶



**Tributação e Desenvolvimento Sustentável: Reflexões sobre Não-Cumulatividade e Crédito Presumido do IPI em Operações com a Zona Franca de Manaus**

*Terezinha de Oliveira Domingos, Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas*..... 41 ►

Introdução..... 41 ►

1. Elementos Caracterizadores do IPI..... 42 ►

2. Princípio da Não-Cumulatividade e Crédito Presumido no IPI..... 49 ►

3. Creditamento de IPI em Operações com a Zona Franca de Manaus..... 52 ►

Conclusão..... 53 ►

Referências ..... 54 ►

**Proteção ao Consumidor e ao Meio Ambiente: Elementos para Efetivação da Sustentabilidade e Responsabilidade Social**

*Leonardo José Peixoto Leal, Mônica Mota Tassigny, Myrela Carlos Sales Leal* ..... 57 ►

Introdução..... 57 ►

1. Proteção do Meio Ambiente e Defesa do Consumidor ..... 58 ►

2. Função Social das Empresas e Intervenção Estatal..... 63 ►

3. Instrumentos para Efetivação da Sustentabilidade e Responsabilidade Social das Empresas..... 66 ►

Conclusão..... 70 ►

Referências ..... 71 ►

**Lei da Vaquejada no Estado do Ceará à Luz da Constituição Federal de 1988: Paradigmas Ambientais e Culturais - Direito Cultural ou Abuso de Direito?**

*Francisco Lisboa Rodrigues, Júlia Maia de Meneses Coutinho, Silvana Paula Martins de Melo* ..... 75 ►

Introdução..... 75 ►

1. A Vaquejada como Prática Desportiva e Cultural no Estado do Ceará..... 77 ►

2. Paradigmas Ambientais e Culturais – Direito Cultural ou Abuso de Direito?

Análise à Luz da Constituição Federal de 1988..... 79 ►

Conclusão..... 86 ►

Referências ..... 88 ►

**Constituição Verde e o Desafio de sua Efetividade: Indicadores de Sustentabilidade como Solução à Inefetividade**

*Carlos Fernando Cruz da Silva, Frederico Antônio Lima de Oliveira,*

*Jeferson Antônio Fernandes Bacelar* ..... 91 ▶

Introdução ..... 91 ▶

1. O Meio Ambiente na Constituição Federal de 1988: A Constituição Verde ..... 92 ▶

1.1. A Constituição Verde ..... 94 ▶

2. Efetividade das Normas Constitucionais Ambientais: Questões

Conceituais da Sustentabilidade e seus Indicadores ..... 97 ▶

2.1. Sustentabilidade: Dimensões e Questões Conceituais ..... 97 ▶

2.2. Falta de Efetividade das Normas Ambientais: Desafio à Sustentabilidade ..... 99 ▶

2.3. Indicadores de Sustentabilidade: Solução à Inefetividade? ..... 100 ▶

2.4. Indicadores de Sustentabilidade no Brasil:

A Busca dos Indicadores de Efetividade ..... 103 ▶

Conclusão ..... 104 ▶

Referências ..... 106 ▶

**Regulamentação do Patrimônio Genético Brasileiro:**

**Instrumento de Legalização ou Incentivo à Biopirataria?**

*Maria da Glória Almeida Martins, Pauline Queirós Caúla,*

*Roberta Antônia Almino Siebra* ..... 109 ▶

Introdução ..... 109 ▶

1. Legislação que Dispõe sobre a Diversidade Biológica

e sua Exploração no Brasil ..... 110 ▶

2. Patrimônio Genético ..... 111 ▶

2.1. Conselho de Gestão do Patrimônio Genético criado

pela MP nº 2.186/2001 ..... 114 ▶

Conclusão ..... 120 ▶

Referências ..... 121 ▶

**Constituições Principlológicas, Tribunais Constitucionais**

**e Princípio Democrático: Compatibilizando o Incompatível?**

*Ana Maria D'Ávila Lopes, Martonio Mont'Alverne Barreto Lima* ..... 125 ▶

Introdução ..... 125 ▶

1. A Teoria Estrutural da Norma Constitucional de Alexy ..... 126 ▶

2. Tribunais Constitucionais ..... 130 ▶

3. O Princípio Democrático .....	131 ▶
Conclusão.....	136 ▶
Referências .....	138 ▶

### **A Privacidade como um Bem Coletivo Constitucional:**

#### **Reflexões a Partir do Caso Snowden**

<i>Mikhail Vieira Cancelier de Olivo, José Isaac Pilati.....</i>	141 ▶
Introdução .....	141 ▶
1. O Caso Snowden.....	143 ▶
2. Um Direito em Movimento: Da Garantia de Isolamento ao Controle de Informações.....	147 ▶
3. Uma Nova Possibilidade: Direito Fundamental, Humano, de Personalidade e Coletivo .....	150 ▶
4. Outros Aspectos da Discussão .....	152 ▶
Conclusão.....	153 ▶
Referências .....	154 ▶

### **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana como Fundamento para a Preservação da Identidade Cultural**

<i>Francisco Luciano Lima Rodrigues, Martonio Mont'Alverne Barreto Lima .....</i>	159 ▶
Introdução .....	159 ▶
1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana .....	160 ▶
2. Identidade Cultural.....	165 ▶
Conclusão.....	170 ▶
Referências .....	171 ▶

### **A Plenitude Jurisdicional do Controle: Um Novo**

#### **Desafio para o Estado Democrático de Direito**

<i>Luis Carlos Cancellier de Olivo, Sabrina Nunes Iocken.....</i>	173 ▶
Introdução.....	173 ▶
1. Controle: Uma Função de Estado .....	174 ▶
1.1. O Poder de Controle Exercido pelos Tribunais de Contas Brasileiros .....	177 ▶
1.2. A Jurisdição no Âmbito dos Tribunais de Contas .....	179 ▶
2. Jurisdição de Contas: Um Novo Desafio.....	183 ▶
2.1. A Ausência de um Sistema Processual Nacional: Um Obstáculo à Plena Jurisdição de Contas .....	184 ▶
Conclusão.....	187 ▶
Referências .....	188 ▶

## **Os novos refugiados e (em razão de) sua orientação sexual**

<i>Magno Aparecido de Souza, Dulcilene Aparecida Maçelli Rodrigues</i> .....	191 ▶
Introdução.....	191 ▶
1. Direitos Humanos e o Conceito de Refugiados.....	192 ▶
2. Orientação Homossexual e Concessão de Refúgio .....	196 ▶
3. Políticas Públicas aos Refugiados no Brasil .....	200 ▶
Conclusão.....	204 ▶
Referências .....	205 ▶

## **A Crise da Jurisdição Estatal: Possibilidade de Resolução de Conflitos pela Mediação e a Perspectiva da Moral e da Autonomia da Vontade na Ótica Kantiana**

<i>Thaíse Nara Graziottin Costa, Neuro José Zambam</i> .....	209 ▶
Introdução.....	209 ▶
1. A Crise do Modelo de Jurisdição Tradicional e a Possibilidade de Mediação de Conflitos .....	210 ▶
2. A Concepção Kantiana de Moralidade e Liberdade na ótica da Efetivação da Mediação.....	216 ▶
Conclusão.....	219 ▶
Referências .....	221 ▶

## **Fidelidade Partidária à Luz da Separação de Poderes: Ativismo Judicial (In)Constitucional? - Debate Acerca dos Limites entre o Princípio da Fidelidade Partidária e da Soberania Popular**

<i>Júlia Maia de Meneses Coutinho, Filomeno Moraes</i> .....	223 ▶
Introdução.....	223 ▶
1. Fidelidade Partidária e Separação de Poderes: Limites e Discussões .....	225 ▶
Conclusão.....	234 ▶
Referências .....	236 ▶

## **Direitos Humanos à Luz dos Processos Culturais Históricos: Uma Reflexão a Partir da Constitucionalização dos Direitos Políticos Brasileiros**

<i>Gerardo Clésio Maia Arruda, Antonio Kevan Brandão Pereira, Adriana Rossas Bertolini</i> .....	243 ▶
Introdução.....	243 ▶
1. Direitos Humanos e Processos Culturais Históricos .....	245 ▶

2. O Longo Amanhecer dos Direitos Políticos Brasileiros .....	248 ▶
Conclusão.....	255 ▶
Referências .....	256 ▶

**Educação Jurídica e a Função Social das Instituições de Ensino Superior: Uma Análise das Profissões Jurídicas na Efetivação dos Direitos Fundamentais**

<i>Dayse Braga Martins, Danielly Andrade do Vale</i> .....	259 ▶
Introdução.....	259 ▶
1. A Universidade e sua Função Social.....	261 ▶
2. Ensino Jurídico.....	263 ▶
3. As Profissões Jurídicas na Defesa dos Direitos Fundamentais .....	265 ▶
3.1. Advogado Público e Privado .....	266 ▶
3.2. Ministério Público.....	268 ▶
3.3. Juiz de Direito .....	269 ▶
3.4. Delegado.....	270 ▶
Conclusão.....	271 ▶
Referências .....	272 ▶

**Uma Epistemologia da Política Criminal Racional e Democrática**

<i>Marcus Alan de Melo Gomes</i> .....	275 ▶
1. O Atraso Epistemológico da Política Criminal .....	275 ▶
2. O Fracasso da Política Criminal no <i>Welfare State</i> .....	277 ▶
3. Política Criminal e Expansão Punitiva no Contexto Neoliberal .....	280 ▶
4. Política Criminal Racional e Democrática: O Aporte Criminológico.....	282 ▶
Conclusão.....	285 ▶
Referências .....	288 ▶

**A Dignidade Humana como Limite ao Poder Constituinte Originário**

<i>Gabriela Natacha Bechara, Horácio Wanderlei Rodrigues, Leilane Serratine Grubba</i> .....	289 ▶
Introdução.....	289 ▶
1. A Dignidade da Pessoa Humana.....	290 ▶
2. A Dignidade Humana Segundo o Direito Internacional.....	293 ▶
3. O Poder Constituinte.....	298 ▶
4. A Limitação do Poder Constituinte pelo Princípio da Dignidade Humana .....	304 ▶
Conclusão.....	309 ▶
Referências .....	310 ▶

## **O Direito à Educação no Sistema Interamericano de Direitos Humanos**

<i>Ana Maria D'Ávila Lopes, Beatriz Saldanha Lima Rodrigues</i> .....	313 ▶
Introdução.....	313 ▶
1. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos .....	314 ▶
2. O Direito à Educação na Opinião Consultiva N° 17/2002 (Oc-17/2002) .....	317 ▶
3. O Direito à Educação na Jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.....	319 ▶
3.1. Caso Villagrán e outros (meninos de rua) V. Guatemala (1999) .....	324 ▶
3.2. Caso Instituto de Reeducação do Menor Vs. Paraguai (2004) .....	326 ▶
Conclusão.....	328 ▶
Referências .....	329 ▶

## **Hotel Ruanda e os Direitos Humanos: O Genocídio Visto no Cinema**

<i>Leilane Serratine Grubba , Horácio Wanderlei Rodrigues, Gabriela Natacha Bechara</i> .....	333 ▶
Introdução.....	333 ▶
1. Apontamentos do Filme <i>Hotel Ruanda</i> .....	334 ▶
2. A Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 1948 ....	338 ▶
3. O Genocídio em Ruanda de 1994 .....	339 ▶
4. As Violações de Direitos Humanos e o Tribunal <i>Ad Hoc</i> de Ruanda.....	345 ▶
Conclusão.....	347 ▶
Referências .....	348 ▶

## **O Direito Humano Fundamental à Nacionalidade: Perspectivas para a Emergência de uma Cidadania Global**

<i>José Carlos Kraemer Bortoloti, Priscila Zilli Serraglio, Thaise Nara Grazziotin Costa</i> .....	351 ▶
Introdução.....	351 ▶
1. A Nacionalidade como Dimensão Pessoal do Estado e a Necessidade de Relativização da Soberania Estatal .....	352 ▶
2. Nacionalidade e Cidadania – A Influência da Soberania na sua Concessão aos Apátridas e Refugiados .....	354 ▶
Conclusão.....	361 ▶
Referências .....	363 ▶

**A Aplicação do Princípio do Esgotamento de Recursos Internos  
no Âmbito do Tribunal Europeu de Direitos Humanos**

<i>Camilla de Freitas Feijó</i> .....	365 ▶
Introdução.....	365 ▶
1. Conceito e Finalidade .....	366 ▶
2. A Aplicação do Princípio no Âmbito Europeu .....	369 ▶
3. Limites à Aplicação do Princípio .....	377 ▶
Conclusão.....	379 ▶
Referências .....	380 ▶

**Café com Direitos Humanos e Arte**

<i>Ana Paula Araújo de Holanda, Maria do Carmo Barros, Marlea Nobre</i> .....	385 ▶
1. Breve história do Ensino do Direito no Brasil.....	385 ▶
2. A realidade do Ensino do Direito e a função social do profissional.....	389 ▶
3. Vamos tomar um café? .....	391 ▶
Conclusão.....	395 ▶
Referências .....	396 ▶

# A Responsabilidade Civil pelos Danos ao Meio Ambiente e à Saúde Provocados pelo uso excessivo dos Agrotóxicos: Um Desafio para o Milênio<sup>1</sup>

*Otacilene Oliveira Silva  
Bleine Queiroz Caúla*

## Introdução

As sociedades adeptas à prática da agricultura de subsistência tinham uma boa relação com a natureza, pois produziam apenas o necessário para o sustento. Com o desenvolvimento social e o aumento populacional, as pequenas lavouras de subsistência não mais supriam as novas demandas. Diante da necessidade do aumento de produção e da não destruição da plantação pelas pragas, a solução encontrada estava nos agrotóxicos, inicialmente produzido com substâncias naturais.

Quais medidas podem mitigar esse “mal necessário” denominado agrotóxico? Na medida em que o Brasil se tornou o maior utilizador de agrotóxicos do mundo, os impactos ambientais começaram a surgir. Tendo em vista a nocividade dos agrotóxicos, a Lei nº 7.802/89, e o Decreto, nº 4.074/02, que a regulamenta, especificaram importantes regras de proteção ao meio ambiente e à sociedade, entretanto esse diploma é rotineiramente desrespeitado pelo uso indiscriminado dos agrotóxicos e agrava-se diante da falta de investimento de novas tecnologias nesse setor (ABRASCO, 2012, p. 32).

O estudo tem como foco a proteção do ambiente como o meio para a qualidade de vida digna com saúde em face dos impactos decorrentes do uso excessivo dos agrotóxicos. Oportuno analisar quais os instrumentos jurídicos

---

1 O presente artigo é um dos frutos do trabalho de monografia de conclusão de curso da autora Otacilene Oliveira Silva, sob a orientação da professora Bleine Queiroz Caúla, cujas modificações foram pactuadas por ambas.



disponibilizados para tal defesa; identificar qual posicionamento os tribunais vêm tomando diante de tal problemática e apontar quem são os responsáveis pela proteção ambiental para que se possa obrigá-los a reparar os prejuízos ocasionados, propondo até sistemas agrícolas mais sustentáveis.

As hipóteses do estudo foram investigadas através de pesquisa bibliográfica, utilizando-se de resultados para aumentar o conhecimento que transforma a realidade, ou seja, será feita uma nova abordagem da realidade. Utilizamos uma abordagem quantitativa e qualitativa voltada a aprofundar e compreender o debate sobre o assunto, mediante observações intensivas dos fenômenos sociais. A pesquisa é descritiva e exploratória, visto que conceitua, explica, descreve, interpreta, inova, discute e esclarece os fatos.

O trabalho está dividido em cinco seções, a iniciar por esta introdução, em seguida decorre-se o suporte teórico em três capítulos que versam sobre o conceito e normatização dos agrotóxicos no Brasil; Dano ambiental e sua extensão pelo uso excessivo dos agrotóxicos; A responsabilidade civil dos agentes do dano ambiental causado pelos agrotóxicos. Por fim, estabelecem-se considerações finais sobre o trabalho.

## 1. Conceito e Normatização dos Agrotóxicos no Brasil

A preocupação com a sustentabilidade da agricultura<sup>2</sup> tem imbricação com a qualidade da saúde de todos os seres vivos e representa o cultivo de um mundo melhor e a promoção de uma alimentação saudável<sup>3</sup>, maior longevidade, redução de doenças, menor custo para o sistema público e privado de saúde, redução da mortalidade e consequente equilíbrio na previdência. A agricultura é

---

2 Cfr. LOVINS, L. Hunter; COHEN, Boyd (**Capitalismo climático: liderança inovadora e lucrativa para um crescimento econômico sustentável**, 2013, p. 193) os vínculos entre a agricultura e a mudança do clima são numerosos: práticas agrícolas que dependem de combustíveis fósseis; escolhas insatisfatórias de utilização da terra; substâncias e produtos químicos tóxicos; energia usada na fabricação, transporte [...]; e a capacidade que perdemos de nos alimentar com alimentos produzidos localmente, tudo isso contribui para a mudança do clima.

3 Michael Pollan (apud LOVINS, L. Hunter; COHEN, Boyd. **Capitalismo climático: liderança inovadora e lucrativa para um crescimento econômico sustentável**, 2013, p. 196) descreve o sistema alimentar industrial como um sistema no qual “estamos comendo petróleo e vomitando gases de efeito estufa”.

um singular segmento do meio ambiente que envolve diversos fatores e a sociedade letárgica permite que o sistema econômico e político domine e permanece passiva na espera das consequências danosas<sup>4</sup>.

Os agrotóxicos constituem substâncias químicas utilizadas pela agricultura para o combate às pragas que assolam as produções agrícolas. Estes produtos ficaram conhecidos como *defensivos agrícolas* porque possuíam a finalidade de *proteção* ao combater as pragas e fertilizar a lavoura. Logo, esse termo caiu em desuso e deu espaço ao termo *agrotóxicos*, pois esta terminologia não disfarça o potencial risco que estas substâncias químicas oferecem (BEZERRA, 2003). Sem perder de vista o desequilíbrio dos ecossistemas.

## 1.1. Abordagem do uso dos agrotóxicos na Constituição Federal de 1988

A abordagem jurídica constitucional voltada ao uso dos agrotóxicos é uma questão bastante digna de enfoque especial no que diz respeito ao meio ambiente. A Constituição ao tratar os direitos ambientais como um direito difuso dirigiu aos entes estatais o dever de controlar a produção, a comercialização (Art. 225, §1º, V) e a propaganda comercial de agrotóxicos, contendo advertências sobre os malefícios decorrentes de seu uso (Art. 220, §4º). Determina, ainda, que a política agrícola deverá ser planejada e executada na forma da lei, com a participação conjunta e efetiva dos produtores, trabalhadores rurais, comerciantes, armazenadores e transportadores (Art. 187, §1º).

A Constituição Federal de 1988 deu importante tratamento jurídico ao meio ambiente ao colocá-lo no patamar de Princípio do Direito Humano Fundamental e blindou a um nível de supremacia ao mencioná-lo como um direito de todos e dever do Estado e da sociedade de preservá-lo em capítulo específico. Assim, também, nos diz Paulo Affonso Leme Machado (2013, p. 151):

---

4 De acordo com o Instituto Nacional de Saúde Americano, quarto das seis principais causas de morte nos Estados Unidos estão ligadas a uma alimentação pouco saudável. Ver LOVINS, L. Hunter; COHEN, Boyd (**Capitalismo climático: liderança inovadora e lucrativa para um crescimento econômico sustentável**, 2013, p. 193).

‘O meio ambiente é um bem coletivo de desfrute individual e geral ao mesmo tempo.’<sup>5</sup> O direito ao meio ambiente é de cada pessoa, mas não só dela, sendo ao mesmo tempo ‘transindividual’<sup>6</sup>. Por isso, o direito ao meio ambiente entra na categoria de interesse difuso, não se esgotando numa só pessoa, mas se espraiando para uma coletividade indeterminada.

A Constituição espanhola de 1978, que inspirou à brasileira de 1988, tem o mesmo posicionamento: “Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo” (art. 45-1, da Constituição da Espanha).

Vale ressaltar que o papel da Constituição Federal é de extrema importância, do contrário a ausência de regulamentação e previsão constitucional impossibilitaria a eficácia da proteção aos bens ambientais e à saúde humana. O efeito *erga omnes* que a Constituição confere aos deveres de sustentabilidade atribuem o *status* de Direito Humano Fundamental. Assim, podemos perceber o grande progresso da Constituição de 1988 para as questões ambientais.

## 1.2. Tratamento infraconstitucional ao uso dos agrotóxicos - Leis nº 7.802/89 e o Decreto nº 4.074/2002

A Lei nº 7.802/89, regulamentada pelo Dec nº 4.074/2002, representa um grande salto na disciplina jurídica dos agrotóxicos no Brasil, pois trata de aspectos extremamente relevantes quanto a completa gerência dessas substâncias (BEZERRA, 2003, p. 65-66). Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2012, p. 397-398) reconhece a importância da regulamentação jurídica sobre o uso dos agrotóxicos ao dizer que:

A utilização dos agrotóxicos na agricultura tem determinado a poluição de praticamente todo o meio ambiente natural, tendo em vista que se re-

5 Raúl Canosa Usera, “Aspectos constitucionales del Derecho Ambiental”, Revista de Estudios Políticos 94/79, Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

6 “Um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado representa um bem e interesse transindividual, garantido constitucionalmente a todos, estando acima de interesses privados” (TRF-4ª Região, 4ª T., Ap. em Ação Civil Pública 1998.04.01.009684-2-SC, rel. Juiz Federal Joel Ilan Paciornik, DJU 16.4.2003, in Interesse Público 19/288, 2003).

flete na água, no solo e no ar atmosférico. Com isso, passa a existir maior regramento jurídico que efetivamente controle essa atividade.

Diante da complexidade do problema e a necessidade de gerenciamento dos agrotóxicos, a Lei nº 7.802/89, de *status* federal, tratou de maneira minuciosa as questões atinentes à competência legislativa e administrativa. Em seu art. 9º estabeleceu as prerrogativas da União. Em consenso com os arts. 23 e 24 da Constituição de 1988, o art. 10 da Lei nº 7.802/89 delegou a competência concorrente aos Estados e ao DF para legislar e fiscalizar e aos Municípios, compete legislar de forma complementar (art. 11) (ANTUNES, 2010, p. 651).

Existem casos que se fazem necessário o uso do agrotóxico. Na França, Emmanuel Giboulot, que tinha uma viticultura orgânica, foi condenado por não utilizar o agrotóxico eliminador do inseto transmissor da bactéria *flavescence d'oree* (amarelo da videira), haja vista não haver cura para a doença. Logicamente, se tratando da indústria de vinho da França, qualquer doença grave pode ser potencialmente desastrosa se não prevenida a tempo (GLOBO RURAL, 2014).

A própria Lei nº 7.802/89 e o Dec nº 4.074/2002 preveem o uso dos agrotóxicos, todavia para tanto se faz necessários atender às determinadas exigências impostas pela lei para que não se ponha em risco a saúde humana, a incolumidade física-psíquica e o meio ambiente equilibrado. A lei impõe limites que uma vez não atendidos gera responsabilidade penal, civil e administrativa ao agente infrator.

## **2. Dano Ambiental e sua Extensão pelo uso Excessivo dos Agrotóxicos**

Fazendo uma conexão entre o uso abusivo dos agrotóxicos e os seus efeitos no meio ambiente e na saúde humana percebemos os severos impactos que estas substâncias proporcionam. As externalidades negativas dos pesticidas fazem nascer a possibilidade de substituição do agronegócio por um modelo agrícola mais sustentável.

## 2.1. Conceito de Dano Ambiental e o Impacto do Uso dos Agrotóxicos no Meio Ambiente e na Saúde Humana

*Dano* significa toda ofensa ou prejuízo causado a alguém ou coisa alheia. Todavia, *dano ambiental* é um conceito difícil de especificar, pois a Constituição não elaborou uma noção específica do que seria o meio ambiente, dificultando a consequente conceituação do dano ambiental. Para Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2012, p. 108), dano ambiental consiste na lesão a um bem ambiental, decorrente da atividade danosa praticada por pessoa física ou jurídica, pública ou privada, de forma dolosa ou culposa, que direta ou indiretamente seja responsável pelo dano causado.

Há relatos de que os agrotóxicos são utilizados desde os tempos bíblicos, todavia, eram compostos por substâncias naturais, que não ofereciam alto teor de degradação. O processo de modernização e aumento do uso de agrotóxico *otimizou* a agricultura, mas por outro lado ensejou inúmeros impactos ambientais (BULL; HATHAWAY, 1986 apud BEZERRA, 2003, p. 35-38).

No Brasil, os recursos hídricos, imprescindíveis à existência de qualquer forma de vida, vêm sofrendo constantes agressões decorrentes da intensa utilização dos agrotóxicos nas lavouras. O escoamento superficial favorece a contaminação das águas superficiais e a lixiviação dos agrotóxicos através do solo agrícola tende a resultar em contaminação das águas subterrâneas. Conforme dados publicado por Raquel Rigotto (2011, p. 159-160):

[...] Tomé e de mais quatro comunidades [...] são abastecidas pela água que vem dos canais ao céu aberto. Nesse sentido, a água encontra-se sujeita a todo tipo de contaminação. A água [...] localizada na Quadra IV do Projeto Jaguaribe-Apodi, é captada pelo Sistema de Abastecimento de Água de Limoeiro do Norte-SAAE [...]. Por conta da denúncia da comunidade, o Ministério Público realizou uma visita para avaliar a situação [...]. [...] a SEMACE realizou análises da água [...]. E constatou que, de fato, não apresenta condições para consumo humano.

Os agrotóxicos podem ser persistentes, móveis e bastante tóxicos ao solo, pois eles tendem a acumular-se e permanecer no solo, contaminando-o, por muito tempo. Conforme dossiê da Abrasco (ROMEIRO; ABRANTES, 1981 apud ABRASCO, 2012, p. 58): “A [...] perda da atividade biológica no solo,

[...] afeta a qualidade das plantas, tornando-as suscetíveis às pragas. Tal suscetibilidade demanda doses cada vez maiores e/ou diversificadas de agrotóxicos, fechando assim o ciclo da contaminação do solo”. De acordo com Raquel Rigotto (2011, p. 155), *A transnacional do ramo do abacaxi e do melão*, situada nas cidades de Quixeré e Limoeiro do Norte, por volta de 2008 possuía área com extensão de 4.860 hectares, sendo que 1.620 hectares deles já se encontravam improdutivos e desgastados.

Os efeitos toxicológicos na saúde dos trabalhadores que aplicam e manipulam os coquetéis dos agrotóxicos podem manifestar-se de forma aguda, que são os mais visíveis, pois dentro de 24 horas a vítima apresentará sintomas de convulsões, náuseas, vômitos, dores de cabeça, tontura, dentre outros; ou poderá manifestar-se de forma crônica, com a redução da fecundidade e alguns tipos de cânceres que aparecerão somente em semanas, anos, ou décadas após a exposição contínua aos agrotóxicos. Estudos indicam que em cada um diagnóstico de intoxicação aguda há uma expectativa de oito casos de intoxicação crônica (RUEG, 1991 apud SOARES, 2012, p. 35).

Os efeitos adversos dos agrotóxicos podem ocorrer, também, de forma acidental atingindo à sociedade em geral, especialmente, à população vizinha do agronegócio. Pesquisas revelam que até os anfíbios foram contaminados (MALI, 2013, p. 51). Em Lucas do Rio Verde ocorreu o episódio da *chuva de agrotóxicos*, marcado pela pulverização aérea que atingiu uma escola e chácaras vizinhas. Os 65 chacareiros tiveram suas hortas, canteiros e vegetações queimadas e apodrecidas (MALI, 2013, p. 52).

Segundo informações do Dossiê da Abrasco (2012, p. 20) até os consumidores estão prejudicados com a presença excessiva dos agrotóxicos, pois 1/3 dos alimentos consumidos cotidianamente pelos brasileiros estão contaminados pelos agrotóxicos. Pesquisa realizada, em 2011 pelo Programa de Análise de Resíduos de Agrotóxicos em Alimentos (PARA) da Anvisa, coletaram amostras das 26 Unidades Federadas do Brasil, os resultados evidenciaram que 63% das amostras analisadas apresentaram contaminação por agrotóxicos, sendo que 28% apresentaram ingredientes ativos não autorizados no Brasil e/ou ultrapassaram os limites máximos legais. E os outros 35% apresentaram contaminação por agrotóxicos, mas dentro dos limites.

## 2.2. Modelo do agronegócio *versus* modelo agroecológico

O agronegócio é completamente contraditório, enquanto o Brasil está no *ranking* dos países mais produtivos, contribuindo com cerca de 30% das exportações no mercado mundial, 40% da sua população sofre com insegurança alimentar e nutricional (ALMEIDA; CARNEIRO, 2009 apud RIGOTTO, 2011, p. 584). Conforme o IBGE (2006) isto corresponde a 70 milhões de brasileiros nesta situação (ABRASCO, 2012, p. 56).

A *agroecologia* propõe uma relação equilibrada entre a atividade agrícola e a preservação ambiental, pois tem como alvo um futuro sadio. Esta modalidade agrícola não utiliza agrotóxico, haja vista que busca o desenvolvimento com a natureza e nunca contra ela. Em Tauá, interior do Ceará, pequenos agricultores realizaram o plantio de algodão orgânico. A empresa Francesa *Veja Fair Trade*, em 2004, começou a comprar o algodão orgânico produzido em Tauá para fabricação de tênis (TEIXEIRA; DUTRA, 2013, p. 63).

Estudos realizados apontam como outra opção de fertilizante orgânico a urina. A urina fresca é livre de qualquer bactéria ou toxidade, e diluída em água transforma-se em um acelerador fabuloso e ativador de compostagem, haja vista a presença de diversos nutrientes como nitrogênio, crotina, sódio, potássio, cálcio, magnésio, cloro, entre outros. A urina deve ser aplicada sobre as mudas e nunca sobre as folhas e os frutos (ROBINSON, 2010, *on line*).

## 3. A Responsabilidade Civil dos Agentes do Dano Ambiental Causado pelos Agrotóxicos

De acordo com o princípio do poluidor-pagador, diante de um dano ambiental o poluidor tem o dever de recuperar ou indenizar o bem ambiental lesado. Esta obrigação representa a responsabilidade civil garantida por meio dos instrumentos jurídicos previstos na Constituição e em leis infraconstitucionais. O posicionamento doutrinário e jurisprudencial nos auxilia na definição dos responsáveis, bem como do tipo de responsabilidade adotada para os danos ambientais.

### 3.1. Responsabilidade civil no Direito Ambiental

Com intuito de refletir a ideologia do princípio do poluidor-pagador, o legislador adotou sabiamente a responsabilidade civil objetiva, fundada na teoria do risco integral, pois não exigiu a verificação do dolo (intenção) ou culpa (negligência, imperícia ou imprudência), bastando que se prove a existência do dano e do nexo causal entre esse dano e a ação ou omissão do agente poluidor ou o simples risco que a atividade implica para que lhe seja imputada a responsabilidade civil (FIGUEIREDO, 2013, p. 174).

A lei que disciplina sob a Política Nacional do Meio Ambiente, em seu art. 3º, IV, da Lei nº 6.938/81, entende como poluidor “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”. Dessa forma, se toda pessoa física ou jurídica é obrigada a responder por seus danos, nada mais coerente que a pessoa jurídica de direito público também responda, ela não foge à regra, pois não está acima do direito (SIRVINSKAS, 2012, p. 260). Pois assim prevê o art. 37, §6º, da CF de 1988:

Art. 37, §6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

O Poder Público deve ser responsabilizado solidariamente pelos danos ambientais que causar de indiretamente, quando, diante do dever de fiscalizar as atividades danosas, não o faz, por omissão, ou o faz de maneira irregular ou ineficiente. Todavia, terá o direito de regresso contra o verdadeiro poluidor nos casos de culpa (SIRVINSKAS, 2012, p. 260). O Estado, também, será responsável pelos danos ambientais que diretamente causar no exercício de suas funções típicas, ou seja, quando o Poder Público figurar na posição de agente poluidor (MILARÉ, 2011, p. 1261).

Quanto à responsabilidade civil do particular, ela, também, é objetiva, fundada na teoria do risco, independentemente de culpa. A própria legislação federal que disciplina os agrotóxicos previu individualmente, em seu art. 14 (Lei nº 7.802/89), a responsabilidade civil de cada integrante de todas as fases dos agro-



tóxicos, pelos danos causados à saúde das pessoas e ao meio ambiente quando não cumprirem o disposto na legislação pertinente.

### **3.1.1. Aplicação da “Disregard Doctrine”**

A teoria da personalidade ou personificação jurídica estabelece rigidamente que na sociedade de capital a pessoa do sócio é distinta da pessoa da sociedade e que seus patrimônios são inconfundíveis, em decorrência disto apenas ocorre a responsabilidade subsidiária e pessoal dos sócios solidários.

A desconsideração consiste na retirada momentânea dos efeitos da personificação societária sempre que lhe couber intervir no processo em razão da utilização abusiva da personalidade jurídica da sociedade pelos sócios. Embora a teoria da personificação afirme a existência dessa autonomia patrimonial, a desconsideração da personalidade jurídica, no direito comparado, ficou conhecida pelo termo *Disregard Doctrine*. Leane Barros Fiuza de Melo Chermont (2003, p. 58-60, grifo do autor) entende que:

[...] A adoção da *Disregard Doctrine* na esfera do meio ambiente representa um grande passo [...], pois na atualidade os grandes responsáveis pela poluição ambiental são as empresas, [...] com um enorme poder diante da sociedade vitimada. [...] imprescindível, portanto, a utilização do instituto sempre que a personificação jurídica seja utilizada para prejudicar ou entravar o ressarcimento dos danos ambientais.

Vale ressaltar que a desconsideração, prevista no art. 4º, da Lei dos Crimes Ambientais nº 9.605/98, não se confunde com a despersonalização ou desconstituição da personalidade jurídica, o tema aqui tratado é o da desconsideração, que implica não na extinção da personalidade, mas na perda de seus efeitos em determinado negócio jurídico, nos limites de um caso concreto para impor aos sócios uma obrigação, que, à primeira vista, era da sociedade porque os sócios utilizaram a sociedade de maneira abusiva e fraudulenta.

### **3.1.2. Índice de jurisprudências**

As jurisprudências representam o ativismo judicial na busca de dar efetividade às normas, sempre que o Poder Público for inerte. Tendo em vista, a com-

plexidade do direito ambiental, muitas das vezes, as normas ambientais parecem distantes e inaplicáveis, semelhando-se a promessas vazias. É com este fim que os tribunais, por meio do exercício da jurisdição, contribuem para a efetividade das normas ambientais. Adverte Bleine Queiroz Caúla (2011, p. 66-69) que:

A jurisprudência deve ser elaborada à luz de uma compreensão do momento histórico, aprendendo com o passado e interpretando o presente com os olhos no futuro. Necessita que refinemos a nossa sensibilidade para os problemas que envolvem o ambiente, que compreendamos os sinais dos tempos com ponderação para que se atine ao que nos arriscamos perder. [...] É a jurisprudência o meio que vem suprir o que Luís Roberto Barroso chama de infidelidade governamental, coibindo a transformação das normas constitucionais em promessas inconsequentes. [...] aos tribunais compete dar uma interpretação inovadora, podendo esses órgãos dispor da liberdade necessária à determinação do conteúdo de tais direitos, desde que consigam referir material e racionalmente à Constituição os conteúdos descobertos [...].

No que concerne ao tema aqui apresentado, percebe-se pelas jurisprudências colacionadas que os tribunais, de forma pacífica, posicionam-se pela total proteção ao meio ambiente e à sadia qualidade de vida humana, haja vista que em diversos julgados adotou a responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco, admitindo a solidariedade entre os poluidores; intensificou as restrições e fiscalizações municipais, reconhecendo o Poder de Polícia e o Poder Legislativo Municipais; bem como reforçou a inversão do ônus da prova, a exigência do registro para importação e fabricação dos agrotóxicos em solo brasileiro, a responsabilidade do fabricante pela destinação final das embalagens vazias, a imprescritibilidade das ações ambientais e a aplicação da *Disregard Doctrine*.

### **3.2. Instrumentos jurídicos de tutela ambiental**

A cada dia que passa, a sociedade globalizada e capitalista ascende com a busca pela evolução e pelo desenvolvimento, ao passo que as consequências desse progresso são refletidas na qualidade de vida do homem e no equilíbrio ecológico do meio ambiente. Preocupados com esse paradoxo os legisladores dispuseram de mecanismos da via judicial que garantissem tutelas repressivas e

reparadoras do meio ambiente (LEMOS, 2011, p. 194). De acordo com Bleine Queiroz Caúla (2011, p. 58):

A efetividade da tutela jurídica do ambiente está condicionada à necessidade de que o cidadão seja participativo e esteja devidamente informado dos seus direitos para então poder tutelá-los, seja administrativa ou judicialmente. Os instrumentos de tutela do ambiente analisados no presente capítulo têm o papel de impulsionar e democratizar o princípio do acesso à justiça. [...] A participação popular é um dos cânones e a principal característica do mandamento constitucional de se viver em um ambiente sadio e equilibrado ecologicamente.

Um dos principais instrumentos judiciais é a *Ação Civil Pública*, prevista constitucionalmente no art. 129, III, da CF/88 e regulamentada pela Lei nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública - LACP), que de acordo com Luís Paulo Sirvinskas (2012, p. 830) serve para disciplinar sobre a “responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, à ordem econômica ou qualquer outro interesse difuso ou coletivo”. A ação civil pública tem por finalidade a tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, que são metaindividuais ou transindividuais, pois se situam entre os interesses privados e públicos.

A *Ação Popular* está prevista na Constituição, em seu art. 5º, LXXIII, podendo ser proposta para anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. O titular desta ação é qualquer cidadão que vise à proteção dos interesses públicos relacionados ao meio ambiente e não seus interesses individuais.

O *Mandado de Segurança Coletivo Ambiental* possui previsão constitucional e infraconstitucional nos arts. 5º, LXIX, da CF/88 e 1º da Lei nº 12.016/09, para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. O referido mandado é coletivo em razão dos seus legitimados (art. 5º, LXX, da CF/88).

O *Mandado de Injunção Ambiental* está previsto na Constituição, em seu art. 5º, LXXI e regulamentado pela Lei nº 12.016/09 (Mandado de Seguran-

ça), no que couber, até que seja editada legislação específica, conforme parágrafo único do art. 24, da Lei nº 8.038/90. O mandado de injunção ambiental tem por objeto a falta de norma regulamentadora que torna inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, obrigando os poderes públicos a regulamentarem tais direitos.

A *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn)* está prevista na Constituição, em seu art. 102, a, contra lei ou ato normativo federal ou estadual visando que o Poder Judiciário declare inadequação da lei infraconstitucional ou do ato normativo em face da Constituição Federal de 1988.

Imprescindíveis são os instrumentos jurídicos constitucionais para a proteção dos direitos ambientais. Direitos estes protegidos com prerrogativas constitucionais. Se os direitos ambientais, de uso de todos, são concedidos pela Mãe das leis, nada mais lógico que ela também disponha de meios jurídicos para a defesa de tais direitos, fazendo com que Poder Público e coletividade caminhem juntos na defesa dos direitos difusos do meio ambiente.

## Conclusão

O aumento populacional e a decorrente evolução da produtividade agrícola, consequências do modelo capitalista, fizeram surgir a necessidade de se produzir meios de proteção aos alimentos plantados em face das pragas surgidas. Os agrotóxicos foram criados, exatamente, com o fim de controlar essas pragas, para que não se perdesse grandes toneladas de plantações. A sua utilização é permitida por lei, entretanto, muitas vezes seu uso é indiscriminado, ocasionando dependência nas plantações e prejuízos ao meio ambiente e à saúde humana.

A investigação colima despertar uma preocupação coletiva na sociedade civil e o regramento na comercialização dos agrotóxicos em razão da sustentabilidade da agricultura e da qualidade da saúde de todos os seres vivos na busca de uma alimentação mais saudável, o aumento da longevidade, a redução de doenças. A agricultura é um singular segmento do meio ambiente que envolve diversos fatores e por esta razão não pode haver um sopesamento dos interesses econômico e político em detrimento da dignidade da pessoa humana, cujo interventor é o Estado na prossecução do dever de proteção.

Os agrotóxicos produzidos e comercializados estão sujeitos à medidas importantes e imprescindíveis, como o atendimento às restrições impostas por lei. De modo extremista, poderia adotar-se, para os casos de desobediência, o banimento dos agrotóxicos com o aumento da comercialização dos produtos agroecológicos, mais saudáveis; a substituição das substâncias defensivas, como, por exemplo, a utilização da urina; ou o uso restrito dos agrotóxicos, principalmente nos casos de maior risco à vida. Bem como o desenvolvimento de campanhas educativas que mostrem à sociedade consumidora a nocividade do uso indiscriminado dos agrotóxicos contidos nos alimentos.

Além das campanhas ao público consumidor é imprescindível uma capacitação direcionada aos agricultores, mostrando a necessidade de conscientização de todos os interessados no uso dos agrotóxicos, desde o fabricante até o pequeno produtor, para que sejam tomadas medidas importantes, tais como a venda do agrotóxico somente com receituário agrônômico, a utilização de acordo com o receituário, o respeito aos prazos de aplicação, reaplicação e comercialização dos produtos com agrotóxicos, a correta destinação final das embalagens dos agrotóxicos e também o fornecimento do equipamento de proteção individual (EPI) ao aplicador.

Entretanto, sem a fiscalização e os meios efetivos de punição, os mecanismos legais que estabelecem todas as limitações de garantia à segurança são desrespeitados. Necessário é estabelecer punições efetivas e fiscalização rotineira e periodicamente o cumprimento à lei, juntamente com o não incentivo do Poder Público ao uso dos agrotóxicos, retirando, também, os incentivos tributários, para que o pequeno produtor tenha a oportunidade de escolher qual modelo adotar, e não ser condicionado ao modelo capitalista, por ser o mais acessível. Vale ressaltar que o descumprimento à Lei 7.802/89 e ao Decreto Regulamentador 4.074/02 implica em penalidades na esfera civil, independentemente das esferas administrativa e penal, de modo a não deixar impune o infrator.

Conclui-se, então, que as limitações legais, juntamente com o posicionamento dos tribunais protegem o meio ambiente e a saúde humana em face dos danos ambientais provocados pelo excesso dos agrotóxicos. Todavia, a garantia da eficácia da proteção que a legislação dá ao meio ambiente e à saúde humana encontra-se nos instrumentos jurídicos na medida em que o Poder Judiciário, provocado pelos legitimados, garantem a reparação ou indenização do bem lesado.

## Referências

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

ABRASCO. **Um Alerta Sobre os Impactos dos Agrotóxicos na Saúde**: Parte 1 - Agrotóxicos, Segurança Alimentar e Saúde. Disponível em: < <http://greco.ppgi.ufrj.br/DossieVirtual/>>. Acesso em: 10 mar. 2014.

ABRASCO. **Um Alerta Sobre os Impactos dos Agrotóxicos na Saúde**: Parte 2 - Agrotóxicos, Saúde, Ambiente e Sustentabilidade. Disponível em: < <http://greco.ppgi.ufrj.br/DossieVirtual/>>. Acesso em: 10 mar. 2014.

BEZERRA, Paulo Ricardo de Souza. **Poluição por Agrotóxicos e Tutela Ambiental do Estado**. Belém: Paka-tatu, 2003, (Coleção direito ambiental e políticas públicas).

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

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.074, de 04 de janeiro de 2002. Regulamenta a Lei no 7.802, de 11 de julho de 1989 [...]. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 08 jan. 2002. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 18 out. 2013.

BRASIL. Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989. Dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 jul. 1989. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 18 out. 2013.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 fev. 1998. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 25 jun. 2013.

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. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 02 set. 1981. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 30 abr. 2014.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 31 de agosto de 1981. 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. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 02 set. 1981. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 03 maio 2014.

BRASIL. Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 ago. 2009. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 03 maio 2014.

BRASIL. Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 mai. 1990. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 03 maio 2014.

CAÚLA, Bleine Queiroz. Análise da aplicabilidade das normas ambientais nas Constituições brasileira e portuguesa. In: MIRANDA, Jorge (Org.); CAÚLA, Bleine Queiroz (Coord.). **O direito Constitucional e a Independência dos Tribunais brasileiros e portugueses: aspectos relevantes**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 13-74

CHERMONT, Leane Barros Fiuza de Mello. **A Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente**. Belém: Paka-tatu, 2003, (Coleção direito ambiental e políticas públicas).

ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. 15. ed. Madrid: Tecnos, 2008.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Curso de Direito Ambiental**. 6. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. **Direito Ambiental**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LOVINS, L. Hunter; COHEN, Boyd. **Capitalismo climático: liderança inovadora e lucrativa para um crescimento econômico sustentável**. Trad. Claudia Gerpe Duarte e Eduardo Gerpe Duarte. São Paulo: Cultrix, 2013.

MALI, Tiago. Envenenados: todos os anos, milhares de habitantes do campo são intoxicados por agrotóxicos. Alunos atingidos por pesticidas, resíduos no leite materno e alta em taxas de câncer acendem um alerta. **Galileu**. São Paulo, n. 266, p. 47-59, set. 2013.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RIGOTTO, Raquel Maria. **Agrotóxicos, trabalho e saúde**. Fortaleza: Edições UFC, 2011.

ROBINSON, Dorianne. The ultimate 'organic' fertiliser? Resurgence & ecologist. Disponível em: <[http://www.theecologist.org/green\\_green\\_living/gardening/605742/urine\\_ultimate\\_organic\\_fertiliser.html](http://www.theecologist.org/green_green_living/gardening/605742/urine_ultimate_organic_fertiliser.html)>. Acesso em: 04 jul. 2014.

RURAL, GLOBO. Agricultor é condenado pela justiça da França por não usar agrotóxicos. G1 globo rural. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/agronegocios/noticia/2014/05/agricultor-e-condenado-pela-justica-da-franca-por-nao-usar-agrotoxicos.html>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SOARES, Ana Luiza Pontes. **Regulamentação do uso de agrotóxicos e riscos ao meio ambiente e à saúde**. 2012. 51f. Monografia (Graduação em Direito). Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2012.

TEIXEIRA, André; DUTRA, Gisele. O Ouro branco do sertão: com o projeto de incentivo ao plantio de algodão agroecológico na agricultura familiar, e tendo a frente a Associação de desenvolvimento Educacional e Cultural (Adec). **Nordeste Vinte Um**, Fortaleza, v. 4, n. 42, p. 60-64, jan. 2013.





# *Buen Vivir*: Uma Alternativa para o Desenvolvimento Sustentável

Luciana Costa Poli

## Introdução

A realidade latino-americana reclama uma premente quebra ou ruptura com a antiga matriz eurocêntrica de pensar o Direito e o Estado para o continente. Faz-se imperioso repensar e refundar as instituições políticas tradicionais, remodelando também os mecanismos jurídicos hábeis à satisfação dos interesses de parte da população que, tradicionalmente, sempre esteve alijada da vida política.

Alguns países da América Latina, tardiamente, parecem viver um fenômeno que desnuda as culturas nativas encobertas e violentamente extirpadas da própria construção de sua história. Desenha-se assim um panorama de pretenso constitucionalismo emancipatório, preocupado também na concretização de políticas ambientais eficazes e consideradas necessárias ao desenvolvimento sustentável.

Esse constitucionalismo ecocêntrico latino-americano, de modo particular nos Andes, eleva os direitos da natureza (*Pachamama*) e da cultura do Bem Viver a *status* constitucional, positivando, a partir das reformas da Constituição do Equador em 2008 e da Bolívia em 2009, a prevalência da cultura da vida e a relação de interdependência entre os seres vivos, pautada no valor da harmonia e desdobrável em princípios como reciprocidade e complementaridade.

A partir deste novo paradigma, apresenta-se a proposta do *Sumak Kawsay* (Bem Viver) e sua cosmovisão, a enfrentar o atual desafio de articular e compatibilizar as macropolíticas ambientais, exigências do mandato ecológico, com as macropolíticas sociais, a minimizar as desigualdades sociais e regionais.

O modelo do Bem Viver, ainda em construção, configura-se como uma tentativa (ou crença) de que seria possível equacionar essas questões pela revisão da relação do ser humano com a natureza, pautando-se fundamentalmente

no valor da harmonia, desdobrável em variáveis como, por exemplo, unidade, inclusão, solidariedade, reciprocidade, respeito, complementaridade e equilíbrio.

## 1. Breves Considerações sobre o Constitucionalismo Latino-Americano

A sociedade contemporânea mostra-se dinâmica, multifacetária, apresenta demandas diversas, não é uniforme. Nessa perspectiva, o Direito e, especialmente, o Direito Constitucional apresenta novas perspectivas hermenêuticas na busca de projetos constitucionais mais progressivos, inclusivos, plurais. Fala-se, assim, em neoconstitucionalismo e até em neoconstitucionalismos (CUNHA, 2010, p. 247).

Sarmiento (2010, p. 235) explica que é tarefa árdua definir o que seria o neoconstitucionalismo, mas segundo sua visão esse movimento trouxe mudanças de paradigma que implicaram no:

- a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação tópica, teorias da argumentação etc.; c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e) judicialização da política e das relações sociais, com significado de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o poder Judiciário.

Certo é que a alguns países sul-americanos (em especial, Equador<sup>1</sup>, Bolívia e Venezuela), por meio de um novo movimento constitucionalista, tentam romper com a lógica liberal-individualista das constituições políticas herdadas da colonização europeia que, segundo Chivi Vargas (2009, p. 58), “tem sido his-

---

1 A Constituição do Equador de 2008, além de ampliar e fortalecer os direitos coletivos (artigos 56 a 60: povos indígenas, afrodescendentes, comunais e costeiros), estabelece um inovador capítulo VII, que prescreve dispositivos (artigos 340 a 415) sobre o “regime de bem viver” e a “biodiversidade e recursos naturais”, ou seja, sobre o que vem a ser denominado “direitos da natureza”.

toricamente insuficiente para explicar sociedades colonizadas; não teve clareza suficiente para explicar a ruptura com as metrópoles europeias e a continuidade de relações tipicamente coloniais em suas respectivas sociedades ao longo dos séculos XIX, XX e parte do XXI”.

Trata-se de um processo de reinvenção do espaço público a ser construído tendo em vista os interesses e necessidades das maiorias até então excluídas dos processos decisórios. Adverte Dalmau (2008a, p. 22, tradução nossa)<sup>2</sup> que:

O desenvolvimento constitucional responde ao problema da necessidade. As principais mudanças constitucionais estão diretamente relacionadas com as necessidades da sociedade, as circunstâncias culturais, assim como o grau de percepção que essas sociedades possuem sobre as possibilidades de mudar suas condições de vida que, em geral, na América Latina não atendem expectativas esperadas com o transcorrer do tempo.

As constituições assim promulgadas constituem uma quebra ou ruptura com a antiga matriz eurocêntrica de pensar o Direito e o Estado para o continente. Procuram esses instrumentos repensar e refundar as próprias instituições políticas, remoldando os mecanismos jurídicos à satisfação dos interesses de parte da população que tradicionalmente não participava ativamente da vida política. É um fenômeno que desnuda as culturas nativas encobertas e violentamente extirpadas da própria construção da história sul americana, em um movimento que tende a “descolonizar o poder e a justiça” (WOLKMER; FAGUNDES, 2011, p. 378).

Deve-se examinar o panorama desenhado por esse que vem a ser um constitucionalismo “novo”, “emancipatório” ou “transformador” (DALMAU, 2008b, p. 69), no que se refere às inovações concernentes aos aspectos socio-ambientais, já que há, nesses instrumentos, uma preocupação de concretização de políticas ambientais eficazes consideradas necessárias ao desenvolvimento.

O novo constitucionalismo latino-americano é percebido, sobretudo, como um processo revelador do amadurecimento dos movimentos sociais e da conscientização da situação peculiar das comunidades. Não se caracteriza por

---

2 La evolución constitucional responde al problema de la necesidad. Los grandes cambios constitucionales se relacionan directamente con las necesidades de la sociedad, con sus circunstancias culturales, y con el grado de percepción que estas sociedades posean sobre las posibilidades del cambio de sus condiciones de vida que, en general, en América Latina no cumplen con las expectativas esperadas en los tiempos que transcurren.

formulações teóricas prévias e conformadas. Por isso, não constitui um sistema fechado, hermético, isolado ou de implementação de um determinado modelo constitucional rígido.

A ausência de precisão teórica, outrossim, não inibe a identificação de traços comuns aptos a identificar o movimento. Sua orientação central refere-se à preocupação de trazer a lume a reflexão sobre a desigualdade social, seus impactos diretos e indiretos. Persegue-se a busca do bem viver e a proteção da dignidade humana. Em linhas gerais, propõe o rompimento da lógica liberal-individualista e eurocêntrica que orientou, de forma geral, as constituições latino-americanas. Trata-se de uma possível reinvenção do espaço público, das políticas públicas e da participação popular.

Wolkmer e Fagundes (2011, p. 387) propõem três ciclos sociais para compreender esse novo constitucionalismo emergente. São eles: (i) Um primeiro ciclo social de caráter descentralizador, previsto nas Constituições do Brasil de 1988 e Colômbia de 1991, ao qual talvez pudesse ser acrescentada a do Paraguai de 1992; (ii) Um segundo ciclo social orienta-se para um constitucionalismo participativo e pluralista do qual a Constituição da Venezuela de 1999 é o exemplo mais emblemático; (iii) O terceiro ciclo pode ser representado pela Constituição do Equador de 1998 e 2008 e da Bolívia de 2009, que expressam um constitucionalismo plurinacional comunitário no qual coexistem diversas sociedades interculturais, como a indígena, comunais, urbanas e camponesas.

Esse constitucionalismo latino-americano prioriza a riqueza cultural e as tradições comunitárias e históricas, busca a refundação das instituições políticas e jurídicas e pretende superar o modelo de política elitista. Para a concretização dessa meta de reinterpretação pluricultural, destaca a possibilidade de se acender o diálogo e a interculturalidade. Procura evitar, sobretudo, a sobreposição de culturas, para que não se repita a história, rica de episódios de predomínio selvagem da cultura europeia. É o que Santos (2010, p. 46) denomina “hermenêutica diatópica”, com a qual operacionaliza as ideias centrais para esse novo movimento constitucionalista. Segundo o autor, a hermenêutica diatópica é um trabalho de interpretação entre duas ou mais culturas, com o objetivo de identificar preocupações isomórficas incluindo as diferentes respostas e fornecer um

amplo campo de debates sobre os temas gerais do universalismo de renovação cultural (SANTOS, 2010, p. 46, tradução nossa)<sup>3</sup>.

Outra característica é a defesa pedagógica em favor ética da alteridade que, segundo Wolkmer e Fagundes (2011, p. 381), configura-se como a ética antropológica da solidariedade comprometida com a dignidade do outro. Persegue-se ainda a consolidação de processos conducentes à racionalidade emancipatória<sup>4</sup> voltada à perseguição de interesses históricos, da expressão de uma identidade cultural própria a esses povos.

Nesse diapasão, as constituições da Colômbia, Bolívia e Equador já incorporaram o pluralismo jurídico e o direito de aplicação da justiça indígena como paralela à juridicidade estatal, reconhecendo a legitimidade da manifestação periférica de outro modelo de justiça e de legalidade, diferente daquele implantado e propalado como universal pelo Estado moderno. Relata Santos (2010, p. 91, tradução nossa)<sup>5</sup> que no artigo 30, a Constituição da Bolívia estabeleceu vasta gama de direitos das nações e dos camponeses indígenas. É a expressão constitucional de correspondência pela primeira vez na história do país, entre a forte presença da população e da proeminência política dos povos indígenas. Dentre esses direitos está o direito à própria jurisdição, cujo escopo é definido nos artigos 190, 191 e 192. Na Constituição do Equador também são reconhecidos os direitos dos povos e nacionalidades indígenas (art. 57) e a jurisdição indígena (art. 171).

3 La hermenéutica diatópica consiste en un trabajo de interpretación entre dos o más culturas con el objetivo de identificar preocupaciones isomórficas entre ellas y las diferentes respuestas que proporcionan.

4 Apesar de a racionalidade ser uma característica essencial da natureza humana, que impulsiona ações individuais e sociais, compõe-se de significados diversos, sutis e implícitos, que influenciam e direcionam a visão de mundo da sociedade. A racionalidade emancipatória (direciona-se pela capacidade de homens e mulheres deliberarem sobre as condições da sua própria existência opõe-se à racionalidade instrumental ou funcional, chamada por Santos (2000, p. 123) de indolente (leva em consideração o cálculo utilitário de consequências como única referência a guiar à ações dos indivíduos que adquirem um sentido de comportamento racional limitado).

5 En su artículo 30, la Constitución de Bolivia establecen vasto conjunto de derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. Es la expresión constitucional de la correspondencia, por primera vez en la historia del país, entre la fuerte presencia poblacional y el protagonismo político de los pueblos indígenas. Entre los derechos está el derecho a la jurisdicción propia cuyo ámbito queda definido en los artículos 190, 191 y 192. En la Constitución de Ecuador están igualmente reconocidos los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas (art. 57) y la jurisdicción indígena (art. 171).

Esse movimento constitucionalista, ao incluir em sua agenda questões de cunho ambiental, social, econômico e jurídico tem acendido esperanças de que o desenvolvimento sustentável, fulcrado em uma nova visão do mundo, é possível.

Lançando novos olhares, a partir da compreensão da diversidade, esse movimento jurídico-político traz à lume novos sujeitos e institucionalidades. No reconhecimento de novos sujeitos, observa-se não apenas o reconhecimento das coletividades étnicas, mas o da natureza como titular de direitos. Isto porque, na perspectiva não dissociada entre ser humano e natureza, influenciados pelos valores indígenas, a *Pachamama* ganha titularidade jurídica. Acosta e Martínez (2009) informam que na Constituição do Equador (2008) a natureza ou *Pachamama* é reconhecida como um sujeito de direitos. Assim, a natureza teria o direito fundamental à vida, para manter seus ciclos evolutivos.

## 2. Sumak Kawsay: Uma Forma Alternativa de Mobilização ou mais uma Utopia Política?

Durante séculos, a América Latina parece ter adormecido, seguindo o ritmo imposto pelos resquícios de um colonialismo forte e sempre presente, embora muitas vezes, não aparente. Apesar de circunstâncias políticas, sociais e econômica adversas, qualquer movimento operário, estudantil ou de qualquer outra classe mostrou-se insuficiente para implementar uma radical mudança no panorama. Um círculo de rendição permanecia, enquanto a resignação parecia ter se instalado permanentemente.

Nesse cenário, surpreendentemente, discussões começaram a emergir dando azo a uma drástica ruptura. Debates constitucionais ocorridos na Bolívia e no Equador culminaram com uma proposta que repousa raízes na cultura de origem inca (kechwa)<sup>6</sup>, buscando articular-se a partir da concepção do paradigma do “viver bem” – em kechwa, *sumak kawsay* (BELLO, 2004).

*Sumak kawsay* é a expressão de uma forma ancestral de ser e de estar no mundo. Expressa, de certa maneira, as proposições teóricas de *décroissance* de

---

6 É um idioma falado em alguns países andinos (particularmente no Peru, Equador e Bolívia), mas também no norte da Argentina e em outros países por um pequeno número de falantes (BENNETT, 1963).

Latouche<sup>7</sup>, de convívio de Ivan Illich<sup>8</sup> e de ecologia profunda de Arnold Naess<sup>9</sup>. O *buen vivir* relaciona-se às propostas de descolonização desenvolvidas por Quijano (1992), Santos (2004) e Lander (2005).

*Sumak* significa a plenitude, o sublime, excelente, magnífico. *Kawsay* refere-se à vida, em uma concepção dinâmica. Portanto *sumak kawsay* pode ser compreendido como a vida em plenitude. É a vida em excelência material e espiritual. O sublime expressa a harmonia, o equilíbrio interno e externo de uma comunidade (ACOSTA, 2008).

O conceito do *sumak kawsay* propõe uma oposição à lógica do capitalismo neoliberal que imprime uma concepção de vida boa atrelada à necessidade de consumir sempre mais e mais bens. Exaltar a convivência harmônica do homem e da natureza é um dos eixos centrais dessa proposta. O *Plan Nacional para el Buen Vivir* de 2009-2013 do Equador (EQUADOR, 2009)<sup>10</sup>, por exemplo, resume a adoção desse paradigma, ao propor uma ruptura conceitual dos conceitos ortodoxos do desenvolvimento de hoje (crescimento, rapidez, exportação, dentre outros). Propõe:

Construir uma sociedade que reconheça a unidade na diversidade, admitindo a natureza gregária do homem; promover igualdade, a integração social e a coesão como um guia para a vida; garantir os direitos universais de forma progressiva e o fortalecimento das capacidades humanas; construir relações sociais e econômicas em harmonia com a natureza; saída à crise ideológica do capitalismo que surge a partir de uma conferência realizada pelo *Institute for International Economics*, em

7 Segundo Latouche (2004, p. 109), é preciso descolonizar nosso imaginário. Em especial, desistir do imaginário econômico [...] Redescobrir que a verdadeira riqueza consiste no pleno desenvolvimento das relações sociais de convívio em um mundo são, e que esse objetivo pode ser alcançado com serenidade, na frugalidade, na sobriedade, até mesmo em certa austeridade no consumo material. Sustenta que para salvar o planeta e assegurar um futuro aceitável para os nossos filhos, não basta moderar as tendências atuais. É preciso sair completamente do desenvolvimento e do economicismo.

8 Com toques de radicalismo, afirma que a sociedade industrial promoveu uma nova elite de profissionais, cujo trabalho era convencer-nos de tudo o que “precisamos, não precisamos” (ILLICH, 1974, p. 22).

9 Defende o valor intrínseco dos seres vivos, independentemente de sua utilidade instrumental às necessidades humanas. A ecologia profunda propõe que o mundo natural é um equilíbrio sutil de complexas inter-relações em que a existência de organismos é dependente da existência de outros dentro dos ecossistemas (NAESS, 1994).

10 Saliente-se que já há o *Plan Nacional para el Buen Vivir* de 2013-2017 (EQUADOR, 2013).



Washington, no ano de 1989; fortalecer as relações de trabalho e de lazer libertadora; reconstruir o público; aprofundar a construção de uma democracia representativa, participativa e deliberativa; consolidar uma sociedade democrática, pluralista e secular.

Embora a noção do bem viver possa parecer apenas uma forma ingênua, embora harmônica, de convivência entre o ser humano e natureza, para Davalos (2005) é uma alternativa de combate ao modo capitalista de produção, distribuição e consumo, ao refletir uma postura de mobilização e resistência. Pode ser compreendida como uma relação peculiar entre a sociedade e a natureza, considerando as diversidades individuais, ao pregar o abandono da individualidade egoísta para a busca de uma consciência de responsabilidade social e comprometimento com o entorno natural.

O *Sumak Kawsay* compõe o discurso político dos movimentos indígenas da América equatoriana, a partir da recriação histórica de vivências ancestrais dos povos indígenas, principalmente no que se refere à construção de uma ética de socialidade e sua relação com a natureza. Pretende inaugurar uma nova pauta nos movimentos sociais de forma a fomentar a participação política das demandas indígenas em respeito ao multiculturalismo característico das Américas. Com propostas bastante particulares, propõe uma abertura para inserção dos diferentes modos de vida, o que se expressa, de certa forma, pelo seu projeto de **Estado Plurinacional**.

Procura-se consagrar as demandas dos direitos coletivos a partir de um giro de perspectiva, de forma a reconstruir um modelo de Estado capaz de incorporar as diferenças radicais que o constituem, abrindo caminhos para a aceitação de propostas de interculturalidade, promovendo o discurso efetivamente dialético entre toda a sociedade (ACOSTA, 2008).

A noção de *Sumak Kawsay* objetiva tornar a própria sociedade responsável e consciente pela maneira que cria e recria suas condições de existência. Busca a implementação de uma lógica pautada pela ética da alteridade, na qual as situações particulares não podem ser consideradas isoladas e dissociadas, pretendendo imiscuir a ideia de que constituem o interesse geral. O bem-estar de uma pessoa não se constrói sobrepondo-se ao dos demais, mas, sim, pelo respeito aos outros.

Essa lógica parte para a constatação de que é necessária uma desconstrução das ideias dominantes sobre a economia, o crescimento econômico, a

pobreza, dentre outras (EQUADOR, 2010). Pretende abandonar a própria percepção dominante de desenvolvimento, porque implica em violência, imposição, subordinação. Defende que não se pode “desenvolver” ninguém, se observados valores universais e não locais ou particulares, porque cada sociedade teria sua própria cosmovisão a ser respeitada. Propalar o desenvolvimento, se não observadas as particularidades, nuances, cultura e história de uma sociedade, implicaria em violência, uma interferência não promocional, e, portanto, que deveria ser repudiada.

A sociedade mercantil, segundo o movimento *Sumak Kawsay*, sempre atribuirá um valor à natureza e a converterá em parte de suas rendas, como se dela pudesse se apropriar. Ao mesmo tempo a natureza, tratada como objeto, torna-se o depósito de todos os seus desperdícios, sucatas, descartes e lixo porque não existe uma relação de respeito e consideração.

Na sociedade que se propõe essa noção de valor da natureza não existe, já que a natureza é parte da própria teia da vida que a compõe. O conceito de *Sumak Kawsay* permite exatamente isto: uma nova visão da natureza, sem ignorar os avanços tecnológicos nem os avanços em produtividade, mas projetando-os ao interior de um novo contrato com a natureza, em que a sociedade não se separa desta, nem a considera como algo externo ou como uma ameaça ou como o outro radical, senão como parte de sua própria dinâmica, como fundamento e condição de possibilidade de sua existência no futuro (ACOSTA, 2008).

O *Sumak Kawsay* pretende devolver à sociedade a forma pela qual se possa construir um tempo social fora da lógica da acumulação do capital, isto é, devolver aos seres humanos seu tempo pessoal e histórico, para que consigam viver plenamente suas vidas. Na lógica do capitalismo e da modernidade isso seria impossível. O tempo não pertence aos seres humanos. O tempo faz parte da acumulação do capital. Os seres humanos se resignam ao tempo do capital e sacrificam suas opções pessoais e seu tempo, porque este não lhes pertence (LEÓN, 2009).

A partir do *Sumak Kawsay* seria possível problematizar o capitalismo e propor uma alternativa plausível e possível, inclusive de utilização do tempo. Um tempo que pertenceria à sociedade, permitindo que se construísse sem necessariamente hipotecar seu futuro na lógica da acumulação capitalista (EQUADOR, 2009).

Sem dúvidas, resgatar a historicidade dos povos latino-americanos, procurar equacionar as demandas e peculiaridades regionais, compatibilizando-

-as com um modelo de Estado inclusivo, participativo, que se preocupa com a inserção social da comunidade, é louvável. Incluir nessa pauta de discussão um modo de repensar a relação do homem com seu semelhante e, ainda, resgatar uma forma menos agressiva de convivência, proporcionando um ambiente mais saudável, é enobrecedor.

Não há como se negar que o homem contemporâneo iniciou uma jornada de reflexões e questionamentos em sua relação com a natureza, de forma a reconquistar uma estrutura de vida e ocupação dos espaços menos violenta. Certo é que os países da América Latina necessitam implementar políticas próprias de desenvolvimento que lhes permitam desvencilhar de séculos de opressão e tentativas de uniformização.

### **3. Desafios Ideológicos para o Desenvolvimento Sustentável: Ecosocialismo ou Ecocapitalismo?**

Aceitando-se ou não as alternativas propostas pelo *Sumak Kawsay*, constatada a crise do sistema capitalista e suplantado o modelo de socialismo real, procuram-se novas soluções para o desenvolvimento, que perpassam por ajustes no modo de produção capitalista ou na busca de modelos alternativos. Certamente, as questões ambientais e o desenvolvimento sustentável reacendem de alguma forma os ideais socialistas, que vem sobre a denominação de ecosocialismo. Por outro lado, em percurso inicialmente antagônico, insurge um movimento ecocapitalista.

Não obstante os percursos distintos e a forma de realização de seus ideais, essas duas tendências não conseguem escapar a um objetivo comum: traçar metas para o desenvolvimento sustentável e fomentar ações *pro* ambiente:

O discurso do Desenvolvimento Sustentável ora serve para resgatar a funcionalidade do sistema capitalista, ratificando-o (eco-capitalista); ora para questionar sua estrutura propondo sua substituição (eco-socialista). Aos eco-capitalistas a expansão econômica é necessária, e pode estar em harmonia com a proteção ambiental. As soluções perpassariam três esferas: aprimoramento tecnológico, controle populacional e ajuda financeira aos países pobres (RIBEIRO e outros, 1993, p. 97).

Certo é que as possibilidades de desenvolvimento são particulares a cada região, a cada cidade, dificultando um discurso global e único. Um discurso hegemônico, por si só, é excludente e merece ser refutado. Nesse sentido, tentativas de uniformização e padronização de estruturas globais de desenvolvimento mostram-se ineficazes. Reflexões e debates enriquecem e possibilitam a construção de processos dialéticos de esclarecimento. Afinal, no mundo atual, reclamar para si a autenticidade de um discurso ecológico parece revelar um *status* (HERCULANO, 1992).

O capitalismo ecológico procura manter a essência dos ideais capitalistas que giram em torno da supervalorização do indivíduo e dos meios de aquisição de bens. O motor do processo produtivo e do próprio desenvolvimento sustentável, nessa concepção, permanece focado nas formas de acumulação de lucro, garantido mediante a produtividade e a concorrência (BOFF, 1999, p. 108).

Os ecocapitalistas coordenam suas ações para diminuir ou remediar os efeitos da crise ambiental, social, política e econômica, sem desenvolver questionamentos sobre as possíveis causas desse processo. Propõem procedimentos profiláticos e preocupam-se com os aspectos patológicos.

Layragues (1997, p. 10) defende a concepção de que o capitalismo ecológico funciona como um disfarce de determinadas correntes econômicas que pretendem propor um novo ajuste do sistema capital. No seu entender, essas correntes se propalam difundindo a ilusão de que se vive em tempos de mudanças, mas o desenvolvimento sustentável para esse movimento assume claramente a postura do projeto ecológico neoliberal, ainda que sob o signo de reformista:

Certo é que os critérios de eficiência econômica, orientados apenas pelas forças de mercado, não levam à redução de desigualdades sociais e regionais e ao uso racional dos recursos naturais. A referência à moldura ecológica da sustentabilidade tem sido até hoje mais retórica que efetiva; o governo é ainda dominado em seu núcleo central por uma visão clássica de desenvolvimento, a qual confere suprema importância, por exemplo, aos ministérios da fazenda, planejamento, transportes e energia, seguindo recomendações tradicionais dos conselheiros econômicos (CAVALCANTI, 1997, p. 33).

Diante da dificuldade de se resgatar o primado dos interesses sociais coletivos frente à perversidade da globalização econômica, deve-se questionar: o

desenvolvimento sustentável e a preservação do meio ambiente são mitos insustentáveis?

Também, a par da angústia e do desafio do desenvolvimento sustentável, em sentido diametralmente oposto, com a queda do regime socialista e o aparente declínio da ideologia que lhe sustenta, agarram-se alguns simpatizantes desse ideário a uma nova bandeira – a ecológica –, a qual se denominou de ecossocialismo. Inserem-se nesta corrente os marxistas ecológicos, os ecologistas sociais – verdes –, dentre outros (HERCULANO, 1992, p. 15).

Economicamente, sua característica mais marcante refere-se à produção voltada para as necessidades e não para o lucro, sem agressão ao meio ambiente, privilegiando o bem comum em detrimento do enriquecimento individual.

Com o ruir do sonho socialista, seria a onda verde um novo contraponto ao sistema capitalista, ao buscar uma nova alternativa de sociedade e visão de mundo?

Inicialmente, a proposta parece interessante, mas não se pode olvidar que o Estado socialista não foi beneficente com o meio ambiente. Tanto o modelo de sociedade capitalista como o socialista romperam com a Terra e pretenderam sustentar um desenvolvimento calcado na massificação, autoritarismo, falta de participação e criatividade dos cidadãos. Ambos os sistemas privilegiaram o avanço técnico-científico, propalaram a uniformização, enquanto relegaram ao esquecimento a razão ética, refletiram o programa da modernidade, abafaram a diversidade e o multiculturalismo e promoveram a visão antropocêntrica.

Dentro dessa dualidade, o *Sumak Kawsay* se aproxima mais ao ideário ecossocialista, ao situar a pobreza, as condições de vida e a exclusão em um contexto político que não pode ser resolvido a partir da lógica do *homo economicus*<sup>11</sup>. Isso porque, à medida que se incrementa a renda econômica, incrementa-se seu desejo de consumir sem levar em consideração a natureza, a ética e a sociedade. Propõe uma alternativa ao desenvolvimento, que seria dotado não dos mesmos instrumentos do capitalismo, mas sim com propostas diversas, uma lógica e uma sistemática diferentes, mas que, sobretudo, pretende redirecionar

---

11 O *homo economicus*, ou homem econômico é o conceito segundo o qual o homem é um ser racional, perfeitamente informado e centrado em si próprio, um ser que deseja riqueza, evita trabalho desnecessário e tem a capacidade de decidir de forma a atingir esses objetivos. O homem econômico é, portanto, um ser idealizado, utilizado em muitas teorias econômicas (BARRACHO, 2001, p. 34).

as relações sociais e as relações do homem com a natureza, almejando a construção de um ambiente mais saudável.

## 4. Utopia ou Não: Em Busca de um Caminho

Utopia ou não, parcela considerável da humanidade anseia por um modelo de desenvolvimento diferente daquele que está posto. Conforme afirma o poema de Galeano (1994, p. 310, traduziu-se)<sup>12</sup>, a utopia faz avançar:

A utopia [...] está lá no horizonte. Aproximo-me dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais alcançarei. Para que serve a utopia? Serve para isso: para que eu não deixe de caminhar.

A narrativa do escritor uruguaio exprime com perspicácia, ironia e rara lucidez episódios da história latino-americana. Sua literatura visceral descreve a graça e a desgraça da riqueza das Américas, a fúria imperialista, a prosperidade do colonizador arrancada dessas terras e a benevolência dos nativos, de certa forma perpetuada até hoje pela avassaladora opressão cultural impingida pela força do ideário europeu<sup>13</sup>.

O historiador Hobsbawm (1980, p. 65) assinala que o século XX marcou o fim de sete mil anos de vida humana centrada na agricultura, desde que apareceram os primeiros cultivos, no final do paleolítico. A população mundial tornou-se urbana e os camponeses tornaram-se cidadãos. Na América Latina, o processo acompanha essa tendência: crescimento descontrolado das cidades e usurpação desmedida dos recursos naturais.

Para Thielen (1998), a crise atual está enraizada nos princípios da modernidade. A atual fase do capitalismo apresenta-se totalitarista, concentradora de riquezas e promotora da exclusão humana, já que o socialismo, como não foi inclusivo, nunca foi real. Na sua visão, os dois sistemas são perversos porque estabelecem como figura central o Estado e não o indivíduo. Nesse raciocínio, a

---

12 Utopia [...] ella está en el horizonte. Me acerco dos pasos, ella se aleja dos pasos. Camino diez pasos y el horizonte se corre diez pasos más allá. Por mucho que yo camine, nunca la alcanzaré. Para que sirve la utopia? Para eso sirve: para caminar.

13 Sobre o assunto, Galeano (2001).

própria perversidade do capitalismo causará a sua própria ruína. Afirma Vizenini (1998, p. 214) que o capitalismo revela-se incapaz de estabelecer uma resposta globalmente integradora e estável, e o neoliberalismo agrava ainda mais esse quadro burlesco tornando-se uma espécie de suicídio para o próprio sistema.

Não obstante, o *Sumak Kawsay* pode ser identificado como um movimento ecossocialista ao refletir importância em recuperar os interesses sociais e coletivos, agregando-os aos interesses do destino comum da humanidade e do planeta. Para tanto, conclama-se o resgate de princípios, como da solidariedade (com os pobres, com os povos e com as gerações futuras); da diversidade (cultural e biológica); da igualdade (de condições); da liberdade (para expressar as virtudes); da participação (nas decisões políticas); e, ainda, a religação do ser humano com o sentimento profundo da criação.

A proposição do novo ainda não realizado remete a princípios, sonhos, concepções e ao resgate dos utopistas. Há a busca por um interesse comum, pelo mesmo sonho, por um lugar ideal ou um espaço ideal, uma nova sociedade. Uma sociedade que passa a repudiar a visão da natureza como um reservatório de matérias primas à disposição dos homens. A busca da alteridade, de uma relação harmônica com as demais criaturas e com a natureza<sup>14</sup> parece descortinar novos horizontes.

Requer-se uma mudança de estado, já que os pilares da sociedade contemporânea ainda repousam na uniformização (WALLERSTEIN, 2006, p. 146), característica fundamental do estado moderno, que nega sistematicamente a diversidade e outras formas de enxergar o mundo. Vive-se um momento de mudança de época e de crise das instituições modernas, por isso a luta pelo reconhecimento da modernidade é ainda difícil. A diversidade é ocultada para estabelecer-se um padrão, que se opera por um encobrimento de outras formas de pensar e compreender o mundo, fixando-se numa hegemonia filosófica e cultural europeia.

A imposição da hegemonia abafa os costumes locais e encobre as diversidades sob um falso manto de proteção (museificação). A justificativa de inter-

---

14 O ser humano colocou-se numa posição central diante da natureza. “Tudo culmina nele. Nada tem valor intrínseco, nada possui alteridade e sentido sem ele. Todos os seres estão a seu dispor para realizar seus desejos e projetos. São sua propriedade e domínio. Obcecado pelos lucros imediatos, o homem já não vive mais com as criaturas, mas atua sobre elas e contra elas” (BOFF, 1999, p. 112).

venção em nome da evangelização e civilização dos direitos humanos acaba por destruir e moldar o pensamento a um só *standart*.

A ideia do *Sumak Kawsay* pode significar a aproximação de uma nova era, na medida em que evidencia o reconhecimento de um direito à diversidade, sem padrão normalizador, de forma não hierarquizada, na qual os diversos grupos passam a compartilhar o mesmo espaço, um espaço dialógico de inclusão. Fomenta o culturalismo em oposição à universalização.

O constitucionalismo latino-americano, em especial da Bolívia, Equador e Venezuela cria um espaço comum de construção de direitos fundamentais de forma dialógica. Rompendo com a lógica do sistema moderno, pretende implementar uma nova ordem comunitária na América. Mas a formação de identidade nacional não será sempre uma invenção? (HOBSBAWM, 1983). Não obstante, o movimento neoconstitucionalista latino-americano, ao discutir os mitos da modernidade, pode estar a demonstrar que se começa a romper, lenta e pontualmente, na contemporaneidade, o universalismo europeu.

Santos (2004, p. 78) salienta que o enfrentamento dos mitos modernos ajuda a compreender as bases das sociedades de exploração de recursos e pessoas. Segundo o autor, esses mitos sustentam a exploração da riqueza das Américas pelos invasores europeus que não consideram os selvagens (os povos originários) como pessoas. A separação do homem da natureza é um dos fundamentos ideológicos do sistema que perdura até hoje: a natureza, vista como algo separado dos seres racionais, serve para ser explorada pelos homens, abastecendo a sociedade e sua indústria de todos os recursos que necessitarem.

Revisitar o *Sumak Kawsay* é buscar compreender a natureza sob uma ótica sistêmica, estabelecendo um horizonte ainda de difícil compreensão, na medida em que se acostumou a ver e a entender as relações entre humanos e natureza sob um enfoque monocular, no qual o homem dela se distingue agindo sobre ou através dela, modificando-a.

O *Sumak Kawsay* mostra que nem sempre o homem enxergou a natureza com o mesmo significado. Para os povos nativos da América, a natureza era vista e entendida como um processo sistêmico e dinâmico, no qual cada mineral, rocha, ar, ser vivo e o sobrenatural eram considerados fundamentais para a constituição e preservação do todo existente.

Percebe-se que é o contexto histórico e espacial de cada época que determina o tipo de visão que se estabelece da natureza. Para se atingir um espectro mais amplo, faz-se necessário perceber a natureza na sua dinâmica integradora.



Por outro lado, também se deve ter o cuidado de não rechaçar as mais diversas contribuições possíveis para não se estabelecer apenas uma visão holística.

Uma compreensão meramente holística, segundo Guattari (1989, p. 23), seria totalizante e excludente. Por isso, deve-se visar a articulação entre três registros ecológicos: o do meio ambiente, o das relações sociais e o da subjetividade humana, buscando-se, assim, uma visão “ético-política”. Dessa maneira, o todo poderá ser visto como o conjunto das partes interconectadas, resgatando a visão da diferença. O todo que une sem tornar idêntico o dessemelhante (SANTOS, 2004, p. 89).

Certo é que todo esforço criativo de pensamento é salutar para dar conta da complexidade das sociedades contemporâneas, de forma a conciliar a confluência de toda a diversidade. Um dos maiores males da atualidade é a escassez de pensamento. A crise atual é profunda e coloca em cheque a legitimidade das instituições, não apenas do exercício do poder, mas dos princípios que o sustentam.

Espera-se que o resgate e a inserção de novos ou abafados pensamentos, como o *Sumak Kawsay*, sejam capazes de oxigenar as bases sócio-filosóficas da América Latina. Isso poderia significar o abandono dos pilares de racionalidade instrumental da modernidade, cominando uma verdadeira transação civilizacional a configurar a autonomia construída a partir da historicidade. A incerteza faz parte do processo, já que crises e flutuações costumam entoar uma virada epistemológica. A lição para a epistemologia é esta: não trabalhar com conceitos estáveis. Não eliminar a contra-indução. Não se deixar seduzir pensando que finalmente encontramos a descrição correta “dos fatos”, quando tudo o que tem acontecido é que algumas novas categorias foram adaptadas a algumas velhas formas de pensamento, as quais são tão familiares que tomamos seus contornos pelos contornos do próprio mundo (FEYERABEND, 1981, p. 40, traduziu-se)<sup>15</sup>.

---

15 La lección para la epistemología es ésta: no trabajar con conceptos estables. No eliminar la contrainducción. No dejarse seducir pensando que por fin hemos encontrado la descripción correcta de ‘los hechos’, cuando todo lo que ha ocurrido es que algunas categorías nuevas han sido adaptadas a algunas formas viejas de pensamiento, las cuales son tan familiares que tomamos sus contornos por los contornos del mundo mismo.

## Conclusão

A relação homem-natureza é um dos pontos centrais do problema ético enfrentado na atualidade. O surgimento de pensamentos, teorias e modelos que buscam revisitar e compreender os pilares da civilização e sua relação com o entorno confluem em diversos caminhos. Uma vez mais a humanidade assusta-se na encruzilhada recorrente entre Eros e Tanatos. São várias interseções possíveis, mas a eclosão de movimentos ecocêntricos, ainda que em processo gestacional de teorização e fundamentação, parecem indicar que não há como assegurar a vida e o futuro para todos os seres vivos, sem que se implemente, de modo contundente, uma reversão na forma de enxergar o planeta.

Na América Latina, ainda sufocada por valores universais eurocêntricos, sob a ameaça de um colapso social e ambiental, começa a se delinear uma nova visão de mundo, orientada pelo Bem Viver.

Com essa nova perspectiva, a partir da compreensão de que a natureza é um todo orgânico e inter-relacionado na qual gira a humanidade, ressurgem a esperança ou a tentativa de ressignificar-se a relação da humanidade com o planeta terra e de implementar-se um modelo socioambiental comunitário e solidário.

Nesse sentido, os ideais do *Sumak Kawsay* são emblemáticos, a apontar uma nova possibilidade de convívio, a partir de crenças, de cosmovisões e de modelos mais próximos à raiz cultural de cada sociedade.

Revisitar o *Sumak Kawsay* é buscar compreender a natureza sob uma ótica sistêmica, restabelecendo parâmetros outrora esquecidos. A constitucionalização de seus ideais indica que o sussurrar das vozes abafadas a sangue e suor enfim ganharam repercussão e ecoam inquietações e conclamações. Traz, sem dúvida, possibilidades de entrever outros caminhos, encontrar outras respostas e compreender as comunidades em sua singularidade e particularidade.

## Referências

ACOSTA, Alberto. **Bitácora Constituyente**: ¡Todo para la Patria, nada para nosotros!. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2008.

BARRACHO, Carlos. **Lições de psicologia Económica**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

BELLO, Álvaro. **Etnicidad y ciudadanía en América Latina** – La acción colectiva de los pueblos indígenas. Santiago do Chile: United Nations, CEPAL, 2004.

BENNETT, Wendell C. The andean highlands: an introduction. In: STEWARD, Julian H. (Ed.). **Handbook of south american indians**. Vol. 2. The andean civilizations. Nova Iorque: Cooper Square Publishers, 1963, p. 1-60.

BOFF, Leonardo. **Ecologia: grito da Terra, grito dos pobres**. São Paulo: Ática, 1999.

CAVALCANTI, Clóvis. **Meio Ambiente, Desenvolvimento Sustentável e Políticas Públicas**. São Paulo: Cortez, 1997.

CHIVI VARGAS, Idón M. Os caminhos da descolonização na América Latina: os povos indígenas e o igualitarismo jurisdicional na Bolívia. In: VERDUM, Ricardo (Org.). **Povos indígenas: constituições e reformas políticas na América Latina**. Brasília: IES, 2009, p. 151-166.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Do constitucionalismo global. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC, n. 15, p. 245-25, jan./jun. 2010.

DALMAU, Rúben Martínez. El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el proyecto de Constitución del Ecuador de 2008. **Revista Alter Justicia: Estudios sobre teoría y justicia constitucional**, ano 2, n. 1, p. 13-28, out. 2008a.

DALMAU, Rúben Martínez. El Proyecto de constitución de Ecuador como último ejemplo del nuevo constitucionalismo latinoamericano. **Entre Voces: Revista del Grupo Democracia y Desarrollo**, Quito, n. 15, p. 67-71, ago./set. 2008b.

DAVALOS, Pablo. Movimiento indígena ecuatoriano: construcción política y epistémico. In: MATO, Daniel (Org.). **Cultura, política y sociedad** – Perspectivas latinoamericanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 337-357.

EQUADOR. Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. **Los nuevos retos de américa latina: socialismo y sumak kawsay**. Quito: SENPLADES, 2010 (Colección Memorias, n. 1). Disponível em: <<http://latinoamericana.org/2012/info/docs/SocialismoYSumakKawsay.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2014.

EQUADOR. Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. **Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013**: Construyendo un Estado Plurinacional e Intercultural. Quito: SENPLADES, 2009. Disponível em: <[http://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/Plan\\_Nacional\\_para\\_el\\_Buen\\_Vivir.pdf](http://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/Plan_Nacional_para_el_Buen_Vivir.pdf)>. Acesso em: 14 fev. 2014.

EQUADOR. Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. **Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017**: Construyendo un Estado Plurinacional e Intercultural. Quito: SENPLADES, 2013. Disponível em: <<http://www.buenvivir.gob.ec/documents/10157/96c82f1c-5dd8-4a60-8283-d95d9ed24f0e>>. Acesso em 14 fev. 2014.

FEYERABEND, Paul. **Contra el método**. Barcelona: Ariel, 1981.

GALEANO, Eduardo. **Las palabras andantes**. Buenos Aires: Siglo XXI, 1994.

GALEANO, Eduardo. **Las venas abiertas de America Latina**. Madrid: Siglo XXI, 2001.

GUATTARI, Felix. **Le trois écologies**. Paris: Éditions Galilée, 1989.

HERCULANO, Selene C. Do desenvolvimento (in)suportável à sociedade feliz. In: GOLDENBERG, Miriam (Org.). **Ecologia, ciência e política**: participação social, interesses em jogo e luta de idéias no movimento ecológico. Rio de Janeiro: Revan, 1992, p. 9-48.

HOBSBAWM, Eric. **En torno a los orígenes de la revolución industrial**. Madrid: Siglo XXI, 1980.

HOBSBAWM, Eric. **The Invention of Tradition**. Cambridge: Terence Ranger, 1983.

ILLICH, Ivan. **La convivencialidad**. Tradução de Matea P. De Gossmann. Barcelona: Barral Editores, 1974.

LANDER, Edgardo. Ciências Sociais: saberes coloniais e eurocêntricos. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais – perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 8-23.

LATOUCHE, Serge. **Survivre au développement**: De la décolonisation de l'imaginaire économique à la construction d'une société alternative. Paris: Mille et Une Nuits, 2004.

LAYRAGUES, Philippe. Do Ecodesenvolvimento ao Desenvolvimento Sustentável: evolução de um conceito? **Revista Proposta**, Rio de Janeiro, n. 71, p. 5-10, fev. 1997.

LEÓN, Magdalena. Cambiar la economía para cambiar la vida. In: ACOSTA, Alberto; MARTINEZ, Esperanza. **El buen vivir**: Una vía para el desarrollo. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009, p. 63-74.

NAESS, Arne. Deep Ecology. In: MERCHANT, Carolyn. **Key Concepts in Critical Theory**: Ecology. Atlantic Highlands: Humanities Press, 1994, p. 120-124.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y Modernidad-racionalidad. In: BONILLO, Heraclio (Comp.). **Los conquistados**. Bogotá: Tercer Mundo Ediciones, FLACSO, 1992. p. 437-449.

RIBEIRO, W. C. et al. Desenvolvimento Sustentável: Mito ou Realidade? **Revista Terra Livre**, AGB, São Paulo nº 12, p. 91-101, ago. 1993.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar** – Os caminhos do cosmopolitismo cultural. Porto: Afrontamento, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado en América Latina**: perspectivas desde una epistemología del Sur. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da Razão Indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**: história Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

THIELEN, Helmut. **Além da Modernidade** – para a globalização de uma esperança conscientizada. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

VIZENTINI, Paulo. **A história do século XX**. Porto Alegre: Novo Século, 1998.

WALLERSTEIN, Immanuel Maurice. **European Universalism**: The Rhetoric of Power. London: New Press, 2006.

WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. **Pensar**: Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011.



# Tributação e Desenvolvimento Sustentável: Reflexões sobre Não-Cumulatividade e Crédito Presumido do IPI em Operações com a Zona Franca de Manaus

*Terezinha de Oliveira Domingos  
Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas*

## Introdução

O estudo tem como pressuposto a problemática da não-cumulatividade e crédito presumido no Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, que apesar da disciplina constitucional a respeito, a posição do STF impactou negativamente nos interesses econômicos de quem está ou quem compra da Zona Franca de Manaus - ZFM, pois, sem o direito ao crédito, a isenção fiscal é completamente neutralizada na operação seguinte, o que frustra as políticas de desenvolvimento regional.

Com objetivo nítido de estimular o desenvolvimento social e econômico da região, por meio da concessão de incentivos fiscais, se permite a manutenção da soberania nacional sobre vasta área com baixa densidade demográfica e econômica. Ao mesmo tempo são atendidos os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, com vistas ao desenvolvimento humano, à luz do capitalismo humanista e a partir de uma visão humanista do direito econômico e do direito constitucional.

Por conseguinte, é manifesta a importância da manutenção do creditamento de IPI em relação aos insumos advindos da ZFM para o desenvolvimento da Região Norte do país o que justifica o estudo do IPI, partindo da análise de suas características constitucionais e legais para lançar em foco a discussão central da não-cumulatividade e do creditamento.

Após hesitar por mais de uma década, modificando sucessivamente seu entendimento sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal – STF finalmente



decidiu em 2010, que as aquisições de insumos com isenção de IPI não geram créditos do imposto ao adquirente.

Tal posição, no quadro levantado inicialmente exige discussões doutrinárias e jurisprudências, a partir do balanceamento dos princípios e objetivos a alcançar, para melhor definição e norte das políticas públicas e utilização da tributação na sua faceta extrafiscal, deferindo o potencial papel do IPI, uma vez que é instrumento de políticas públicas e meio de intervenção nas atividades econômicas.

## 1. Elementos Caracterizadores do IPI

O Imposto sobre Produtos Industrializados tem sua origem no século XIX, período em que era denominado Imposto de Consumo. Seu surgimento ocorreu com a Lei nº 25 de 03 de dezembro de 1891, e nessa época o seu fato gerador era a saída de produtos do estabelecimento fabril.

Na vigência da Constituição de 1946, em 30 de novembro de 1964 foi promulgada a Lei nº 4.502 que delineou o Imposto de Consumo com os contornos atuais. Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 18 de 1965 o imposto foi denominado pela primeira vez como Imposto sobre Produtos Industrializados.

A consolidação da alteração da denominação do Imposto de Consumo para Imposto sobre Produtos Industrializados ocorreu com o Decreto-Lei nº 34 de 18 de novembro de 1966, que alterou a Lei nº 4.502 de 1964, e, dentre outras alterações, determinou a nova denominação do imposto incidente sobre os produtos industrializados. O IPI foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, encontrando assento no art. 153, IV, cabendo à União, a competência para instituir, arrecadar e fiscalizar. O IPI é um imposto que deve obedecer aos princípios da legalidade, da anterioridade mínima ou nonagesimal, da seletividade, em função da essencialidade do produto e ao da não-cumulatividade<sup>1</sup>.

---

1 Art. 153 - Compete à União instituir impostos sobre:

[...]

IV - produtos industrializados;

[...]

§ 1º - É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V.

[...]

§ 3º - O imposto previsto no inciso IV:

Nos ensinamentos de Paulo de Barros (CARVALHO, 1998), o IPI tem caráter extrafiscal, uma vez que é instrumento de políticas públicas e meio de intervenção nas atividades econômicas. A regra matriz de incidência tributária do IPI, para determinar o ciclo completo da relação jurídico tributária, deverá identificar o antecedente da norma em seus aspectos: material, espacial e temporal; e, o respectivo consequente em seus aspectos: pessoal e quantitativo.

O fenômeno da incidência tributária é caracterizado pelo efeito de jurisdicizar o fato descrito no antecedente da norma jurídica. Norma esta que define a incidência fiscal. Constatada, portanto, a ocorrência fática da hipótese tributária a norma incidirá. O fato imponible é aquele concretizado rigorosamente no mundo fenomênico, hábil a dar nascimento à obrigação tributária, sendo que este, na regra matriz, manifesta-se apenas no plano abstrato. A subsunção do fato à norma ocorre quando o fenômeno de um fato imponible coincidir, em todas suas peculiaridades, ao fato previsto na hipótese da regra matriz, ou seja, a realização da previsão legal.

Feitas estas considerações iniciais, a seguir, abordamos os critérios que compõem a estrutura do antecedente e do consequente da regra matriz de incidência tributária.

A hipótese ou antecedente, no dizer de Paulo de Barros (CARVALHO, 1998) tem linguagem descritiva, coletando os elementos de fato da realidade social que almeja disciplinar e os qualificando normativamente como fatos jurídicos, condicionando-os ao espaço e ao tempo. Já, no antecedente são abordados os critérios material, temporal e espacial, respondendo as questões de como, onde e quando pode se considerar ocorrido o fato imponible. Na hipótese, há subsídios para a identificação de eventos com expressão econômica, o que facilita a tarefa do critério quantitativo, fixado no consequente da regra matriz de incidência tributária. O consequente, por sua vez, tem linguagem prescritiva, advinda da subsunção do fato à norma, que emana os direitos e as obrigações tributárias.

Destaca-se, sobretudo, que o consequente fornece subsídios para identificar a quem pertence o direito subjetivo, o dever jurídico, e o objeto da relação

---

I - será seletivo, em função da essencialidade do produto;

II - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores;

III - não incidirá sobre produtos industrializados destinados ao exterior;

IV - terá reduzido seu impacto sobre a aquisição de bens de capital pelo contribuinte do imposto, na forma da lei. (Acrescentado pela EC-000.042/2003)

jurídica, informando qual é o comportamento esperado do polo passivo, suficiente para atender ao binômio: obrigação e crédito.

Neste sentido, passamos à análise específica dos componentes identificadores da regra matriz de incidência tributária do IPI.

A Constituição Federal de 1988 atribui a competência à União para instituir o imposto sobre produtos industrializados. O Código Tributário Nacional (CTN) estabelece que para efeitos deste imposto considera-se industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifica a natureza ou a finalidade, ou se aperfeiçoe para consumo. Segundo o artigo 46 do CTN, o IPI como fato gerador: a) seu desembaraço aduaneiro quando de procedência estrangeira; b) a saída do estabelecimento do contribuinte; c) sua arrematação, quando apreendidos e levados a leilão.

É sabido, porém, que o Código Tributário Nacional, como lei complementar não define o fato gerador dos tributos, ou seja, não veicula as hipóteses de incidência tributária; como está confiada a disciplina tributária à iniciativa das pessoas políticas (CARRAZZA, 2006), deve a lei do ente tributante o fazer.

A definição legal de Produto industrializado é dada como resultante de qualquer operação definida como industrialização, mesmo incompleta, parcial ou intermediária. A industrialização modifica a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoa para o consumo, podendo ser operada por: transformação; beneficiamento; montagem; acondicionamento ou recondicionamento e renovação ou restauração. Não sendo considerado como industrialização: preparo de produtos alimentícios; confecção ou preparo de produtos de artesanato; confecção de vestuário em oficina; operação efetuada fora do estabelecimento industrial (edificações); montagem de óculos, mediante receita médica e Reparo de produtos com defeito de fabricação.

É de competência da União, conforme disposto no artigo 153, §3º, I da Constituição Federal do Brasil, estabelecer as alíquotas com as quais os produtos industrializados serão seletivamente tributados, em função da essencialidade do produto a qual incide.

Ponto de grande interesse é definir o conceito de seletividade: significa discriminação ou sistema de alíquotas diferenciadas por espécie de mercadorias com a adequação do produto à vida do maior número de habitantes do país. As mercadorias essenciais à existência civilizada deles devem ser tributadas mais suavemente, ao passo que as maiores alíquotas devem ser reservadas aos produ-

tos de consumo restrito, isto é, o supérfluo das classes de maior poder aquisitivo (JARDIM, 2010).

Para atingir esse objetivo a legislação ordinária adota uma tabela de classificação dos produtos, conhecida como Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados, (TIPI).

As alíquotas descritas na TIPI, variam de 0 a 330, sendo que as alíquotas mais elevadas incidem sobre cigarros; e sua grande maioria estão abaixo de 30%, já as fixas são estabelecidas em razão da quantidade e não do valor do produto, como em casos em que o cálculo do imposto incide sobre águas minerais e refrigerantes.

O princípio da seletividade em muitos casos não é notado, pois para muitos produtos a alíquota é zero, apesar de ser uma partilha obrigatória da receita com os Estados.

A alíquota zero é a opção encontrada pelo legislador para minimizar por completo a tributação (SABBAG, 2012) e no sentido de excluir o ônus do tributo temporariamente, sem os isentar, podendo esta somente ser concedida por lei.

Sendo concedido pelo Poder Executivo, por disposição constitucional alterar as alíquotas do IPI, dentro dos limites fixados em lei, tem sido utilizada a redução a zero, podendo ser elevadas a qualquer tempo independente de lei.

Importante ressaltar que pelo fato de ser o IPI um tributo de caráter predominantemente extrafiscal, não está totalmente sujeito a aplicação dos princípios da legalidade e da anterioridade, ou seja, não serão aplicados os referidos princípios quando ocorrer a alteração de alíquota, sendo assim uma exceção aos princípios.

A base de cálculo será diferenciada, conforme a da hipótese de incidência:

- a) Nos casos de mercadorias importadas, a base de cálculo do IPI, é a mesma do imposto de importação;
- b) Nos Produtos Industrializados Nacionais, a base de cálculo do IPI, é o valor da operação de que decorrer a saída do estabelecimento do contribuinte;
- c) E não tendo valor a operação, a base de cálculo será o preço corrente da mercadoria ou na praça do contribuinte;
- e) Em se tratando de produtos leiloados, será o preço da arrematação.

Enfim, a CF, não permite a alteração da base de cálculo do IPI, por ato do poder executivo.

Contribuintes deste imposto são: o importador ou equiparado; o industrial; o comerciante de produtos sujeitos ao imposto; o arrematante de produtos

apreendidos ou abandonados, levados a leilão; os estabelecimentos considerados como contribuintes autônomos, uma vez que em muitos casos a empresa possui mais de um estabelecimento, destinados ao exercício de atividades diversas. A autonomia dos estabelecimentos será considerada somente para o fim de verificação da ocorrência do fato gerador do imposto, e a responsabilidade do pagamento será da empresa.

O IPI é objeto de lançamento por homologação, conforme previsto no artigo 150 do CTN<sup>2</sup>. Não haverá lançamento até que ocorra a homologação pela autoridade administrativa, da apuração feita pelo contribuinte. Uma vez realizado o pagamento, se a autoridade administrativa não se manifestar, passado o prazo de 5 anos, contado do fato gerador do imposto respectivo, operam simultaneamente o lançamento por homologação e a decadência do direito da Fazenda Pública promover o lançamento de possíveis diferenças.

Porém, em alguns casos o IPI poderá ser lançado de ofício, casos em que o contribuinte não apresenta na época própria as informações necessárias dos valores devidos ou se a apuração feita pelo contribuinte estiver incorreta.

A imunidade é uma proteção que a Constituição Federal confere aos contribuintes. É uma hipótese de não incidência tributária. A imunidade só atinge a obrigação principal, permanecendo assim as obrigações acessórias.

O Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados (RIPI), observando o disposto na Constituição Federal, estabelece que são imunes à incidência do IPI livros, jornais, periódicos e o papel para impressão, ouro como ativo financeiro, energia elétrica, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do país.

Todo processo de importação de mercadorias deve pagar o IPI e consequentemente todo produto importado também é tributado pelo IPI, conforme uma alíquota estabelecida na TIPI. No processo de importação, o IPI é destacado e calculado na Declaração de Importação (DI) e passa a ser cobrado quando o produto chega ao país. Esse pagamento é feito de forma eletrônica.

Para o importador poder fazer o registro dos produtos importados nas escritas fiscal e contábil será preciso emitir uma nota fiscal de entrada com destaque de todos os tributos, inclusive o IPI. Essa nota fiscal de entrada é

---

2 Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

escriturada no livro Registro de Entrada de Mercadorias na data da entrada da mercadoria no estabelecimento do importador.

Quando se tratar de um produto importado destinado a um processo de industrialização ou para ser revendido pelo importador, o IPI poderá ser recuperado como crédito fiscal pela empresa importadora. Esse crédito fiscal servirá para abater o IPI das operações de saída de mercadorias futuras.

Trata-se de um incentivo fiscal às exportações, por meio da concessão de um crédito presumido de IPI, lançado no Livro Registro de Apuração de IPI, como forma de ressarcimento do PIS/PASEP e da COFINS incidentes sobre os insumos adquiridos no mercado interno (excluindo-se os insumos importados) e consumidos na produção de bens efetivamente exportados.

O direito ao crédito do IPI encontra fundamento constitucional, que consagra o princípio da não-cumulatividade a esse imposto, com o objetivo de impedir a excessiva tributação do bem durante as diversas fases de produção pela qual passa, evitando, dessa forma, o efeito “cascata” na tributação. Com isso, somente incidirá tributação sobre o valor agregado ao produto no processo de industrialização.

O crédito presumido de IPI somente poderá ser efetuado pela empresa exportadora ou, no caso de exportação indireta, pelo fornecedor da comercial exportadora, levando-se em conta apenas os insumos adquiridos no mercado interno, onerados pelo PIS/PASEP e COFINS, e utilizados na industrialização de bens destinados à exportação.

Atualmente, existem duas formas de apuração do PIS/PASEP e da COFINS (pelo sistema cumulativo ou não-cumulativo) e dois métodos facultativos para a apuração do crédito presumido de IPI como ressarcimento do PIS/PASEP e COFINS (Leis 9.363/96 e 10.276/01).

Caso a empresa esteja enquadrada no sistema cumulativo do PIS/PASEP e da COFINS (alíquotas de 0,65% e 3%), poderá optar pelo método de cálculo do crédito presumido previsto na Lei 9.363/96 ou na Lei 10.276/01 (o chamado método alternativo).

As empresas enquadradas na nova forma de apuração do PIS/PASEP (sujeita ao princípio da não-cumulatividade), criada pela MP 66/02, posteriormente convertida na Lei 10.637/02, tiveram uma diminuição do valor do crédito presumido de IPI, estabelecido pelas leis citadas no parágrafo anterior.

Essa diminuição do benefício é justificada pela possibilidade do contribuinte efetuar os créditos de PIS/PASEP determinados pelo artigo 3º da lei (Lei

10.637/02), deixando de ser necessário o ressarcimento dessa contribuição, pois o crédito presumido passou a se referir apenas à COFINS.

Dessa forma, o artigo 6º da Lei 10.637/02 alterou de 5,37% para 4,04% o percentual previsto na Lei 9.363/96. Também modificou o índice utilizado no cálculo do fator (F), estabelecido pela Lei 10.276/01, de 0,0365 para 0,03.

Posteriormente, a MP 135/03 implementou a sistemática da não-cumulatividade também para a COFINS, observada a vigência a partir de 01/02/2004. Com isso, para as empresas sujeitas à apuração não-cumulativa do PIS/PASEP e da COFINS, houve a extinção do crédito presumido de IPI como forma de ressarcimento de PIS/PASEP e COFINS, o qual permanece válido somente para as empresas exportadoras sujeitas ao regime cumulativo dessas contribuições.

Assim, estando a pessoa jurídica submetida à apuração do PIS/PASEP e da COFINS de forma não-cumulativa (alíquotas de 1,65% e 7,6%), não haverá direito ao crédito presumido, pois tal empresa fará a apropriação do crédito efetivo (e não mais presumido) dessas contribuições sociais, de acordo com o disposto na Lei 10.637/02 e na MP 135/03.

O artigo 14 da MP 135/03 ratifica tal entendimento, pois não faria sentido coexistirem o crédito presumido e o crédito efetivo de PIS/PASEP e COFINS, o que causaria uma duplicidade do referido crédito.

Concluindo, a partir de 01/02/2004, as empresas sujeitas ao regime não-cumulativo do PIS/PASEP e da COFINS perderam o direito ao crédito presumido incidente sobre os insumos utilizados na fabricação de bens exportados, pois passarão a efetuar os créditos efetivos de PIS/PASEP e COFINS elencados na Lei 10.637/02 e na MP 135/03, ou seja, bens de revenda, insumos, energia elétrica, pagamento de aluguéis, despesas financeiras, ativo imobilizado, edificações e benfeitorias em imóveis, devolução de bens etc. Entretanto, para os contribuintes sujeitos ao regime anterior (sistemática cumulativa do PIS/PASEP e da COFINS) continua vigente o direito ao benefício fiscal do crédito presumido de IPI como forma de ressarcimento do PIS/PASEP e da COFINS, na forma da Lei 9.363/96 ou da Lei 10.276/01.

## 2. Princípio da Não-Cumulatividade e Crédito Presumido no IPI

Consiste o princípio da não-cumulatividade, no abatimento do que foi cobrado nas operações anteriores do valor devido na operação seguinte. Visa evitar uma tributação excessiva, impedindo-se que no mesmo processo produtivo haja a superposição do mesmo imposto, pagando-se duas ou mais vezes sobre o tributo já anteriormente pago.

O caráter extrafiscal do tributo precisa amoldar-se à evolução social, com o objetivo de harmonizar o sistema, pois com o advento da Constituição de 1988, que adotou o sistema capitalista, torna-se imprescindível analisa-lo sob a perspectiva do capitalismo humanista, com vistas à dignidade da pessoa humana. (DOMINGOS, 2010)

O fato de não haver, em relação ao IPI, nenhuma restrição constitucional ao referido princípio, é fundamento para se entenda que, ao contrário do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, o chamado ICMS, é também imposto não-cumulativo, mas com exceções de cumulatividade nas operações isentas e não-incididas previstas na própria Constituição, o IPI é sempre não-cumulativo.

No caso específico do IPI, a constituição do crédito tributário pressupõe a ocorrência de tributação na operação de origem ou na anterior, ou seja, requer a verificação de um débito que importe em saldo credor em favor do contribuinte, o qual será transferido para as operações seguintes.

No julgamento do Recurso Extraordinário n. 212.484-2, de 1998, restou vencido o entendimento do relator de que não existe no dispositivo constitucional sobre IPI autorização para que operações cobertas por isenção venham a ser consideradas como créditos do contribuinte nas fases seguintes, não vindo ofensa ao princípio da não-cumulatividade, por conseguinte, eventual cobrança do imposto sem a compensação.

O entendimento vencedor naquela ocasião considerou o princípio da não-cumulatividade consectário da cobrança pelo valor agregado. Caso viesse o Fisco tributar a fase subsequente àquela que sofreu isenção, estaria dando com uma mão e tirando com a outra. Entretanto, juridicamente, é difícil sustentar-se esse entendimento.



O texto constitucional ao consagrar o princípio da não-cumulatividade para o IPI estabelece que ele será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores (art. 153, § 3º, II). O CTN, por sua vez, prevê que a isenção exclui o crédito tributário (art. 175, I). Ou seja, existindo isenção, o crédito tributário não se constitui.

Ora, o princípio da não-cumulatividade da forma como estatuído pela Constituição Federal, nada mais é do que uma regra de compensação entre o valor devido numa operação e o cobrado noutra. E, o valor devido numa operação é exatamente aquele constituído pelo lançamento, momento em que a norma geral e abstrata prevista na lei torna-se individual e concreta, portanto, líquida, certa e exigível.

Se a isenção exclui o crédito tributário, não permitindo sua constituição pelo lançamento, não há como se falar de valor devido nesta operação. O direito de compensação no caso do IPI pressupõe a dupla incidência tributária, pois o que será pago na operação posterior sofrerá abatimento daquilo que foi pago anteriormente. Assim, o aproveitamento dos créditos do IPI não se caracteriza sejam os insumos isentos, devido à inexistência de crédito nas operações anteriores.

Temos que, apesar do exposto acima, a partir de 1998 restou admitido o direito ao creditamento para o caso de insumos isentos. Entretanto, tal posicionamento mudou em 2010, por ocasião do julgamento do RE 566.819/RS<sup>3</sup>, em que ficou pacificado o posicionamento de que nos casos de isenção o direito ao creditamento resta configurado.

Após hesitar por mais de uma década, modificando sucessivamente seu entendimento sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal – STF finalmente decidiu, que as aquisições de insumos com isenção de IPI não geram créditos do imposto ao adquirente. Neste sentido vem se posicionando o Supremo Tribunal Federal<sup>4</sup>.

3 IPI – CRÉDITO. A regra constitucional direciona ao crédito do valor cobrado na operação anterior. IPI – CRÉDITO – INSUMO ISENTO. Em decorrência do sistema tributário constitucional, o instituto da isenção não gera, por si só, direito a crédito. IPI – CRÉDITO – DIFERENÇA – INSUMO – ALÍQUOTA. A prática de alíquota menor – para alguns, passível de ser rotulada como isenção parcial – não gera o direito a diferença de crédito, considerada a do produto final. (RE 566819, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 29/09/2010, DJe-027 DIVULG 09-02-2011 PUBLIC 10-02-2011 EMENT VOL-02461-02 PP-00445).

4 EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. INSUMOS ISENTOS, SUJEITOS À ALÍQUOTA ZERO OU NÃO

Dessa forma o direito à compensação exsurge a partir da existência de crédito gerado em operação anterior, portanto, se nada foi pago na entrada dos insumos não há razão para que exista compensação em um momento posterior.

Acompanhando defesa já desenvolvida noutra oportunidade (RIBAS, 2013) e tendo como fundamento o *direito pressuposto*, caracterizado fundamentalmente nos princípios, torna-se ponderável a discussão do creditamento do IPI nas operações com a ZFM, conformada a partir do robustecimento de novos discursos jurídicos e não apenas descrevendo o *direito posto*.

---

TRIBUTADOS. PRODUTO FINAL TRIBUTADO. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O artigo 153, § 3º, II, da Constituição dispõe que o IPI “será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores”. 2. O princípio da não-cumulatividade é alicerçado especialmente sobre o direito à compensação, o que significa que o valor a ser pago na operação posterior sofre a diminuição do que pago anteriormente, pressupondo, portanto, dupla incidência tributária. Assim, se nada foi pago na entrada do produto, nada há a ser compensado. 3. O aproveitamento dos créditos do IPI não se caracteriza quando a matéria-prima utilizada na fabricação de produtos tributados reste desonerada, sejam os insumos isentos, sujeitos à alíquota zero ou não tributáveis. Isso porque a compensação com o montante devido na operação subsequente pressupõe, necessariamente, a existência de crédito gerado na operação anterior, o que não ocorre nas hipóteses exoneratórias. 4. A jurisprudência do egrégio STF, à luz de entendimento hodierno retratado por recentes julgados, inclui os insumos isentos no rol de hipóteses exoneratórias que não geram créditos a serem compensados, *verbis*: “Embargos de declaração em recurso extraordinário. 2. Não há direito a crédito presumido de IPI em relação a insumos isentos, sujeitos à alíquota zero ou não tributáveis. 3. Ausência de contradição, obscuridade ou omissão da decisão recorrida. 4. Tese que objetiva a concessão de efeitos infringentes para simples rediscussão da matéria. Inviabilidade. Precedentes. 5. Embargos de declaração rejeitados. ... Frise-se que, como bem esclareceu o voto condutor, a não-exigência do IPI se dá sempre que essa é adquirida sob os regimes, indistintamente, de isenção (exclusão do imposto incidente), alíquota zero (redução da alíquota ao fator zero) ou de não incidência (produto não compreendido na esfera material de incidência do tributo)” (RE 370.682 – ED, relator o Ministro Gilmar Mendes, Plenário, DJe 17.11.10). “TRIBUTÁRIO. IPI. INSUMOS ISENTOS, NÃO-TRIBUTADOS OU SUJEITOS À ALÍQUOTA ZERO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO AOS CRÉDITOS. DECISÃO COM FUNDAMENTO EM PRECEDENTES DO PLENÁRIO. 1. A decisão recorrida está em consonância com a jurisprudência do Plenário desta Corte (RE 370.682/SC e RE 353.657/RS), no sentido de que não há direito à utilização dos créditos do IPI no que tange às aquisições insumos isentos, não-tributados ou sujeitos à alíquota zero. 2. Agravo regimental improvido.” (RE 566.551 – AgR, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 30.04.10). 5. Agravo regimental a que se nega provimento.” (Processo RE-AgR 592917 RE-AgR - AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a) LUIZ FUX Sigla do órgão STF Decisão A Turma negou provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. 1ª Turma, 31.5.2011.)

### 3. Creditamento de IPI em Operações com a Zona Franca de Manaus

O objetivo da criação da Zona Franca de Manaus (ZFM) consiste na concessão de vantagens fiscais para os produtores que se deslocassem até aquela longínqua região, pois à época de seu surgimento era necessário povoar e desenvolver a região, o que foi feito por meio de oferecimento de “condições de meios de vida” e infraestrutura que atraíssem para ela a força de trabalho e o capital, nacional e estrangeiro, vistos como imprescindíveis para a dinamização das forças produtivas locais, objetivando instaurar na região condições de “rentabilidade econômica global” (ANDRADE, 2012).

Sendo assim, as medidas adotadas pelo governo naquele período, e mantidas pela Constituição Federal de 1988, tinham o objetivo nítido de estimular o desenvolvimento social e econômico da região por meio da concessão de incentivos fiscais, o que permite a manutenção da soberania nacional sobre vasta área com baixa densidade demográfica e econômica. (VIEIRA SÁ, 1996)

Por ser uma zona industrial com mais de 600 empresas, com elevados índices de inovação tecnológica, competitividade e produtividade, realiza aquisição de diversos insumos, os quais são utilizados durante o processo de industrialização de seus produtos finais.

Sabe-se que as operações de entrada ou saída envolvendo a ZFM gozam de isenção do IPI. A decisão do STF referida em momento anterior, portanto, impactou muito negativamente os interesses de quem está ou de quem compra da ZFM, uma vez que, sem o direito ao crédito, a isenção é completamente neutralizada, do ponto de vista econômico, na operação subsequente. Neste caso, o propósito da CF/88 em conceder isenção fiscal às indústrias situadas na ZFM acaba frustrado, caso as empresas não puderem repassar o benefício econômico auferido para a fase seguinte da cadeia produtiva.

Por conseguinte, é manifesta a importância da manutenção do creditamento de IPI em relação aos insumos advindos da ZFM para o desenvolvimento da Região Norte do país, pois demonstra a eficácia das políticas de incentivo fiscal, mais especificamente o creditamento de IPI nas aquisições de insumos, o que manterá o constante desenvolvimento do parque industrial Amazônico, que representa grande parte do capital financeiro local. Neste sentido se manifestou o Ministro Nelson Jobim, explicitado pelo Acórdão RE 212.44-2/

RS<sup>5</sup>, afirmando a importância da manutenção do creditamento, sob pena da inutilidade de incentivo para implantação de fábricas que irão comercializar fora da Zona Franca.

Por exemplo, uma indústria localizada em São Paulo tem, em princípio, interesse em buscar um fornecedor da ZFM porque, sendo este isento do IPI em suas saídas, possivelmente terá condições de fornecer ao adquirente paulista a um preço menor do que seus concorrentes de outras regiões do País.

Agora, se o adquirente paulista não toma créditos nesta aquisição, certamente haverá de pagar um valor de IPI maior ao final do período de apuração, o que compensa o custo menor do insumo adquirido da ZFM. Assim sendo, a indústria paulista preferirá comprar seus insumos de um fornecedor mais próximo de seu estabelecimento, com evidente economia em logística, seguros, entre outros gastos que serão embutidos no preço dos produtos.

No caso do RExt nº 592.891, envolvendo a empresa Nokia do Brasil em um caso reconhecido por repercussão geral, envolvendo especificamente a isenção da ZFM, o tribunal de origem entendeu que tais isenções são peculiares, pois têm a natureza de incentivos regionais, que somente são efetivos se o direito ao crédito for mantido em favor do adquirente.

## Conclusão

O creditamento do IPI nas operações com a ZFM é assunto ainda em aberto na jurisprudência do STF, ao contrário do que se poderia imaginar desde o julgamento do RExt nº 566.819.

Tanto a doutrina como a jurisprudência defendem em geral o balanceamento dos princípios constitucionais e na questão do creditamento do IPI é objetivo a alcançar, para melhor definição e norte das políticas públicas e utilização da extrafiscalidade da tributação, uma vez que o IPI é instrumento de políticas públicas e meio de intervenção nas atividades econômicas na ZFM.

Há ao menos duas razões para acreditar em um desfecho favorável aos contribuintes. Em primeiro lugar, porque há grande mobilização política para “salvar” o interesse na ZFM, tanto assim que o Estado do Amazonas já in-

---

5 A isenção, na Zona Franca de Manaus, tem como objetivo a implantação de fábricas que irão comercializar seus produtos fora da própria zona. Se não fora assim o incentivo seria inútil. Aquele que produz na Zona Franca não o faz para consumo próprio. Visa a venda em outros mercados.

gressou como assistente do contribuinte no RExt nº 592.891, para defender o direito ao creditamento. Em segundo lugar, porque o próprio acórdão do STF que decidiu pelo não-creditamento nas isenções em geral (REExt nº 566.819) revela, em algumas passagens, que a ZFM poderia ser objeto de um entendimento diferente e excepcional.

Desse modo, tendo em vista que o não reconhecimento do direito ao crédito de IPI aos adquirentes de produtos oriundos da Zona Franca de Manaus implicará na redução de sua competitividade econômica no mercado, tanto as empresas instaladas na ZFM quanto aquelas que adquirem insumos da ZFM, deve ser mantida acesa a expectativa de assegurar o direito ao creditamento do IPI, sendo muito útil que se estude a melhor forma de proceder diante do atual cenário a respeito da questão, com repercussão na efetividade da extrafiscalidade e nas políticas de desenvolvimento regional e na sustentabilidade.

## Referências

ANDRADE, P. (2012, Setembro 10). **Creditamento de IPI em Operações com a Zona Franca de Manaus**. Disponível em: <2PRO Comunicação: <http://www.2pro.com.br/site/creditamento-de-ipi-em-operacoes-com-a-zona-franca-de-manaus/>>. Acessado em 14 set 2013.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 22 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência**. São Paulo: Saraiva, 1998.

Constituição da República Federativa do Brasil e Legislação Federal. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)

Código Tributário Nacional. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)

DOMINGOS, Terezinha de Oliveira. **A capacidade contributiva sob o enfoque do capitalismo humanista**. Tese - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2010. Publicação digital.

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira; PASIN, João Bosco Coelho. **Tributos em Espécie: Fundamentos e Elementos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

RIBAS, Lídia Maria. Direito Penal Tributário: função promocional do direito e aspectos da constituição definitiva do crédito tributário. In: QUEIROZ, M. (Coord.). **Tributação em Foco: a opinião de quem pensa, faz e aplica o direito tributário**. Recife: IPET, 2013, p. 665-678.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

STF. Manifestação sobre a controvérsia atinente à possibilidade de creditamento integral do IPI na Zona Franca de Manaus, sob os pontos de vista jurídico, econômico e político, Recurso Extraordinário nº 592.891; STF 05/04/2013.

VIEIRA SÁ, M. T. **O Modelo Industrial da Zona Franca de Manaus: Importância e Limitações para o Desenvolvimento Regional**. São Paulo, SP, Brasil: PUC-SP. 1996.



# Proteção ao Consumidor e ao Meio Ambiente: Elementos para Efetivação da Sustentabilidade e Responsabilidade Social

*Leonardo José Peixoto Leal*

*Mônica Mota Tassigny*

*Myrela Carlos Sales Leal*

## Introdução

A sustentabilidade é tema de ordem primeira nos grandes centros econômicos e acadêmicos. É evidente a preocupação de todos com a preservação do meio ambiente que passa, de forma cada vez mais clara, a dar sinais de esgotamento de recursos naturais em sendo mantida a atual concepção de produção e consumo de produtos e serviços.

A proteção ao meio ambiente, bem como a defesa do consumidor contam com estruturas normativas recentes e ainda em estágio de implantação no ordenamento jurídico. Pode-se dizer que, de maneira efetiva e concreta, apenas a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988 – CRFB/88 é que esses ramos passaram a contar com estrutura própria no Brasil. Tanto isto é verdade que a defesa do consumidor é colocada como um direito e garantia individual, no art. 5º, inciso XXXII do Texto Constitucional, estando a proteção ao meio ambiente também no mesmo patamar, a partir do art. 225 da CRFB/88.

Tem-se na proteção ao meio ambiente o chamado princípio da precaução, também chamado por alguns autores como princípio da prevenção, que apregoa, em síntese, a necessidade de primar pela preservação do meio ambiente quando houver a possibilidade de ocorrência de danos concretos, vigorando a máxima *'in dubio pro ambiente'*. O código de Proteção e Defesa do Consumidor – Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990 – CDC, traz uma estrutura preventiva que busca evitar ou até mesmo impedir a exposição do consumidor, tido como



vulnerável, a riscos que ultrapassem a normalidade e a previsibilidade no uso de produtos e serviços.

Sabe-se que, embora haja grande avanço nas discussões, poucas ações de efeitos concretos vêm sendo tomadas em relação a um comportamento efetivamente sustentável. Tanto a sociedade consumidora quanto as empresas, na dimensão de sua função social, devem se voltar de maneira efetiva e urgente para proteção do meio ambiente visando a sua manutenção para as presentes e futuras gerações.

Aborda-se neste artigo inicialmente a relação entre a defesa do consumidor e a proteção ao meio ambiente; em seguida é abordada a questão do direito a informação e o dever de qualidade do fornecedor na prestação de produtos e serviços; após é apresentada a questão da responsabilidade social das empresas e por fim traz-se a discussão sobre mecanismos concretos com vistas à sustentabilidade com foco na política nacional de resíduos.

## 1. Proteção do Meio Ambiente e Defesa do Consumidor

No Brasil, a proteção do consumidor tem estreita ligação com a proteção do meio ambiente. Tal afirmação decorre inicialmente do fato de que o homem faz parte do meio ambiente, interage com as demais espécies e seres vivos sendo, portanto, importante para manutenção do equilíbrio o próprio controle das ações de consumo visto que estas acarretam significativos impactos ambientais.

É importante destacar que ambos são colocados na CRFB/88 na condição de direitos fundamentais. A defesa do consumidor vem expressamente prevista como Direito Fundamental no rol constante no art. 5º de referida Constituição:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

É sabido que o art. 5º da CRFB/88 traz um rol expresso de direitos e garantias fundamentais assim considerados pelo legislador constituinte. Embora a proteção ao meio ambiente não conste expressamente como um inciso constante no referido artigo é possível sua consideração enquanto direito fundamental primeiro por sua magnitude de abrangência e importância e, ainda, por conta do constante no parágrafo 2º que assim dispõe: “§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”.

Complementando este raciocínio tem-se a redação do *caput* do art. 225 da CRFB/88:

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.

Assim é que a proteção ao meio ambiente pode e deve ser considerado um direito fundamental primeiro por sua importância e também por conta da abertura trazida nos dispositivos acima mencionados em conjunto com os diversos tratados e convenções internacionais das quais o Brasil é signatário e classificam tal instituto como um direito fundamental, consistindo assim conteúdo de Direito Fundamental à proteção ao meio ambiente. (LOPES, 2004, p. 14)

Além desse ponto de convergência, ou seja, a natureza de direitos fundamentais e transindividuais, novamente proteção do meio ambiente e do consumidor são reunidas pelo legislador constituinte ao tratar dos princípios sobre os quais se fundam a Ordem Econômica no Brasil, no art. 170, V e VI da CRFB/88

O próprio Código de Proteção e Defesa do Consumidor abre a possibilidade de aplicação conjunta das normas nele previstas com outros instrumentos normativos fazendo, inclusive, expressa menção a proteção ao meio ambiente e aos princípios sobre os quais se funda a ordem econômica, primeiro em seu art. 4º, III e em seguida no art. 7º e 37 § 2º.

Outra referência expressa a proteção ambiental existente no Código consta no Capítulo VI – da Proteção Contratual, onde o art. 51 determina ser abusiva, entre outras, a cláusula contratual que “XIV – infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais”.

Como exemplo prático da aplicação conjunta desses dois ramos jurídicos tem-se o instituto da inversão do ônus da prova que, resumidamente, consiste em modificar a distribuição usual da dinâmica do ônus probatório estabelecido no Código de Processo Civil, segundo a qual a parte que alega a ocorrência de um fato é responsável pela produção do prova. O art. 6º, VIII do CDC prevê a possibilidade de o magistrado, reconhecendo a presença dos requisitos exigidos, proceder referida inversão: “a facilitação da defesa do seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímel a alegação ou quando for ele hipossuficiente segundo as regras ordinárias de experiências.”.

Em recente julgado o Superior Tribunal de Justiça<sup>1</sup>, invocando tanto o referido dispositivo quanto o princípio da precaução entendeu pelo cabimento da modificação da distribuição do ônus probatório em virtude da peculiaridade do caso.

Percebe-se assim uma íntima relação entre esses ramos jurídicos, sendo inegável que ambos contam com elevado grau de importância no ordenamento, bem como contam com diversos pontos de interseção sendo salutar, muitas vezes, a aplicação e interpretação conjunta de seus dispositivos que podem auxiliar e fortalecer ambos os arcabouços normativos, contribuindo, assim, para uma maior proteção tanto do meio ambiente quanto do consumidor e do mercado.

O CDC parte de uma premissa expressamente estabelecida em seu próprio texto<sup>2</sup> de que o consumidor é vulnerável em relação ao fornecedor. Ou seja, é um instrumento normativo que surge para regular uma relação desigual em sua origem, na qual o consumidor, principalmente por estar carente de informações, está suscetível a ser prejudicado pelo fornecedor que, por sua vez, em regra, detém todas as informações a respeito dos produtos e serviços colocados no mercado.

A partir dessa compreensão busca o sistema normativo de proteção reduzir ou até mesmo eliminar essa assimetria fornecendo ao consumidor ferramentas de proteção e de defesa buscando assim equilibrar a relação que era desigual na origem e, a partir desses instrumentos de proteção e defesa passa a ser paritária, em tese. Por esse motivo, como afirmam Bruno Miragem e Cláudia Lima Mar-

---

1 (REsp 883.656/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/03/2010, DJe 28/02/2012)

2 Art. 4º [...], I – Reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

ques (2011), o Código estabeleceu a chamada “Teoria da Qualidade”, segundo a qual a qualidade dos produtos e serviços colocados no mercado passa a ser uma exigência legal que deve ser cumprida devidamente pelo fornecedor, deixando assim de ter uma conceituação meramente adjetiva para alcançar o patamar de dever jurídico propriamente dito.

Essa perspectiva preventiva do sistema de defesa do consumidor mais uma vez o aproxima do direito ambiental que busca, também, evitar a ocorrência de danos ao meio ambiente contando com um de seus principais fundamentos o chamado princípio da precaução. O primeiro documento internacional a fazer expressa menção ao princípio da precaução é a Declaração do Rio/92 sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, afirmando no Princípio 15 que erigiu a precaução a uma perspectiva mais ampla, no sentido de evitar um dano futuro e incerto, mantendo a prevenção como foco de evitabilidade do dano concreto. Outros documentos internacionais<sup>3</sup> também tratam do princípio da precaução, inclusive em áreas mais específicas como a bioética.

A CRFB/88 também trata dos riscos e dos cuidados com danos ambientais, trazendo logo no caput do art. 225 o dever do Poder Público e da Coletividade de proteger e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Além disso, o § 1º de referido dispositivo também preleciona, em seus princípios condutas típicas de precaução e prevenção de danos.

Art. 225 § 1o [...] IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

No plano normativo infraconstitucional pode-se destacar a exigência de elaboração e Estudo prévio de Impacto Ambiental e a geração de Relatório de Impacto Ambiental – EIA/RIMA, instituído com base na CRFB/88 e a partir da Resolução do Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA 01/86, como instrumentos fundamentais para efetivação do mesmo uma vez que se

3 Conferência de Estocolmo (1972); Tratado de Maastricht (1992); Tratado de Amsterdã (1999); Acordo de Marrackesh (1994).

busca conhecer dimensionar os riscos existentes para autorização estatal a uma determinada construção ou empreendimento.

Como exemplo prático de aplicação do princípio da precaução pode-se citar casos<sup>4</sup> em que o Poder Judiciário de já se valeu de referido princípio para garantir a preservação do meio ambiente a proteção do direito de todos os cidadãos.

Há que se destacar, também, que existem críticas sobre o apego demasiado ao princípio da precaução visto que o receio excessivo a respeito dos possíveis riscos, riscos estes sequer conhecidos pode obstruir o desenvolvimento científico e tecnológico, engessando a continuidade das pesquisas científicas e das melhorias, causando, assim, um verdadeiro prejuízo a todos os cidadãos. Como exemplo pode-se citar as previsões do Clube de Roma<sup>5</sup> que, em sua maioria, não se concretizaram.

Cass Sunstein (2003, s/p), defende que há a necessidade de melhor definir-se o princípio da precaução, a partir de uma regulação mais consistente, sob pena de se inviabilizar a adoção do mesmo visto que, em sua perspectiva literal, o princípio seria impraticável, acarretando a completa paralisação, defende o autor uma readequação do princípio a partir dos agentes de controle:

Eu entendo que o princípio se tornará operacional, se e somente se aqueles que o apliquem mantenham o foco - Somente, isto é, se eles se concentram em alguns aspectos da regulação, mas minimizar ou ignorar outros. Considere, por exemplo, aqueles que pensam que o princípio de precaução impõe restrições à engenharia genética de alimentos. Para ter essa crença, é necessário ignorar os benefícios potenciais para a saúde da prática. Ou considerar aqueles que pensam que o princípio da precaução exige uma regulamentação estrita de gases de efeito estufa; essas pessoas negligenciam a necessidade de adotar precauções contra os mesmos riscos introduzidas pela regulação rigorosa. Na mesma linha, os que invocam o princípio da precaução para buscar regulamentação da

---

4 Tem-se aplicação do princípio pelo STJ também em: REsp 1330027 / SP; REsp 1285463 / SP; REsp 1279607 / PR. Todos julgados em 2012.

5 O Clube de Roma é um grupo de pessoas ilustres que se reúnem para debater um vasto conjunto de assuntos relacionados a política, economia internacional e , sobretudo, ao meio ambiente e o desenvolvimento sustentável. Foi fundado em 1968 pelo industrial italiano Aurelio Peccei e pelo cientista escocês Alexander King. Tornou-se muito conhecido a partir de 1972, ano da publicação do relatório intitulado *Os Limites do Crescimento*,<sup>14</sup> elaborado por uma equipe do MIT, contratada pelo Clube de Roma e chefiada por Dana Meadows.

negligência clonagem humana pois, sem a possibilidade de que a clonagem terapêutica, muitas pessoas vão morrer. (tradução nossa)

Percebe-se, assim, que muitos são os desafios para efetivação do princípio da precaução dado, inclusive, o fato de tratar-se de princípio recentemente inserido no cenário jurídico nacional e internacional que, com o passar dos anos vem se moldando e ganhando força. É preciso que se estabeleçam os limites para o receio causado pela precaução não impeça os avanços científicos bem como que tais avanços não acarretem graves danos ao meio ambiente.

## **2. Função Social das Empresas e Intervenção Estatal**

A noção de função social existente no direito brasileiro decorre do direito de propriedade para, posteriormente, atingir contornos mais amplos como a função social da empresa. O direito de propriedade é esculpido na Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988 – CRFB/88 de forma explícita em duas passagens fundamentais. Inicialmente o direito de propriedade é trazido como um direito de natureza fundamental, tanto no caput como no inciso XXII do art. 5º da CRFB/88 que afirma ser “garantido o direito de propriedade”; mais adiante, o art. 170 do mesmo documento elevará o direito de propriedade à categoria de princípio fundamental da Ordem Econômica Constitucional que disciplina, em síntese, o modelo de intervenção do Estado sobre a economia.

A CRFB/88, amplamente democrática e preocupada com as prescrições de caráter social, ainda persiste com elementos do paradigma liberal, daí porque a recorrente afirmação que há diversos preceitos constitucionais que seriam “contraditórios”. Em verdade o que se percebe é que tais preceitos necessitam ser interpretados e aplicados de forma conjunta, numa interpretação sistemática, sem exacerbados elementos do liberalismo ou do socialismo. Daí porque o legislador constituinte atrelou a esse direito fundamental de propriedade a necessidade de se atender a função social, tanto no art. 5º, XXII e XXIII como no 170, II e III.

Quanto ao conteúdo, extensão, e limites da função social da propriedade, profundas são as discussões no plano doutrinário. É certo que o legislador

constituinte optou por elencar o direito de propriedade e sua função social sem, todavia, defini-los no texto da Constituição. Referida tarefa coube ao legislador infraconstitucional que o fez no art. 1.228 do Código Civil de 2002:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Sobre a natureza desse direito de propriedade e sua função social, profundamente modificado ao longo dos anos, João Luis Nogueira Matias e Marcos Wachowicz (p.09, 2011) defendem que há, em verdade, uma função “sócio-ambiental” da propriedade que não pode ser utilizada de modo a degradar ou prejudicar o meio ambiente. Ganha assim a compreensão de função social da propriedade um viés mais amplo que perpassa o interesse da coletividade *lato sensu* para atingir elementos como a proteção do patrimônio cultural e sobretudo a preservação do meio ambiente. Daí a possibilidade falar-se, até mesmo, em uma “função sócio-ambiental” da propriedade como defende o autor anteriormente citado.

Voltando-se especificamente para as empresas há dispositivos próprios que determinam a necessidade de preocupação de alcance no cumprimento de uma função social, como é o caso do art. 218 § 4º da CRFB/88 que prevê a possibilidade de apoio a empresas que invistam em tecnologia e pesquisas garantindo a participação nos lucros dos empregados; o próprio Código de proteção e defesa do Consumidor que estabelece no art. 4º, III a necessidade compatibilizar a proteção do consumidor com o desenvolvimento econômico e tecnológico, sempre com base na boa-fé e visando a efetivação dos princípios da ordem econômica – art. 170, entre os quais se encontra a proteção ao meio ambiente.

Há ainda a Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005 – Lei de Falência e Recuperação Judicial de Empresas que estabelece em seu art. 47, dentre os objetivos da recuperação judicial a preservação da empresa, função social, manutenção de empregos, estímulo à atividade econômica, entre outros. Por fim destaca-se

a Lei 6.404 de 15 de dezembro de 1976 – Lei que rege as Sociedades Anônimas e prevê no art. 116, parágrafo único, que o acionista controlador deve ter em vista o objeto da empresa mas cumprir com sua função social.

É evidente, dessa forma, a preocupação com o legislador constitucional e infraconstitucional no Brasil em garantir o atendimento por parte das empresas de uma função social, havendo assim uma relativização da busca excessiva do lucro, apartada da realidade social e ambiental onde a empresa se situa (COMPARATO, 2001, p. 547). Há, também, visões antagônicas que negam a existência de uma função social da empresa classificada por Robert Reich (2008, p. 07) como algo utópico e inatingível visto que as empresas não podem ser comparadas a pessoas naturais. Nesse mesmo sentido aponta Friedrich Von Hayek (1990, p. 190):

Pode parecer muito nobre dizer: ‘deixemos de lado a economia, vamos construir um mundo decente’. Na realidade, porém, essa é uma atitude de todo irresponsável. Com a situação mundial que conhecemos, e existindo a convicção generalizada de que as condições materiais devem ser melhoradas em certos pontos, a única possibilidade de construirmos um mundo decente está em podermos continuar a melhorar o nível geral de riqueza.

A divergência doutrinária sobre a existência e extensão da função social para empresas não são novidade. Entretanto, é interessante observar que as maiores resistências ao reconhecimento da existência de uma função social têm embasamento em doutrina norte Americana onde há a previsão de Responsabilidade Social, mas não a dimensão e previsão, em âmbito constitucional e legal, de função social conforme demonstrado acima.

Pode parecer difícil de visualizar, entretanto, não se pode negar que a preocupação e a atuação concreta das empresas voltadas para o meio social onde estão inseridas, além da real preocupação com a preservação ambiental podem acarretar resultados positivos para todos, inclusive para a própria empresa sem que, necessariamente, haja uma significativa redução no lucro e na movimentação econômica, não sendo raridade hoje em dia empresas que levantam a bandeira da sustentabilidade e da preocupação com o meio ambiente.



### 3. Instrumentos para Efetivação da Sustentabilidade e Responsabilidade Social das Empresas

Tanto os consumidores quanto os fornecedores de produtos e serviços, partícipes da relação de consumo, devem voltar sua atenção para preservação do meio ambiente. Na atual estrutura de consumo não parece haver espaço para essa preocupação na medida em que as empresas, em regra, buscam maximizar os seus lucros com a venda desenfreada de produtos e serviços enquanto que os consumidores procuram apenas sua satisfação pessoal sem a preocupação dos possíveis malefícios decorrentes daquele ato de consumo.

Já existem diversos estudos que apontam para existência de distúrbios psiquiátricos<sup>6</sup> ligados ao ato de consumir, fenômenos muitas vezes influenciados pelas técnicas de marketing que levam as pessoas a comprar cada vez mais em um consumismo desenfreado como destaca Zygmunt Bauman (2007, p. 45): “A maioria dos bens valiosos, perde seu brilho e sua atração com rapidez, e se houver atraso eles podem se tornar adequados apenas para o propósito de lixo, antes mesmo de serem desfrutados.”

Além disso, há a prática entre os fornecedores de produzir cada vez mais produtos menos duráveis na lógica da chamada “obsolescência programada” segundo a qual os produtos já são concebidos desde a fabricação com um curto tempo de duração para estimular o rápido descarte e nova aquisição por parte do consumidor (NUNES, 2013).

O consumo exacerbado e irracional gera acúmulo de lixo, isso para abordar apenas um de seus aspectos negativos, e conseqüentemente danos ambientais. Devido o aumento da demanda de produtos, em especial os processados e industrializados, há uma ampliação insustentável gerando grandes danos ao meio ambiente e à sociedade em geral, afetando assim a qualidade de vida das pessoas e comprometendo as gerações futuras. Percebe-se, assim, que tanto as empresas – maiores produtoras de resíduos, quanto os consumidores, que esti-

---

6 A doença relacionada ao consumo compulsivo é chamada de Oniomania e já afeta grande parte da população mundial em maior ou menor escala. Fonte: <http://www.brasilecola.com/psicologia/consumo-compulsivo.htm>

mulam esse ciclo, têm responsabilidade sobre a preservação ambiental em razão do descarte do lixo produzido.

Além disso, conforme demonstrado no segundo tópico deste trabalho, o consumidor tem direito de acesso a produtos e serviços de qualidade sendo possível questionar a real qualidade de produtos colocados no mercado já com uma obsolescência programada. Não seria direito do consumidor contar com produtos que tenham uma razoável durabilidade?

Nos últimos anos a população vem gerando uma grande quantidade de resíduos. O lixo produzido torna-se um dos maiores vilões da saúde e da insustentabilidade ambiental. Segundo dados da Associação Brasileira de Limpeza Pública e Resíduos Especiais (Abrelpe), mostrou que em 2010 cada pessoa produziu em média 336,6 Kg de lixo. Os resíduos basicamente gerados pela população são plásticos, papéis, vidros, metais, materiais eletroeletrônicos, materiais orgânicos etc. os números dos resíduos em se tratando de empresas elevam a produção de lixo para patamares significativamente elevados.

Os resíduos sólidos são decorrência do descarte humano de restos e materiais que não mais o interessa em estado sólido ou semissólido. Muitas vezes esses resíduos são agressivos ao meio ambiente e, além disso, poderiam em muitos casos ser reutilizados pela via da coleta seletiva, tratamento e reciclagem.

Não há, no Brasil, uma cultura de cuidado na separação e descarte de resíduos, tanto por parte de consumidores como de empresas, o que contribui para um cenário desastroso onde poucos resíduos são aproveitados e muitos são os que, descartados de forma inadequada, geram danos ao meio ambiente. A lógica de consumo massivo também contribui para obsolescência e descarte, cada vez mais cedo, de produtos, servindo como elemento agravante do cenário descrito.

Nesse cenário, a existência de uma função social das empresas como abordado no tópico anterior, mais do que uma possibilidade, passa a ser uma verdadeira necessidade a ser exigida pela sociedade e pelo Estado através do ordenamento jurídico vigente. Este conceito de gestão responsável é resultado de um movimento de conscientização recente, nos meios empresariais num primeiro momento e depois nos meios acadêmicos. Sobre este particular, alguns setores empresariais corroboraram com a tese de que cabe sim ao governo promover ações capazes de distribuição de bens sociais, entretanto, há nova missão para as organizações, e não importa sua natureza (pública ou privada), urge sua cooperação mais atuante com a coletividade.

Mundialmente<sup>7</sup>, observa-se que este fenômeno tem sido incentivado pelo setor empresarial que vem se adequando, progressivamente, a esta nova postura de compromisso direto com as questões sociais na adoção de comportamento responsável perante a comunidade. Nos meios empresariais, trata-se do engajamento de gestões que englobam o atendimento de questões sociais emergentes como um de seus objetivos e que deve ser desenvolvida pelo estabelecimento de parcerias e pelo diálogo social na consecução dos fins do desenvolvimento com sustentabilidade. Neste sentido, é a partir de princípios e pressupostos que se formam competências de uma empresa sócio e ambientalmente responsável. (DESAULNIERS, 2006).

A preocupação tanto de consumidores quanto de empresas com o descarte pode contribuir sobremaneira para melhoria da sustentabilidade e preservação ambiental garantindo-se o cumprimento da função social e evitando-se a ocorrência de danos ao meio ambiente e a sociedade em geral. Além disso, outra ferramenta importante é o controle por parte do Estado e da própria população que, em sendo consciente e organizada pode primar pela aquisição de produtos e serviços junto a empresas que contam com políticas adequadas e eficientes de descarte de resíduos.

Buscando alcançar esses objetivos foi editada a Lei 12.305 de 02 de agosto de 2010 que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos criando mecanismos de cooperação entre o Poder Público e o setor empresarial, tendo como norte diversos princípios como o da precaução, poluidor-pagador, desenvolvimento sustentável, entre outros<sup>8</sup>.

Há na Política instituído pela referida Lei nítida busca pela redução da produção de resíduos e, principalmente, na reutilização desses resíduos, evitando-se o desperdícios e a geração de acúmulos lesivos ao meio ambiente e sobretudo a saúde da população conforme se denota do disposto no art. 9º<sup>9</sup> da Lei

---

7 É cada vez maior o número de empresas européias que promovem estratégias de responsabilidade social em reação a diversas pressões de natureza social, ambiental e econômica. Desde 1993 há apelos para que participem da luta contra a exclusão social. No ano de 2000, a União Européia lançou o Livro Verde para incentivar práticas sócio e ambientalmente responsáveis.

8 Art. 6º São princípios da Política Nacional de Resíduos Sólidos: I - a prevenção e a precaução; II - o poluidor-pagador e o protetor-recebedor; III - a visão sistêmica, na gestão dos resíduos sólidos, que considere as variáveis ambiental, social, cultural, econômica, tecnológica e de saúde pública; IV - o desenvolvimento sustentável; [...]

9 Art. 9º Na gestão e gerenciamento de resíduos sólidos, deve ser observada a seguinte ordem de prioridade: não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos.

12.305/2010. Essa visão se coaduna com a perspectiva atual de sair da lógica de acompanhamento na geração de resíduos no chamado “berço ao túmulo” para alcançar a existência do “berço ao berço” como destacam Luis Felipe Nascimento; Minelle da Silva; Marcio Jappe e Ana Paula Alves com base em William McDonouth e Michael Braungart (2014, p. 180-181):

Outra linha de ação inspirada na natureza é referente ao design e produção de bens e serviços, tal como detalhado no livro “Cradle to Cradle”, o que em uma tradução livre significa “Do berço ao berço”, já que o livro propõe que a alternativa ao sistema linear de produção e consumo que vai do “berço” (retirada da matéria-prima e produção) ao “túmulo” (descarte do produto e seus resíduos) seria um sistema de produção e consumo que fosse do “berço ao berço”, com os produtos e serviços sendo concebidos de maneira a que não houvesse resíduo no processo, pois todo o resíduo gerado serviria como matéria-prima (ou “comida” em uma referência clara aos processos naturais) para outras etapas do mesmo ou ainda de outros processos interdependentes (BRAUNGART; MCDONOUGH, 2002). -, s/p

Casos há<sup>10</sup> em que empresas já foram punidas no Brasil tanto em esfera civil como penal em razão do descuido com o descarte de resíduos gerados. É importante a atuação do Estado nesse aspecto tanto no fornecimento de mecanismos eficientes de recolhimento e tratamento dos descartes como também na fiscalização da atuação das empresas.

Entretanto, não há dúvidas de que o alcance de objetivos como a sustentabilidade somente será possível a partir de uma mudança geral de cultura tanto da população como de gestores de empresas que, de acordo com os ditames constitucionais e legais da proteção ao consumidor e ao meio ambiente adotem posturas com foco na função social e na sustentabilidade.

---

10 Nesse sentido tem-se o seguinte precedente: **Ementa:** AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO. MEIO AMBIENTE. DESCARTE DE PILHAS E BATERIAS INUTILIZADAS. LOGÍSTICA INVERSA. PANASONIC DO BRASIL. MUNICÍPIO DE DOIS IRMÃOS. (Agravo de Instrumento Nº 70039799507, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em 27/04/2011)

## Conclusão

A sustentabilidade é algo necessário para possibilitar a existência e manutenção de um meio ambiente equilibrado e adequado para preservação da espécie humana com qualidade de vida e dignidade.

O princípio da precaução decorre do Direito Ambiental, que tem status de Direito Fundamental, e defende a necessidade de se preservar o meio ambiente mesmo nos casos em que se existe apenas uma dúvida, desde que a mesma seja cientificamente viável, sobre os possíveis danos a serem causados. Parte, portanto, da concepção de risco e da probabilidade de ocorrência de circunstância lesiva.

Na preservação do meio ambiente o princípio da precaução ganha especial relevância, sobretudo se aplicado conjuntamente com as normas de proteção ao consumidor que também visam o caráter preventivo, de se evitar danos aos consumidores. Além disso, em se tratando de meio ambiente há uma gravidade maior visto que, em muitos casos, os danos são irreversíveis sendo insuficiente a condenação do agente causador na esfera pecuniária diante da magnitude dos estragos causados. Há que se ter cuidado também, todavia, com os excessos. A aplicação literal e absoluta do princípio da precaução pode ser tão ou mais prejudicial que sua não adoção visto que o medo pode gerar a inércia e impedir o avanço da ciência que tantos benefícios já proporcionou a humanidade como avanços tecnológicos e descobertas de curas para graves doenças.

A proteção do consumidor tem íntima relação com a preservação do meio ambiente visto que ambos os ramos decorrem da constituição como direitos fundamentais e princípios da ordem econômica, além de corresponderem a direitos que cuidam de matérias transindividuais, havendo diversos pontos de interseção nas legislações como o exemplo utilizado do instituto da inversão do ônus probatório. Além disso, o simples fato de o consumidor integrar o meio ambiente também evidencia essa forte relação. No direito do consumidor, tem-se, ainda a preocupação do legislador com a proteção dos consumidores numa perspectiva preventiva e de precaução.

As atuais práticas de mercado com produção desenfreada, obsolescência programada, estímulos ao consumo desenfreado, produção demasiada de resíduos sem a re-utilização e reciclagem adequada demonstram uma situação absolutamente contrária aos preceitos da sustentabilidade, função social das empresas e regulamentação da proteção ao consumidor e meio ambiente.

As empresas devem cumprir com um papel mais concreto em prol do social, do meio em que elas estão inseridas, aderindo a práticas de caráter realmente sustentável, evitando o desperdício, o prejuízo para o consumidor e a degradação do meio ambiente.

Todas estas questões obrigam a refletir sobre novas práticas e novos objetivos do mercado de consumo, enfatizando dessa forma a exigências das ações sócio e ambientalmente responsáveis. Destaca-se, ainda, que o próprio Estado Democrático de Direito institui a necessidade de cuidado e preservação do meio ambiente, elencando esse bem intangível como um direito difuso, indizível, de todos os cidadãos.

## Referências

BAUMAN, Zygmunt. **Vida Para Consumo: A Transformação das pessoas em mercadorias**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 8 maio 2014.

BRASIL. Lei 12.305 de 02 de agosto de 2010. **Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos**; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm)>. Acesso em: 8 maio 2014.

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8078-11-setembro-1990-365086-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 8 maio 2014.

BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 02 maio 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 883.656. Origem: RS Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Herman Benjamin. **Diário de Justiça**.

Brasília. 09 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 133.0027. Origem: SP São Paulo. Relator: Ministro Ricardo Cueva. **Diário de Justiça**. Brasília. 06 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 128.5463. Origem: SP São Paulo. Relator: Ministro Humberto Martins. **Diário de Justiça**. Brasília. 28 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 127.9607. Origem: PR Paraná. Relator: Mauro Campbell Marques. **Diário de Justiça**. Brasília. 06 dez. 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70039799507. Relator: Desembargador Carlos Roberto Lofego Canibal. **Diário de Justiça**. Porto Alegre. 27 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DESAULNIERS, J. R. **Responsabilidade Social & Universidade**. Canoas, Rio Grande do Sul: ULBRA/EDIPUCRS, 2006

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 164, n. 41, p. 7-15, 2004.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Direito do consumidor**: teoria da qualidade e danos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NASCIMENTO, L. F. M.; SILVA, M. E.; JAPPE, M. L. M.; ALVES, A. P. F. Ecologicamente correto para aliviar a consciência ou para mudar o mundo? Uma discussão sobre padrões de consumo. **Revista em Agronegócios e Meio ambiente**, Maringá, v. 7, n. 1, p. 173-194, jan./abr. 2014.

MATIAS, João Luis Nogueira; WACHOWICZ, Marcos. **Propriedade e Meio Ambiente**: da inconciliação à convergência. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

NUNES, Roberta. **Obsolescência programada**: tempo certo para morrer. Disponível em: <<http://cientificojornalismo.wordpress.com/tag/obsolencia-programada/>>. Acesso em: 28 maio 2014.

REICH, Robert. **Supercapitalismo**: Como o capitalismo tem transformado os negócios, a democracia e o cotidiano. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SUNSTEIN, Cass R. Beyond the precautionary principle. **U Chicago Law & Economics**, Olin Working Paper n. 149, 2003. Disponível em: < <http://ssrn.com/abstract=307098>>. Acesso em: 05 jan. 2014.

VON HAYEK, Friedrich August. **O caminho da servidão**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.





# Lei da Vaquejada no Estado do Ceará à Luz da Constituição Federal de 1988: Paradigmas Ambientais e Culturais - Direito Cultural ou Abuso de Direito?

*Francisco Lisboa Rodrigues  
Júlia Maia de Meneses Coutinho  
Silvana Paula Martins de Melo*

## Introdução

A vaquejada é uma tradição mais popular no Nordeste do Brasil, que se estende a muitas cidades e regiões, mas que ainda é pouco conhecida nos demais estados brasileiros. Sua expressão característica é a frase “valeu o boi”. Essa prática desportiva necessita do uso direto dos animais, mas na contramão do avanço ambiental afloram a exploração e a violência contra eles.

A atividade teve início com o chamado “ciclo dos currais”, em que os gados eram criados em campos abertos e se distanciavam em busca de alimentos. Desde então, da dispersão do gado, é que surgiu a “apartação”.

A apartação era realizada pelos vaqueiros<sup>1</sup> de fazendas que capturavam o gado no mato para separá-los entre os fazendeiros de uma determinada região. Esta atividade permitiu o surgimento da vaquejada. Bezerra (1978, p. 9) define à risca a apartação nos escritos a seguir, o que exprime exatamente que a vaquejada é a evolução da apartação:

---

1 Faz-se necessário aduzir uma nota explicativa, por meio do critério metodológico da interdisciplinaridade, de que a literatura regional se refere aos personagens do sertão, sertanejos e vaqueiros, como seres dotados de bravura, por enfrentarem as condições perpetuadas pelas secas, pelos conflitos e contradições humanas o que é sobrejacente refletido nas obras de *O Sertanejo* de Alencar (1987); *O quinze* de Queiroz (1993); *Vidas Secas* de Ramos (1992) e *Grande Sertão: veredas* de Rosa (1994), e, que são seguidas de perto em *Raízes do Brasil* por Holanda (2004), ao tornar clara a situação social específica vivida pelo protagonista deste tema – o vaqueiro.

Quando surge de repente uma rês mais arisca que espirra de mato adentro, os vaqueiros mais bem montados, corajosos e afoitos, correm atrás do animal [...] penetrando em catingas de matos espinhosos, resvalando sobre as pedras, até chegar o momento oportuno de encontrar um local mais aberto. Então, [...] num movimento rápido procura agarrar a basoura [cauda] e fazer a puxada. O bicho cai de patas para o ar.

Com efeito, depois da apartação, se realizava a vaquejada como forma de comemoração dos vaqueiros pelo sucesso com a lida do gado.

Somente em meados de 1940, os coronéis e senhores de engenho passaram a organizar as vaquejadas com uma vertente mais de torneio, em que os vaqueiros participavam e os patrões faziam apostas entre si, mas nesse período ainda não se demarcavam as elevadas premiações que hoje existem.

Com o passar dos anos, a atividade foi popularizada e passou a ter destaque como competição, com calendários, regras e patrocínios milionários, como prêmios por parte de empresas e indústrias. Isto incorreu para a criação de inúmeros parques de vaquejada no Nordeste, onde os vaqueiros de todas as partes se reúnem para as disputas, estimulados por prêmios cada vez maiores. Neste viés, eis que surge uma das principais críticas à vaquejada, sendo esta a consideração, por parte dos seus competidores/admiradores, como um “esporte”, em que o elemento econômico supera o ambiental e fundamental.

Nela dois vaqueiros a cavalo devem derrubar um boi dentro dos limites impostos por uma dupla demarcação rústica feita a cal, com 10 (dez) metros de comprimento, com as 4 (quatro) patas para cima, para que ocorra a pontuação chamada de “valeu o boi”. Caso contrário, o juiz remeterá à frase “zero boi” e a dupla participante não marca ponto. A queda ocorre, pois o boi é puxado pela cauda, e, nestes termos, vencerá a dupla que obtiver maior número de pontos. É importante salientar que a perseguição e a derrubada do boi ocorrem numa pista de areia bastante dura, portando-se como elemento degradante à sobrevivência do animal. A vaquejada dura em média 3 (três) dias e as etapas envolvem o reconhecimento da pista, o treinamento e a competição. São inscritos, em média, 400 (quatrocentas) duplas de vaqueiros, e, cada uma persegue 3 (três) bois por competição. A premiação é dada do 1º (primeiro) ao 20º (vigésimo) colocado, e, em seguida, ocorre a festa da premiação. Daí se pode conjecturar acerca dos volumosos gastos envolvidos com a atividade.

Com tais premissas iniciais, nota-se claramente a grande oposição que gravita à órbita da vaquejada, qual seja, a pseudoproteção das manifestações culturais e populares, bem como a atividade desportiva e econômica que ela envolve, em detrimento dos direitos fundamentais e ambientais à luz da CF/88. Nesse sentido, a real necessidade deste artigo é a desmistificação do caráter desportivo, cultural, popular e econômico da vaquejada, haja vista o fato de que este elemento é dotado de desrespeito aos animais, o que afronta diretamente os direitos fundamentais e ambientais previstos na Constituição, tornando essa atividade inconstitucional, conforme se pode divisar nos argumentos expendidos.

## **1. A Vaquejada como Prática Desportiva e Cultural no Estado do Ceará**

A vaquejada é havida pelos seus competidores e admiradores como um elemento desportivo e cultural, conforme já se adiantou.

De acordo previsão do art. 215, § 1º, da CF/88, o Estado é o maior garantidor, apoiador e incentivador das manifestações culturais. Fiorillo (2007, p. 238) ressalta ainda que: “ao se tutelar o meio ambiente cultural, o objeto imediato de proteção relacionado com a qualidade de vida é o patrimônio cultural de um povo”. Complementarmente, a CF/88 recepcionou o Decreto-Lei nº 25/37, trazendo à tona o art. 216 da CF/88, que conceitua todo e qualquer patrimônio cultural. Em razão de tal perspectiva, é dado se observar que, para um bem ser visto como patrimônio cultural, há de se perquirir a existência de umnexo causal vinculante com o tripé identidade, ação e memória de um determinado grupo formador da sociedade brasileira. Com o surgimento dessa tríade, há de se reconhecer o patrimônio cultural e a conseqüente integralização à categoria de bem ambiental, ou seja, difuso (FIORILLO, 2007, p. 239).

Cunha Filho (2000, p. 23) aduz, paralelamente:

[...] se bem repararmos, as compreensões apontadas para o termo cultura partem desde o indivíduo, passeiam por sua produção intelectual, simbólica e material, assim como as relações interpessoais, chegando ao conjunto de toda a humanidade.

A cultura, portanto, é a mola mestra de expressão da existência humana, da manifestação do pensamento, da disseminação de opiniões e pulverização de comportamentos, ou seja, sem esta, a pessoa não é capaz de se posicionar perante os demais e a própria natureza. De tal modo, a ausência cultural implica ausência evolutiva, mas não se deve esquecer de que a cultura só evolui quando caminha junto com o bem-estar de todos os envolvidos.

A CF/88 sobrepõe o elemento cultural à categoria de Direito Fundamental, o que corrobora de forma estreita o pensamento de Cunha Filho (2000, p. 28), quando este reflete ao dizer que a cultura é “a produção humana vinculada ao ideal de aprimoramento, visando à dignidade da espécie como um todo, e de cada um dos indivíduos”.

Satriani (1986, p. 41) aborda ainda cultura como “toda atividade do homem entendido como ser dotado de razão”.

Para fundamentar ainda mais, essa perspectiva, adita-se a abordagem do antropólogo Satriani, a lição de Cunha Filho (2000, p. 34):

Os Direitos Culturais são aqueles afetos às artes, à memória coletiva e ao repasse de saberes, que asseguram a seus titulares o conhecimento e uso do passado, interferência ativa no presente e possibilidade de previsão e decisão de opções referentes ao futuro, visando sempre a dignidade da pessoa humana.

Ao se debruçar sobre tais ensinamentos, chega-se a um denominador comum quanto à cultura popular, sendo esta a cultura do povo, resultante da interação entre as pessoas de uma localidade, o que representa a adaptação de áreas diversas de conhecimento, como a crença, as artes, a moral, as leis, a linguagem, os hábitos, as tradições, os costumes e as ideias expressados pelas festividades, os mitos, as lendas, as crenças, as danças e as diversas outras manifestações. Por essa razão, os defensores da vaquejada ressaltam que ela é um elemento intrínseco da cultura cearense, opinião que se guarda ao pensamento de Cascudo (1976, p. 17), para quem “a vaquejada é a data mais festiva e mais tradicional do ciclo do gado nordestino, uma exibição de força ágil, provocadora de aplausos e criadora de fama”. Sob esse enfoque, acresce-se a lição de Alves (1986, p. 174) para quem,

[...] a vaquejada surge como esporte arriscado, selvagem, considerado por muito como esporte bárbaro, ou melhor, como esporte de cabra-

-macho. [...] Não é um esporte de técnicos. As maiores regras da vaquejada são: sangue frio, coragem, rapidez e concentração. O mais velho ensina o mais moço. Começou a vaquejada com as apartações, na terra do gado, nas fazendas. Quem nasce vaqueiro permanece vaqueiro, vem do sangue, vem do berço. Quem nasce vaqueiro luta por isso, se dá, não pára, se liga cada vez mais.

Ao final desta ligeira ilustração, vê-se que os defensores da vaquejada como atividade desportiva/cultural mencionam ser esta uma manifestação nordestina defensora da cultura regional, amparada pelo art. 215, § 1º, CF/88. Acreditam estes que a atividade de que se cuida não pode ser vista como um objeto de museu, mas é forma de manifestação que deve se acondicionar aos avanços sociais, econômicos e culturais. Justamente neste quesito evolutivo é que a vaquejada descende ao descrédito lastimável de ferir os direitos fundamentais, sobretudo, os direitos fundamentais ambientais, tornando-se exercício arcaico, haja vista que continua com a prática abusiva de tortura e maus-tratos para com os animais.

## **2. Paradigmas Ambientais e Culturais – Direito Cultural ou Abuso de Direito? Análise à Luz da Constituição Federal de 1988**

Há uma polêmica constitucional envolvendo a prática da vaquejada. Aqueles que a consideram como atividade desportiva e cultural, conforme retrocitado utilizam como fundamento o art. 215, § 1º, enquanto a corrente contrária encontra amparo no art. 225, § 1º, VII, ambos da CF/88.

Considerando o conflito de opiniões, se faz necessário esclarecer se a prática da vaquejada é uma manifestação cultural com fundamento de validade na CF/88 ou se é uma prática que submete os animais à crueldade e aos maus-tratos, sendo, portanto, vedada pelo Texto Constitucional.

No Estado do Ceará, a Lei estadual n.º 15.299, de 08 de janeiro de 2013, regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural, estabelecendo as regras para realização e fixando os critérios para a competição, obrigando os organizadores a adotarem medidas de segurança para os vaqueiros, o público e os animais.

Em contrapartida, foi sancionada pelo Município de Fortaleza a Lei n.º 10.186, de 16 de maio de 2014, de autoria da vereadora Toinha Rocha (PSOL), que compreende somente a capital cearense, proibindo a realização e divulgação de eventos que exponham os animais a maus-tratos, crueldade ou sacrifícios. Destaca-se que, referida lei conflita com a lei estadual supramencionada, que regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural do Ceará. A sanção ocorreu após aprovação da proposta na Câmara Municipal, recebendo apoio de ativistas locais e de outras regiões do Brasil.

Inicialmente, cumpre destacar que a legislação infraconstitucional de iniciativa do Estado do Ceará encontra-se eivada do vício da inconstitucionalidade originária formal e material.

No que se refere a tais espécies de inconstitucionalidade, elementar traçar suas diferenças. A inconstitucionalidade é material quando o conteúdo da lei ou ato normativo fere a Constituição. Por sua vez, é formal quando a lei ou ato normativo foi submetido, durante o processo legislativo, a procedimento irregular (LEAL, 2010).

A Carta Cidadã estabelece em seu art. 24, IX, a competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre a cultura e o desporto.

É de sabença comezinha que, na repartição da competência concorrente, os entes federados compartilham a matéria, contudo, não agem ao mesmo tempo, pois devem observar a princípio as disposições da União, que é responsável pela edição das normas gerais.

O art. 24, § 1º ao 3º, da CF/88, dispõe sobre a competência estadual concorrente suplementar (art. 24, § 2º) e competência estadual concorrente supletiva (art. 24, §3º).

Na primeira hipótese, existente a lei federal de normas gerais (art. 24, § 1º), poderão os Estados-membros e o Distrito Federal, no uso da competência suplementar (art. 24, § 2º), preencher os vazios da lei federal de normas gerais, a fim de afeiçoá-la às peculiaridades locais; na segunda hipótese, poderão os estados e o Distrito Federal, inexistente a lei federal de normas gerais, exercer a competência legislativa plena para atender as suas peculiaridades (art. 24, § 3º). Sobrevindo a lei federal de normas gerais, suspende esta a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário (art.24, § 4º).

No caso em comento, inexistente legislação federal regulando a matéria, portanto, a Lei do Estado do Ceará que regulamenta a vaquejada foi além da competência estadual concorrente supletiva, tendo em vista que o Estado-membro

em questão editou norma geral sobre uma manifestação que não se encontra circunscrita ao seu território. Nesse sentido entende Bulos (2012, p. 597):

Tal competência legislativa plena, irrogada a ordens jurídicas parciais com o fito de completar vazios normativos, provenientes da omissão ou da falta de normas gerais, restringe-se ao âmbito territorial dos Estados. Não abrange outras ordenações estaduais, nem se dissemina por todo o território pátrio. Isso seria desfigurar a manifestação constituinte originária, ensejando *fraude à Constituição*. Colmatar lacunas, para sanar a falta de preceitos gerais, a fim de satisfazer assuntos de peculiar interesse, não se confunde com editar dispositivos de alcance federal.

Não bastasse o vício formal, consoante relatado, a vaquejada consiste em uma competição em que os vaqueiros buscam o domínio do animal, anteriormente associada a atividades necessárias à produção agrícola, hodiernamente explorada como esporte e vendida como espetáculo, movimentando, “cerca de 14 milhões por ano” (SAVANACHI, 2014 *online*). Em virtude da profissionalização dessa atividade, algumas práticas ilícitas como enclausurar animais e açoitá-los, passaram a ser constantes.

Estudos (CARVALHO, 2014, *on line*) da União Internacional Protetora dos Animais (UIPA – fundada em 1895), e pareceres de médicos veterinários dão conta da violência e dor sofridos pelos animais numa vaquejada. Não se divulgam, contudo, para o público os métodos cruéis utilizados para ocasionar a corrida dos bois. São perceptíveis os maus-tratos que os animais sofrem nas vaquejadas, pois são submetidos a confinamento prévio por longo período e à introdução de pimenta e mostarda por via anal, além serem açoitados. O fim de tais costumes ainda mostra resistência pelo montante de dinheiro envolvido.

No caso em exame, a matéria trazida pela lei, viola a Constituição, razão pela qual se pode dizer também que é materialmente inconstitucional, pelo que afrontou a CF/88, art. 225, § 1º, VII, restando configurado o vício, considerando que esses hábitos acarretam danos incomensuráveis e constituem crueldade contra os animais, o que é vedado pela Carta da República, com fundamento em alguns princípios basilares, os quais percorrem todo o Texto e conferem sentido e unidade ao complexo de normas ali presentes.

O projeto de sociedade brasileira, conforme delineado pela Assembleia Constituinte de 1988, inseriu-se na tradição do Estado Democrático de Direito, aderindo à visão que privilegia a participação dos cidadãos nas instâncias deci-



sórias e retira desse procedimento sua legitimidade. Os direitos fundamentais são funcionalmente relevantes para esse modelo (OLIVEIRA, 2000).

Atualmente, a doutrina não é uníssona acerca da terminologia para denominar as etapas de evolução dos direitos fundamentais. Alguns autores preferem denominar famílias, dimensões, no entanto, este ensaio adota a nomenclatura de gerações, pois seu uso demarca muito bem os períodos de evolução das liberdades públicas, indicando o caráter cumulativo da evolução desses direitos no tempo e demonstrando a ideia de conexão de uma geração a outra, ou seja, situando todos os direitos num contexto de unidade e indivisibilidade, pois cada direito de cada geração interage com os das outras (BULOS, 2012).

Ultrapassados os direitos fundamentais que garantem a consolidação do sujeito de direito (dimensão negativa) e dos que combatem as desigualdades sociais (dimensão positiva), existem aqueles que protegem e tutelam aquilo que pertence a todos, o que é comum. São os chamados direitos fundamentais de terceira geração “denominados direitos de fraternidade ou de solidariedade” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013). É nesse concerto que se insere o direito ao meio ambiente.

Sobre o tema, sabe-se que, os direitos de terceira geração se assentam sobre a fraternidade. Entende-se que, o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação, relacionam-se a fraternidade, ou seja, são direitos de terceira geração (BONAVIDES, 2000).

No mesmo sentido, entende Bulos (2012, p. 318), ao dispor que “a terceira geração, por alguns chamada de novíssima dimensão, engloba os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade”.

Importante é destacar o fato de que esses direitos se peculiarizam pela titularidade difusa ou coletiva, pois são concebidos para proteger não o homem isoladamente, mas a coletividade, os grupos (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009).

O direito à integridade do meio ambiente constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, no âmbito de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder deferido, não à pessoa identificada em sua singularidade, mas num sentido verdadeiramente mais abrangente, atribuído à própria coletividade social.

Percebe-se que vaquejada, em virtude da forma como são tratados os animais, configura conduta atentatória ao meio ambiente na qualidade de di-

reito fundamental de terceira geração, em virtude da vedação constitucional à submissão de animais a atos de crueldade. A natureza perversa dessa atividade não permite sua classificação como manifestação de caráter meramente cultural e desportiva.

O texto da Lei Fundamental vedou, em cláusula genérica, qualquer forma de submissão de animais a atos de crueldade. Essa especial tutela, que tem por fundamento legitimador a autoridade da Constituição da República, é motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitir todas as formas de vida, não só a do gênero humano, mas, também, a própria vida animal, cuja integridade restaria comprometida.

Vê-se, daí, que o constituinte objetivou, com a proteção da fauna e com a vedação, dentre outras, de práticas que submetam os animais a crueldade, assegurar a efetividade do direito fundamental à preservação da integridade do meio ambiente, que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral, consoante entendimento majoritário na doutrina.

O Texto Constitucional determina o dever de preservar a fauna, entretanto, não há delimitação do seu conceito. Dessa forma, conclui-se que tal garantia foi prescrita de forma ampla, pois, ao vedar práticas de crueldade com animais, resta claro que todos os animais no plano constitucional, foram igualmente tutelados, independentemente da espécie a que pertençam ou do *habitat* de que participam. Em outras palavras, segundo Custódio (1998, p. 60), todos os espécimes integrantes da fauna brasileira, “nativos ou não, independente de qualquer classificação, espécie ou categoria, de sua ferocidade, nocividade ou mansidão, constituem bens ambientais integrantes dos recursos ambientais juridicamente protegidos”.

Evidencia-se a importância da fauna para a manutenção do equilíbrio ecológico. Trata-se de uma condição inafastável de subsistência e preservação do meio ambiente onde vivem os próprios seres humanos, ou seja, é imprescindível à sobrevivência das espécies, inclusive do homem.

O exercício de comportamentos lesivos à fauna, no caso, submetendo os animais a atos de crueldade, causa impacto negativo que compromete a segurança do patrimônio ambiental dos seres humanos.

Destaca-se o fato de que a vaquejada é um costume inerentemente cruel, isto é, a ocorrência de crueldade com animais é indissociável de sua prática, conse-

quentemente, se torna incompatível com a CF, porquanto os animais utilizados são submetidos a maus-tratos, assim, configurando uma verdadeira infração ao ordenamento constitucional.

A legislação estadual, ao dispor que a vaquejada caracteriza manifestação de índole desportiva e cultural, fundada nos costumes e em práticas populares, materializa uma tentativa de fraudar a aplicação da regra constitucional de proteção da fauna, que objetiva, entre outros, impedir a prática criminosa de atos de crueldade contra *anima vili*.

Destarte, a questão não está apenas proibida pelo art. 225, pois ela ofende também a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), já que implica em um estímulo às condutas mais primitivas e irracionais do ser humano. Assim sendo, a vedação à prática da vaquejada encontra amparo nas proibições de todos os exercícios que promovem, estimulam e incentivam a diminuição do ser humano.

Indispensável é trazer à baila a ideia verdadeira de que a crueldade com animais visando ao divertimento humano é repudiada pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo em período anterior à vigência da atual Constituição, pois a Corte, em decisões proferidas há quase 60 (sessenta) anos, enfatizava que práticas como brigas de galos, por configurarem atos de crueldade contra animais, deveriam ser reprimidas pelo Estado; ou seja, antes da promulgação da CF/88, já se reconhecia que a briga de galo não era um simples esporte, haja vista maltratar os animais em treinamentos e lutas que inúmeras vezes culminavam em morte.

Com o fito ansiar de solucionar a questão em análise, destacam-se os julgados pertinentes à “farra do boi” em Santa Catarina (RE 153531) e relativos a “brigas de galos” no Rio de Janeiro (ADI 1856). Os dispositivos legais questionados nesses julgamentos, de grande repercussão, possibilitavam a prática de competição que submetia os animais à crueldade em flagrante violação ao mandamento constitucional proibitivo de práticas cruéis envolvendo esse seguimento. O posicionamento da Corte se consubstancia no dever jurídico de o Poder Público e a coletividade defenderem e preservarem o meio ambiente, bem como nas vedações legais dos costumes que submetem os animais a crueldade. Desta sorte, foi estabelecido que o conflito de normas constitucionais se resolve em favor do meio ambiente quando as práticas e os esportes submetem animais a situações degradantes. Percebe-se que a jurisprudência do Supremo se exhibe altamente positiva, ao repudiar leis emanadas de estados-membros que, na verdade, culminam por viabilizar práticas cruéis contra animais, em claro desafio ao que estabelece e proíbe a Constituição da República.

Vislumbra-se de haver prevalecido o entendimento de que se deve afastar toda e qualquer prática que trate inadequadamente os animais, ainda que sob o pretexto de ela ocorrer dentro de um contexto cultural ou esportivo.

Sobre a crueldade com animais, especificamente no julgamento que versou sobre as brigas de galo, o ministro aposentado Ayres Britto (ADI 1856, 2014, *online*) acrescentou, na ocasião, que a Constituição repele tal prática, ao aduzir: “Esse tipo de crueldade caracteriza verdadeira tortura. Essa crueldade caracterizadora de tortura se manifesta no uso do derramamento de sangue e da mutilação física como um meio, porque o fim é a morte”.

Nas palavras de Cunha Filho (2014, *online*), essa posição protecionista dos animais “segue-se uma tendência civilizatória mundial significativa parte da Espanha; por exemplo, já não mais admite a tourada, algo tão forte naquela tradição que servia de ícone ao país”.

No mesmo sentido, cita-se a ADI 2514, ocasião em que restou consignado que “a sujeição da vida animal a experiências de crueldade não é compatível com a Constituição do Brasil”.

Assim como nos julgados mencionados, no caso da vaquejada, a norma questionada está em circunstância de conflito ostensivo com a Constituição Federal, que veda a prática de crueldade contra animais, pois o constituinte originário, ao estabelecer a proteção da fauna e vedar, dentre outras, as práticas que submetam os animais à crueldade, teve como objetivo assegurar a efetividade do direito fundamental à preservação da integridade do meio ambiente, que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, cultural, artificial (espaço urbano) e laboral. Em outras palavras, no caso em tela, de maneira análoga, a comprovada crueldade ao animal não encontra amparo constitucional, ainda que em um contexto cultural específico.

A jurisprudência do STF é clara: o conflito de normas constitucionais se resolve em favor da preservação do meio ambiente quando as práticas e os esportes condenam animais a situações degradantes, como na situação em apreço.

Em meio a tanta polêmica, no ano de 2013, foi proposta, no STF, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4983) pela Procuradoria Geral da República (PGR), a fim de contestar a integralidade da Lei estadual que regula a prática de vaquejada no Estado do Ceará (Lei n.º 15.299/2013) e obter a suspensão de sua eficácia. Tal ação se encontra sob a relatoria do ministro Marco Aurélio, em conclusão.

Na contextura da referida ação de controle concentrado de constitucionalidade, a PGR salientou as situações outrora decididas no âmbito do STF, onde houve embate entre as manifestações culturais e o meio ambiente, bem como o posicionamento da Corte no sentido de primar pela preservação do meio ambiente. A questão ainda se encontra aguardando apreciação.

Vislumbra-se, então, que as vaquejadas são práticas ilegais e inconstitucionais, pois nelas os animais, em um completo desrespeito, são submetidos a abusos, crueldade e maus-tratos, realizados sob o falso véu de manifestações das culturas populares, devendo ser coibidas com rigor tanto pelo Poder Público quando pela coletividade, conforme preceitua o art. 225, § 1º, VII da CF/88. Assim sendo, a prática da vaquejada não pode ser tolerada, ainda que autorizada por lei, pois se trata de uma atividade atentatória aos direitos fundamentais de terceira geração. A matéria, no entanto, ainda será apreciada pelo STF que, na qualidade de guardião da Constituição, dará a última palavra.

## Conclusão

De todo esse contexto, observa-se que as diversas nuances do passado não podem ser divisadas como patrimônio cultural, sem que sejam revistos os impactos que provocam perante a Constituição, haja vista que esta funciona como elemento de promoção de uma sociedade solidária, livre e igualitária, em que exista o respeito à dignidade não só humana como natural e ecumênica dos seres vivos.

Em sendo assim, é importante mencionar que a grande questão envolvida nestes termos não é a quebra com o passado, e sim de estabelecimento de um controle para que não se registrem acontecimentos como o retorno de atrocidades que causam algum mal ao bem-estar da sociedade atual, como ocorreria, por exemplo, com o retorno da escravidão.

Assim, a Lei da Vaquejada, representada diretamente pela Lei nº 15.299/2013, que expressa à atividade como prática desportiva e cultural do Estado do Ceará, pode ser vista como um elemento formalmente inconstitucional, conforme a previsão do art. 24, IX da CF/88, bem como materialmente inconstitucional, pelo que afrontou a CF/88, artigo 225, § 1º, VII.

Nota-se ao analisar a Lei da Vaquejada do Ceará, e outros acontecimentos culturais que ocorreram ao longo dos tempos, é que o legislador cearense, em

outros momentos da história cultural do nosso povo, já demonstrou uma perfeita evolução dos direitos humanos quando se toma por base a escravidão, já que o movimento escravagista produziu lucros, mas, contrariamente, também propiciou o aprisionamento dos valores culturais do nosso povo. Observe-se, portanto, que se foi capaz de ter sensibilidade em relação à dignidade humana dos negros, mas que, somente isso, não é necessário para a evolução do bem comum, haja vista que esta sensibilidade deve ser estendida a todos os outros seres que habitam o nosso Planeta, sejam eles provenientes da fauna ou da flora.

A vaquejada aparece mais como uma manifestação dotada de interesses econômicos, que velam esse elemento com a desculpa de a prática esportiva ser dotada de aspectos culturais, mas essa contradição representada pela pseudoproteção do patrimônio cultural é inexistente e fere profundamente os aspectos de direitos fundamentais, especialmente de direitos fundamentais ambientais perfeitamente resguardados pelos animais envolvidos, em virtude de que os riscos a que os animais são submetidos, além do tratamento cruel, não podem ser permitidos.

Se por uma parcela pequena de possibilidade a vaquejada for considerada cultura, isso não tiraria a possibilidade de seu fim, porquanto é sabido que a escravidão já foi cultura, e, por seu grande teor de crueldade, já foi extinta, no País há mais de 125 (cento e vinte e cinco) anos.

Basta se assistir a uma vaquejada para se notar que a atividade “desportiva” é dotada de ações de violência e escravidão contra os animais, mas esta é amparada por uma camada cultural embasada na dependência econômica de exploração do animal por meio de uma pecuária violenta, explícita e injustificável. Assim, a vaquejada contemporânea é um fenômeno cultural dinâmico e em constante mudança, pois agora é mais voltada para uma vertente econômica advinda da lógica do negócio, ou seja, a vaquejada atualmente é um produto cultural de consumo (BARBOSA, 2006). Malgrado se portar com tais atitudes, ainda é mínima a mobilização em prol da defesa dos animais e contra a vaquejada, não somente no Estado do Ceará, como em todo o Nordeste do País. Isto revela também um cunho político que a atividade comporta na Região, haja vista que são constantemente apadrinhadas em quase todos os municípios do interior e do litoral.

Por fim, com este escrito, busca-se mostrar que a vaquejada é uma prática ilegal e inconstitucional, sob a qual os animais são submetidos ao contexto da violência, dos maus-tratos e da hostilidade, sob a falsa percepção da dissemi-

nação cultural. Isto, sem dúvida, deve ser proibido, tanto pelo Poder Público, como pela coletividade.

## Referências

ALENCAR, José de. **O sertanejo**. São Paulo: Ática, 1987.

ALVES, Celestino. **Vaqueiros e vaquejadas**. Natal: UFRN, 1986.

BARBOSA, Eriosvaldo Lima. **Valeu o boi!** O negócio da vaquejada. Teresina: EDUFPI, 2006.

BEZERRA, José Fernandes. **Retalhos do meu sertão**. Rio de Janeiro: Leão do Mar, 1978.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 10. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 153531– Rel. Marco Aurélio. Julgado em 03.06.1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>>. Acesso em: 02 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1856 – Rel. Celso de Mello. Julgado em 26.05.2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>>. Acesso em: 04 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2514 – Rel. Eros Grau. Julgado em 29.06.2005. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>>. Acesso em: 04 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4983 – Rel. Marco Aurélio. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe>>. Acesso em: 04 jul. 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 25 de 1937**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 06 jul. 2014.

CASCUDO, Luís da Câmara. **A vaquejada nordestina e sua origem**. Natal: Fundação José Augusto, 1976.

CEARÁ. **Lei nº 15.299, de 08 de janeiro de 2013**. Disponível em: <<http://www.legisweb.com.br>>. Acesso em: 08 jul. 2014.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Lei da Vaquejada: raízes da contradição**. Disponível em: <<http://www.opovo.com.br/app/opovo/vidaearte/2013/01/29/noticiasjornalvidaearte,2996638/lei-da-vaquejada-raizes-da-contradicao.shtml>>. Acesso em: 08 jul. 2014.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. Crueldade contra animais e a proteção destes como relevante questão jurídico-ambiental e Constitucional. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 10, p. 60-92, 1998.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FORTALEZA. **Lei nº 10.186 de 16 de maio de 2014**. Disponível em: <<http://www.fortaleza.ce.gov.br>>. Acesso em: 08 jul. 2014.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

LEAL, Saul Tourinho. **Controle de constitucionalidade moderno**. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Devido Processo Legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade de leis e do processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.



QUEIROZ, Rachel de. **O quinze**. São Paulo: Siciliano, 1993.

RAMOS, Graciliano. **Vidas secas**. Rio de Janeiro: Record, 1992.

ROSA, João Guimarães. **Grande sertão: veredas**. São Paulo: Nova Aguilar, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SATRIANI, Luigi M. Lombardi. **Antropologia cultural e análise da cultura subalterna**. São Paulo: Hucitec, 1986.

SAVANACHI, Eduardo. **Mundo milionário da vaquejada**. Disponível em: <<http://revistadinheirorural.terra.com.br>>. Acesso em: 07 jul. 2014.

SILVA, Thomas de Carvalho. **A prática da Vaquejada à luz da Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10659/a-pratica-da-vaquejada-a-luz-da-constituicao-federal-de-1988/2#ixzz3Lsp7RYvu>>. Acesso em: 07 jul. 2014.

# Constituição Verde e o Desafio de sua Efetividade: Indicadores de Sustentabilidade como Solução à Inefetividade

*Carlos Fernando Cruz da Silva  
Frederico Antônio Lima de Oliveira  
Jeferson Antônio Fernandes Bacelar*

## Introdução

O meio ambiente constitui-se em tema de máxima relevância nas agendas, fóruns e debates em todas as partes do mundo. É reconhecido como direito fundamental nos ordenamentos jurídicos nacionais, bem como em diversos documentos internacionais. A Constituição Federal de 1988 (CF/1988), considerada referência quanto à temática, albergou as principais disposições relativas à sustentabilidade ambiental, sendo, por isso, chamada de Constituição Verde.

Ainda assim, a Carta Política do Brasil ainda possui muitos desafios não vencidos. O principal deles, talvez provocador de tantos outros, é a falta de efetividade das disposições que versam sobre meio ambiente. Diz o ditado que norma não efetiva é chama que não aquece, é fogo que não queima. Em tal esfera o que se tem é a “percepção” de que determinadas normas, constitucionais ou infraconstitucionais, estão ou não estão sendo cumpridas, aplicadas, realizadas, ou seja, efetivadas. Não há certezas! Sem a utilização de mecanismos mensuradores qualquer assertiva carece de segurança e até de legitimidade.

Justifica-se, assim, a disposição apresentada no trabalho em discutir sobre indicadores de sustentabilidade e a respeito da possível formatação de indicadores de efetividade das normas ambientais brasileiras. Para tanto, ainda prestando as devidas homenagens à Constituição Verde, faz-se um apanhado histórico-textual das constituições brasileiras e do papel conferido ao meio ambiente sob a regência das mesmas. Somam-se a essa exposição as colaborações

trazidas ao texto magno pela *expertise* ambiental internacional, com destaque para os organismos ligados às Nações Unidas.

O texto constitucional vigente é também visitado, especialmente no diálogo entre as ordens econômica e social, fundamental para a compreensão do desenvolvimento sustentável, ponte de conexão entre o desejo justificável de alcançar crescimento econômico com a vital necessidade de garantir o equilíbrio ambiental.

A sustentabilidade é apresentada e analisada sob a perspectiva de sua efetividade, ou seja, parte-se do pressuposto de que normas ambientais não realizadas constroem uma sustentabilidade meramente retórica, portanto, inservível. Discutem-se as principais questões relativas aos indicadores: conceito, vantagens, características, riscos etc. Apresenta-se seu desenvolvimento e aplicação no contexto sócio-jurídico brasileiro e, nas considerações finais, são oferecidas algumas propostas que visam possibilitar a ampliação no uso dessas ferramentas, visando garantir a efetivação do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado.

## 1. O Meio Ambiente na Constituição Federal de 1988: A Constituição Verde

A CF/1988 foi um marco na história do constitucionalismo brasileiro em diversos aspectos, dentre eles destaca-se a inovadora regulação das relações entre os indivíduos, o Estado e o meio ambiente, considerado como bem imaterial (de titularidade difusa e indisponível) e direito humano fundamental, objeto de proteção e preservação.

O conjunto normativo consagrado na Carta Magna estruturou-se influenciado pelos debates já desenvolvidos no plano global, e que se configuraram como verdadeiros referenciais teóricos sobre o tema. Tais tratativas tinham (e ainda têm) o escopo de comprovar a necessidade de se limitar o modelo econômico-desenvolvimentista que vinha provocando degradação ambiental, em níveis que colocavam em risco à manutenção da vida sadia no planeta terra.

Os elaboradores da CF/1988 não ficaram inertes aos fatos, dados e projeções já disponibilizados quando dos trabalhos da Assembleia Constituinte (1987/1988), e ofereceram um texto realmente moderno no que concerne à preservação do meio ambiente, capaz de garantir, ainda que primeiramente no plano teórico, padrões de sustentabilidade ambiental.

É verdade que nenhuma das constituições brasileiras, anteriores à de 1988, externou preocupação real e substancial com as questões ambientais. Antunes (2010, p. 62), propõe um “balanço” relativo à tratativa constitucional quanto ao meio ambiente, aduzindo que antes da Constituição de 1988 o tema era tangenciado, pois a preocupação precípua dos constituintes teria sido sempre com: “[...] a infraestrutura para o desenvolvimento econômico. O aspecto que foi privilegiado, desde que o tema passou a integrar a ordem jurídica constitucional, foi o meio de produção”. Milaré (2009, p. 151) é mais contundente em sua crítica, ao lembrar e asseverar que: “Nelas, nem mesmo uma vez foi empregada a expressão *meio ambiente*, dando a revelar total inadvertência ou, até, despreocupação com o próprio espaço em que vivemos”.

No plano externo, em 1972, a Organização das Nações Unidas - ONU promoveu sua primeira Conferência sobre Meio Ambiente, realizada em Estocolmo, Suécia. O resultado formal do referido evento foi a Declaração de Estocolmo, documento que alertava sobre a necessidade de preservar o meio ambiente, atribuindo, quanto ao tema, responsabilidade global. Também nessa Conferência foi instituído o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), que é responsável por coordenar as ações da ONU, de abrangência internacional, relativas ao meio ambiente e ao desenvolvimento sustentável.

As sementes da sustentabilidade estavam lançadas, oficialmente. Na mesma senda, como continuidade ao evento de 1972, organizou-se a Conferência de Nairóbi (Quênia) de 1982, cujos objetivos fundamentais foram avaliar as decisões tomadas pelos governos no decêndio posterior à Declaração de Estocolmo, constituir a Comissão Mundial Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CMMAD) e planejar novas linhas de ação para os Estados.

Nessa esteira a CMMAD, já compondo a estrutura orgânica das Nações Unidas e então presidida por Gro Harlem Brundtland, publicou um documento (relatório) considerado revolucionário à época, e ainda de grande importância à causa ambiental contemporânea, intitulado *Our Common Future* ou Nosso Futuro Comum, datado de 1987<sup>1</sup>. No referido documento propôs-se como objetivo da humanidade, pela primeira vez na história e em caráter oficial, chancelado pelas Nações Unidas, o conceito de desenvolvimento sustentável. Tratando

---

1 O brasileiro Paulo Nogueira Neto, membro da Comissão, participou da elaboração do documento *Nosso Futuro Comum*, que ficou conhecido como o relatório Brundtland, em homenagem a presidente da CMMAD, Primeira-ministra da Noruega.

da questão como um viés do “desafio global” dizia o relatório: “A humanidade é capaz de tornar o desenvolvimento sustentável - de garantir que ele atenda as necessidades do presente sem comprometer a capacidade de as gerações futuras atenderem também às suas” (CMMAD, 1991, p. 9).

Antecipando o que seria mais tarde identificado como a necessidade de constituir indicadores de sustentabilidade, dizia o texto que era preciso o aprimoramento e a ampliação da: “[...] capacidade de identificar, avaliar e divulgar os riscos de danos irreversíveis aos sistemas naturais e as ameaças à sobrevivência, à segurança e ao bem-estar da comunidade mundial” (CMMAD, 1991, p. 23). A Assembleia Nacional Constituinte, instalada em 01 de fevereiro de 1987 e que encerrou seus trabalhos em 02 de setembro de 1988, deixou-se influenciar por essas fontes e albergou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como fundamental e difuso, recepcionando, ainda, a sustentabilidade como qualidade inexorável para a efetividade do mesmo (Art. 225, da CF/1988).

## **1.1. A Constituição Verde**

São várias as expressões que tentam conferir e reconhecer ao texto constitucional vigente qualidades que o diferenciem das constituições anteriores. A adjetivação ecológica, constituição verde justifica-se, pois a Constituição Federal de 1988 é considerada uma das mais avançadas em todo o mundo, na matéria ambiental.

É possível ressaltar grande número de dispositivos constitucionais influenciados pela psique ambientalista, preservacionista e, portanto, vinculados à sustentabilidade. Torna-se essencial, que se destaquem alguns aspectos dos artigos 170 e 225 da CF/1988, entrelaçadores das ordens econômica e social do constitucionalismo brasileiro, e que possuem como liame o meio ambiente. Na simples leitura do artigo 170 da CF/1988 se vislumbra ideia de desenvolvimento sustentável. A ordem econômica do constitucionalismo brasileiro não pode negar que se apóia em uma moralidade política liberal, justificadora de sua existência e de sua validade.

O liberalismo político, ainda que possuidor de diversas facetas e ramificações, oferece um postulado comum, qual seja o reconhecimento e a proteção do conjunto de direitos humanos fundamentais dos cidadãos (VITA, 1993, p. 12). Sen articula a ideia de desenvolvimento com a efetivação de direitos fun-

damentais. Para o filósofo indiano considerar uma nação como desenvolvida significa levar em conta o grau das liberdades reais garantidas aos indivíduos que a compõem (SEN, 2000, p. 17). Nessa senda, substitui-se a antiga visão desenvolvimentista por outra mais atualizada, que entende o desenvolvimento como expansão de liberdades substantivas (SEN, 2001, p. 74-75).

Tal pensamento incorporado à moralidade política resulta na consagração de diversos outros direitos que, ao lado do direito ao desenvolvimento econômico, precisam ser, igualmente, respeitados como o direito à equidade social e à proteção do meio ambiente, compondo o que vem considerando como o princípio constitucional do desenvolvimento sustentável.

A presença desses elementos constitucionais pode ser analisada a partir do texto do art. 225 da CF/1988 que dispõe “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida[...]”. O mencionado artigo inaugura o capítulo da Constituição Federal inteiramente dedicado ao meio ambiente. Dessa disposição textual é possível extrair relevantes proposições jurídicas normativas, entre as quais se destacam: (a) o legislador constitucional conferiu caráter transindividual ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e normatizou a obrigatoriedade coletiva de preservação ambiental; (b) impõe-se a observância da equidade intergeracional na relação entre o ser humano e o meio ambiente.

A primeira proposição apresenta grande reconhecimento e justificação em solo moral. O pensamento egoísta/individualista de tratar o meio ambiente como um mero instrumento de satisfação de interesses econômicos já pode ser considerado superado (pelo menos no plano jurídico-normativo). A justificação de uma normatização constitucional com esse teor encontra fortes razões de validade nos argumentos de Ost (1995 p. 284):

Se bem que seja evidente que o homem se situa num metanível em relação a outros seres vivos, não se pode deduzir, no entanto, que tenha rompido toda a ligação com estes e que possa, a partir de agora, distanciar-se deles e subjuga-los. Muito pelo contrário, sendo mais complexo que o mundo do ser vivo e o mundo da matéria, o homem não pode sobreviver sem eles, enquanto que o recíproco não é verdadeiro.

Quanto à segunda asserção mencionada, devemos levar em consideração que a ideia de equidade intergeracional nos remete à proposição, já contida no relatório Brundtland, segundo a qual o meio ambiente deve ser preservado não

apenas para suprir necessidades temporalmente próximas, mas também para satisfazer demandas existenciais das futuras gerações humanas. Tal perspectiva se identifica com o caráter transtemporal do patrimônio ambiental, bem delimitado por Ost:

[...] o patrimônio é um conceito transtemporal, que é, simultaneamente, de hoje, de ontem e de amanhã, como uma herança do passado que, transitando pelo presente, se destina a dotar os hóspedes futuros do planeta (OST, 1995 p. 284).

Um importante efeito gerado pela consagração dessa concepção de patrimônio ambiental é a imposição, em face de todos os organismos estatais (e também da coletividade), de se manter elevado nível conservacional da natureza, capaz de satisfazer necessidades humanas vindouras. Essa característica cogente opera como um elemento balizador para a estrutura de diversos instrumentos de preservação do meio ambiente, como aquela adotada na política de compensação ambiental, nas penalidades criminais, nas sanções administrativas e nas reparações civis por dano ambiental.

Todos esses institutos devem levar em consideração a característica de transtemporalidade do patrimônio ambiental e, com base nisso, prever medidas que sejam eficazes na proteção ao meio ambiente, objetivando a sua conservação duradoura.

Reitera-se que o tratamento conferido pelo texto da Lei Maior ao meio ambiente elevou-o a condição de direito fundamental. Não se pode interpretar de outra forma os preceitos constitucionais vigentes, na medida em que foram produzidos em período e contexto já alcançados por uma consciência sócio-estatal-acadêmica que demonstrava a emergência das questões ambientais.

Impende informar que, no plano infraconstitucional, diversas medidas (legislativas, administrativas e judiciais), já foram adotadas pelo poder público para a concretização dos preceitos constitucionais. Por outro lado, pode-se asseverar que o problema ambiental, brasileiro e mundial, não é a ausência de estudos acadêmicos ou de normas jurídicas. Eles e elas existem em quantidade suficiente e, por vez, vezes até em excesso (no caso das leis). O que se deve buscar, no âmbito de interesse do estudo, é a operacionalidade da legislação existente, sua realização, sua efetividade.

## **2. Efetividade das Normas Constitucionais Ambientais: Questões Conceituais da Sustentabilidade e seus Indicadores**

A diretriz constitucional de proteção ao meio ambiente foi um grande passo em direção ao ideal político de desenvolvimento sustentável. Contudo, se os instrumentos legais, constitucionais e infraconstitucionais, já se demonstram suficientes para a consecução dos objetivos da sustentabilidade, ainda há muitos obstáculos a superar, entre os quais se destacam questões teórico-conceituais e prático-efetivadoras das normas ambientais.

Afonso (2006, p. 14), em obra que questiona se a sustentabilidade é um caminho ou uma utopia, analisando a distância entre a teoria e a realidade pergunta: “Estamos diante de uma proposta de transformação que só pode ser realizada em nível retórico?”. Transformação retórica não é transformação! Especialmente no que diz respeito à sustentabilidade. Se os danos (passados), os problemas (presentes) e os riscos (futuros) são reais, a resposta não pode ser quimérica ou utópica.

Antes de se adentrar a questões dos indicadores como instrumentos para enfrentar a inefetividade das normas ambientais brasileiras, torna-se mister abordar aspectos conceituais da sustentabilidade.

### **2.1. Sustentabilidade: Dimensões e Questões Conceituais**

A sustentabilidade revela-se um conceito interpretativo com alto grau de volatilidade ontológica, pois está em constante diálogo com a tradição e a moralidade social. Razão pela qual é preciso analisá-lo para possibilitar a construção de um sentido preciso e adequado a fim de que sirva, enquanto meta constitucional, como mecanismo avaliativo das decisões políticas e, quando for o caso, como parâmetro para a interpretação constitucional.

Explica Milaré que a fundamentação da sustentabilidade é o equilíbrio entre “entradas” e “saídas”, para que uma determinada realidade preserve de maneira continuada sua essência. Esclarece que na perspectiva ambiental, manifesta-se como um tipo de requisito de permanência ecossistêmica, cujo objetivo é a manutenção do equilíbrio ecológico ou de “[...] uma relação adequada entre os



recursos e produção, e entre produção e consumo”. Vaticina o mesmo jurista, que, quando se trata de sustentabilidade “[...] Em última análise, o que se procura é a sustentabilidade do planeta Terra, sem o que não será possível atingir o objetivo de uma sociedade humana sustentável” (MILARÉ, 2009, p. 1339).

Como dito em linhas atrás, a ideia de sustentabilidade é um conceito interpretativo cuja densidade ontológica não é dada, mas sim construída. Essa categoria do pensamento, extremamente popular no discurso cotidiano, está, por razões etimológicas, atrelada às acepções de suporte e/ou apoio. Destarte, passou-se a utilizar o termo como instrumento de qualificação do desenvolvimento humano, refletindo a necessidade/obrigatoriedade de o crescimento econômico apoiar as necessidades humanas imprescindíveis para manutenção da vida digna dos indivíduos, visando garantir a existência das presentes e futuras gerações.

Apesar de relativamente recente, passou-se a se formalizar no curso do trato jurídico como uma partícula de conhecimento convencional, onde, a busca de um consenso democrático e legítimo seria um ideal a ser buscado de forma legítima pelo Direito. Eis que exsurge um novo paradigma concebido como *ecológico social*, onde os fatores econômicos haverão de serem equilibrados em face dos interesses maiores da sociedade e das futuras gerações que hão de vir.

O equilíbrio há de ser buscado, tendo-se em conta a importância de conceitos-chave para essa questão, poder-se-ia dizer de um lado as necessidades essências da sociedade e a máxima prioridade que deverão possuir, e, de outro, as limitações quer tecnológicas, quer de organização, ou ainda, especificamente financeiras e de planejamento econômico<sup>2</sup>.

O legítimo consenso democrático também tem sido buscado, além dos limites sociais, nas lides propostas ante ao Poder Judiciário. A jurisdição bem aplicada nos traduz a possibilidade de busca do preceito constitucional de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, a partir de um parâmetro *ecológico social*, onde, as necessidades básicas dos seres vivos seriam dotadas de *fundamentalidade* e, portanto, sujeitas à prevalência sobre os demais direitos envolvidos, inclusive econômicos, quando em choque.

Essa perspectiva nos obriga a considerar o possível papel da hermenêutica constitucional na consecução desse desiderato. Independente das discussões

---

2 A definição do Relatório Brundtland de Desenvolvimento Sustentável trouxe à baila a definição e crescimento com conservação.

teóricas sobre os métodos hermenêuticos e os princípios de interpretação constitucional, percebe-se que a jurisdição a ser aplicada, sobretudo, nas hipóteses de injustiças ambientais, haverá de reduzir os custos e os déficits de cidadania ambiental. É importante assinalar quanto ao uso da atividade judicante a partir da observação das circunstâncias econômicas, culturais, éticas e sociais envolvidas, sem descuidar, contudo da fundamentação jurídica, naquilo que se poderia chamar como *decisões funcionais* (BIANCHI, 2010, p. 377).

O modelo ideal de sustentabilidade ainda está por vir, mas a humanidade já deu um grande passo rumo à sua configuração ao considerá-lo como meta política e ao elaborar um projeto de construção, conceitual e substancial, atraente e bem fundamentado. Deve-se agora concentrar esforços nos desafios de concretização dos preceitos de sustentabilidade, para não se torne um mero adereço simbólico de documentos públicos sem nenhuma aplicação prática na realidade imanente.

## 2.2. Falta de Efetividade das Normas Ambientais: Desafio à Sustentabilidade

A efetividade alcança e abrange a mensuração de índices de adesão e/ou de não-adesão (sócio-estatal) às regras, e a aplicação das normas pelos órgãos do Estado que administram a justiça. Tais índices não são oferecidos pela dogmática jurídica, mas sim pela sociologia e por outras ciências (economia, estatística etc).

São conhecidas as resistências dos juristas e operadores do direito em manusearem dados que não sejam bibliográficos (legais, doutrinários ou jurisprudenciais). Destarte, a existência de indicadores pode ou não reverberar nas esferas de poder social e/ou estatal. Ainda assim, acredita-se que somente com o estabelecimento e a utilização dos indicadores de sustentabilidade é que se poderá romper com a visão puramente teórica do desenvolvimento sustentável, garantindo maior grau de efetividade ao mesmo. Como se perceberá os indicadores são instrumentos que permitem medir a eficácia (efetividade) das normas de proteção ambiental, e tal mensuração não pode ser apenas quantitativa, porquanto incapaz de determinar a concreta contribuição no enfretamento à degradação do meio ambiente.

A busca de efetividade impõe a necessidade de se determinar, com maior grau de certeza, se as ações e as políticas implementadas estão ajustadas ao exigido (pelos textos normativos, pela própria natureza) e esperado (pela sociedade).

### **2.3. Indicadores de Sustentabilidade: Solução à Inefetividade?**

A acepção usual para a expressão indicador aponta para o correspondente a uma ou mais variáveis combinadas, que agregam valores diversos, no tempo e no espaço, e que fornecem, à sociedade e aos que detêm poder decisório, sinais a respeito de um objeto observado e analisado. No caso estudado, tais sinais se dirigem às variáveis que alavancam e atingem a sustentabilidade ambiental.

Indicadores permitem acompanhar o progresso de uma política pública, no que diz respeito aos seus objetivos previamente estabelecidos, no caso da sustentabilidade, a preservação dos recursos naturais, atendendo as necessidades presentes sem comprometer as mesmas necessidades das gerações futuras. São também importantes por fornecer dados de confirmação ou apoio, provando que as iniciativas já implementadas têm alcançado algum resultado, seja total ou parcial, significativo ou inexpressivo. E, ainda, auxiliam no enfretamento de um problema teórico, qual seja o de definir adequadamente a própria sustentabilidade.

Assim, um indicador sustentável aponta o estado de determinadas medidas que acompanham o avanço em direção ao objetivo da sustentabilidade. Para Bellen, a sociedade precisa ajustar seus rumos em relação à interação com o meio ambiente natural, e entende que isso só é possível com a criação, desenvolvimento e aplicação das “ferramentas de avaliação” que mensuram a sustentabilidade: os indicadores (BELLEN, 2005, p. 13).

O grande destaque conferido a essas ferramentas de mensuração e análise, na seara ambiental contemporânea, deve-se em significativa monta ao estabelecido durante a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CNUMAD- Rio92), realizada no Rio de Janeiro, em 1992. A denominada Agenda 21, elaborada quatro anos após a promulgação da Constituição Verde de 1988, se constitui em um instrumento de planejamento para a construção de sociedades sustentáveis, e tratou especificamente sobre o tema dos indicadores em seus capítulos 8 e 40. Por intermédio de áreas de programas, bases para ação e objetivos, contidos no referido documento, pavimentou o ca-

minho para que os indicadores de sustentabilidade fossem elevados ao seu *status quo*. Mais específico é o capítulo 40, que trata da necessidade imperiosa de se oferecer informações consistentes e assecuratórias para as tomadas decisões adequadas, exigindo: redução das diferenças entre os dados oferecidos aos que decidem, bem como uma melhor disponibilização das informações. E é no contexto do primeiro problema que o documento aponta como soluções: o desenvolvimento de indicadores do desenvolvimento sustentável (UNCED, 1992).

Na atividade “Desenvolvimento de indicadores do desenvolvimento sustentável”, correspondente ao item 40.6, se pode ler que os países, as organizações governamentais e as ONGs devem “[...] desenvolver o conceito de indicadores do desenvolvimento sustentável a fim de identificar esses indicadores [...]” (UNCED, 1992). Portanto, todo o trabalho capitaneado pela ONU e desenvolvido por seus órgãos (Comissão para o Desenvolvimento Sustentável – CDS, Comissão Econômica para a América Latina – CEPAL) para a construção de indicadores tem se fundamentado e se justificado nos preceitos da Agenda 21<sup>3</sup>.

A CDS-ONU passou a coordenar o trabalho de difusão dos indicadores em todo o mundo. Significativa foi a publicação, em 1996, do documento *Indicators of sustainable development: framework and methodologies*, também conhecido como “Livro Azul”. Originalmente a obra apresentava cento e trinta e quatro indicadores, reduzidos para cinquenta e sete em 2000<sup>4</sup>.

Nessa senda teórica e procedimental um dos maiores desafios, já colocado em pauta desde a Agenda 21, é a diversidade de conceitos que tentam abarcar a sustentabilidade e seus indicadores. Gallopin (1997) o identifica como um conceito confuso, repleto de ambigüidades e contradições. E propõe um enfoque sistêmico que possibilite compreender as vinculações ente os aspectos social, ecológico e econômico do mundo. Critica tanto os indicadores tradicionais do mercado como alguns indicadores de sustentabilidade que analisam isoladamente as perspectivas do problema (GALLOPIN, 2003, p. 24).

---

3 Informa Quiroga Martínez (2007, p. 15) que o desenvolvimento substantivo dos indicadores ambientais se iniciou no final da década de 1980 no Canadá e em alguns países europeus, mas que o impulso mais significativo foi garantido pela Agenda 21. Para conhecer a metodologia para o desenvolvimento de indicadores ambientais ler: Rayen Quiroga Martínez. *Guía metodológica para desarrollar indicadores ambientales y de desarrollo sostenible en países de América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile: CEPAL/ECLAC (ONU), 2009. Série Manuales n. 61.

4 O Brasil por obvio, não ficou alijado deste processo. O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) tem assumido a tarefa de adaptar as diretrizes e metodologias estabelecidas pela CDS-ONU à realidade brasileira.

Desde o texto final da Conferência Rio 92 os indicadores são instrumentos de informação importantes para a tomada de decisões ambientais, exigindo, contudo, o reconhecimento de sua qualidade e relevância, tanto por aqueles imbuídos do poder decisório, como também pela coletividade. Gallopin (1997) entende que podem ser considerados “indicadores desejáveis” as variáveis capazes de resumir e/ou simplificar informações relevantes; gerar visibilidade e interesse aos fenômenos; quantificar, mensurar e transmitir informações importantes.

No caso dos juristas, operadores do direito, magistrados, legisladores etc a percepção que se tem é que são pouco afeitos à análise desse tipo de informação, que mistura economia, estatística, dados quantitativos e dados qualitativos. A utilização adequada de indicadores exige competências e habilidades específicas.

Percebe-se outro problema quanto ao uso indicadores, qual seja sua inaplicabilidade em escala global, frente às grandes diferenças (econômicas, culturais, legais) entre os países. Contudo, não é menor o embate em nível nacional, mormente em nações com grande extensão territorial e enorme diversidade ambiental, como o Brasil. Nesse diapasão são preferíveis os indicadores que se aplicam à multiplicidade regional e local. Conforme Gallopín (2003, p. 25): “Para fazer justiça à diversidade cultural, social, econômica e ecológica do mundo, devemos encorajar múltiplas formas de interpretar o desenvolvimento sustentável<sup>5</sup> (tradução própria).

Outra exigência quanto aos indicadores é que demonstrem alto grau de legitimidade, para que sejam “[...] realmente efetivos no sentido de subsidiar e melhorar o processo decisório, com a incorporação da variável ambiental [...]” (BELLEN, 2005, p. 53).

Existem, como não poderia deixar de ser, limitações e até riscos na utilização equivocada ou distorcida dos indicadores. Beellen, baseando-se nas críticas de diversos autores, aponta as principais fragilidades no uso de indicadores: a) utilização de índices únicos (e.g. PIB), que não enfretam a complexidade das relações entre a sociedade e o meio ambiente; b) seleção inadequada de indicadores, o que pode induzir a equívocos, desvios e discrepâncias; c) manipulação de dados mensurados para “transformar” resultados negativos em positivos; d) má interpretação (avaliação) dos dados, oferecendo resultados que não terão utilidade ou serventia prática (política); e) problemas metodológico-conceituais

---

5 Para hacer justicia a la diversidad cultural, social, económica y ecológica del mundo, hay que estimular múltiples formas de interpretar el desarrollo sostenible” (texto original).

que ocasionam dilemas quanto ao que mensurar e como mensurar (BELLEN, 2005, p. 60-62)

## 2.4. Indicadores de Sustentabilidade no Brasil: A Busca dos Indicadores de Efetividade

Em cumprimento às recomendações da Comissão para o Desenvolvimento Sustentável – CDS, da ONU, ainda no final da década de 1990 passaram a ser construídos (e a partir de 2002, divulgados) indicadores de desenvolvimento sustentável, sob a regência do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

Já foram apresentadas cinco edições da obra: “Indicadores de desenvolvimento sustentável – Brasil” nos anos de 2002, 2004, 2008, 2010 e em 2012. Revelando ao mesmo tempo um alinhamento ao movimento global de produção de indicadores e um caráter insólito e especial, porquanto aplicado à realidade brasileira. Em trecho destacado do documento, em sua última versão, se pode ler:

Os indicadores permitem acompanhar a sustentabilidade do padrão de desenvolvimento brasileiro nas dimensões ambiental, social, econômica e institucional, fornecendo um panorama abrangente de informações para subsidiar decisões em políticas para o desenvolvimento sustentável (IBGE, 2012).

Como se percebe pela rápida atualização da obra, o tema está em pleno desenvolvimento e consolidação, exigindo adaptações constantes. Na primeira edição de 2002 eram cinquenta os indicadores, já na edição de 2012 são sessenta e dois indicadores, revistos e atualizados. Explica o IBGE que esses novos indicadores surgiram por sugestões da CDS-ONU, alinhadas no documento *Indicators of sustainable development: guidelines and methodologies*, o famoso “Livro Azul”, em sua edição de 2007 (IBGE, 2012).

Se o alinhamento teórico e metodológico se mantém em relação ao que estabelecem os organismos internacionais, o regionalismo não é negado ou esquecido, como se pode confirmar:

A conquista do desenvolvimento sustentável, atualmente uma aspiração de abrangência global, toma feições concretas em cada país: nasce de suas peculiaridades e responde aos problemas e oportunidades de cada

nação. A escolha dos Indicadores de Desenvolvimento Sustentável reflete as situações e especificidades de cada país, apontando ao mesmo tempo para a necessidade de produção regular de estatísticas sobre os temas abordados (IBGE, 2012).

Como já se escreveu, no caso brasileiro, amplia-se a problemática frente à grande diversidade ecológica, ambiental e cultural que caracteriza o país.

O documento elaborado pelo IBGE é, sem dúvida, uma grande contribuição para o acompanhamento do desenvolvimento sustentável no Brasil, servindo para a tomada de posições/decisões pró-sustentabilidade.

Contudo, no que concerne às leis (elaboração, execução, aplicação, interpretação etc), que necessitam ser avaliadas quanto à sua efetividade, os dados não são tão claros e úteis. Ainda se carece de informações seguras para que juízes, legisladores, membros do Ministério Público, advogados etc possam enfrentar com segurança e maior grau de certeza a inefetividade normativa.

Impende destacar que já há implantado no Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, um grupo de trabalho empenhado no processo de elaboração normativa, visando formatar uma Resolução, que disponha sobre as diretrizes gerais para definição e implementação de indicadores de aplicação e cumprimento de normas ambientais. Há propostas em estágio adiantado de tramitação no CONAMA, mas ainda sem aprovação definitiva. Na última versão disponibilizada pode-se constatar o avanço que a regulamentação trará para a mensuração de efetividade das normas brasileiras pró-sustentabilidade. (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, 2007).

A expectativa é a de que o documento supracitado sirva para elevar a mensuração de efetividade das normas ambientais brasileiras a um nível mais próximo do ideal.

## Conclusão

Analisando a Constituição Federal de 1988, verdadeira “constituição verde”, o saldo não pode ser outro senão positivo. O destaque quantitativo e qualitativo conferido ao meio ambiente sustentável, e, especialmente, o reconhecimento do mesmo como direito humano fundamental já seriam suficientes para justificar tal assertiva. Entretanto, necessário é, refletir-se sobre os reais avanços concernentes à proteção ambiental, para além da retórica.

O tempo decorrido pode revelar o bem ou o mal; o progresso, o retrocesso ou a letargia; a efetividade ou a inefetividade. O dramaturgo grego Eurípedes (480-406 a.C) já dizia que “o tempo dirá tudo à posteridade. É um falador. Fala mesmo quando nada se pergunta”.

As mensagens são desconstruídas, pois nem no processo de emissão e nem no processo de recepção e interpretação há segurança. Alguns, partindo de critérios meramente formais, asseveram e destacam os profundos avanços advindos após a promulgação da Carta Cidadã. Outros, tomando por base “percepções” da realidade, ora apontam para a realização da sustentabilidade constitucional, ora indicam a insuficiência (ou mesmo o fracasso completo) do que se tem feito e daquilo que está proposto nas normas ambientais.

E é exatamente nesse contexto de instabilidade e incertezas, quanto à realização do Direito, que os indicadores de sustentabilidade surgem como ferramentas, que, se adequadamente aproveitadas, podem fornecer maior grau de certeza para aqueles que militam espontaneamente na causa ambiental e para todos aqueles que têm o dever de nela se envolver, visto tratar-se de direito fundamental difuso, irrevogável e irrenunciável.

É patente que para juristas (operadores do direito), responsáveis pela tomada de decisões, e, mais ainda, para a sociedade, a aceitação e compreensão quanto aos indicadores não é tarefa simples ou pueril. Entretanto, não se pode justificar qualquer postura letárgica ou omissa pelas dificuldades cognitivas que venham a surgir. A questão é uma só: apenas por meio dos indicadores de sustentabilidade é que a efetividade ou a inefetividade das normas ambientais pode ser medida. Fora desta perspectiva o que se tem são opiniões sem amparo técnico, que beiram o “achismo”.

Assim, todas as iniciativas direcionadas a formatação de indicadores de efetividade das normas ambientais precisam ser apoiadas e acompanhadas. Apresentam-se duas sugestões que podem colaborar com esse processo: 1) é necessário “aprender a ler” os dados fornecidos pelos indicadores de efetividade. Trata-se de adquirir e desenvolver competências e habilidades, por intermédio de capacitação específica, técnica e direcionada; b) é imperioso que se criem observatórios de efetividade das normas ambientais, gerenciados ou coordenados por ONGs ou Instituições de Ensino e apoiados pelo Estado, para que o acompanhamento no/do uso de indicadores seja constante e sistematizado, alcançando todos os níveis legais e estatais: federal, estadual e municipal.



Acredita-se que apenas com a utilização de indicadores de efetividade das normas ambientais, o direito ao meio ambiente sustentável será garantido no sentido, no alcance e na amplitude preceituados na Constituição Verde de 1988.

## Referências

AFONSO, Cintia Maria. **Sustentabilidade: caminho ou utopia?** São Paulo: Annablume, 2006.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 12. ed. Rev. e Atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BELLEN, Hans Michael van. **Indicadores de sustentabilidade: uma análise comparativa**. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

BIANCHI, Patrícia. **Eficácia das normas ambientais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

CMMAD, COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso futuro comum**. 2.ed. Rio de Janeiro: FGV, 1991.

GALLOPÍN, Gilberto. Indicators and their use: information for decision-making. In: **SCOPE 58**. Sustainability indicators: report of the project on indicators of sustainable development. MOLDAN, Bedrich; BILLHARZ, Suzanne. Paris: WILEY, 1997.

\_\_\_\_\_. **Sostenibilidad y desarrollo sostenible: un enfoque sistémico**. Santiago de Chile: CEPAL (ONU), 2003. Serie medio ambiente y desarrollo, n. 64, mayo de 2003.

IBGE, INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Indicadores de desenvolvimento sustentável**. Brasil 2012. Rio de Janeiro: IBGE, 2012. Estudos e Pesquisas. Informação geográfica n. 9.

MILARÉ, Édís. **Direito ambiental: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 6 ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: RT, 2009.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA. **Proposta de resolução com emendas dos pareceristas “Estabelece diretrizes gerais para definição e implementação de indicadores de aplicação e cumprimento de normas ambientais.** Disponível em: [http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/4C7D92C6/PropResolNormaAmbient\\_comEMENDASPareceristas.pdf](http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/4C7D92C6/PropResolNormaAmbient_comEMENDASPareceristas.pdf). Acesso em: 10 fev. 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano – 1972.** Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/estocolmo1972.pdf>. Acesso em 10 fevereiro 2013.

\_\_\_\_\_. **Report of the World Commission on Environment and Development.** 11 de Dezembro de 1987. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>. Acesso em: 10 fev. 2013.

OST, François. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do Direito.** Trad. de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

QUIROGA MARTINEZ, Rayén. **Guía metodológica para desarrollar indicadores ambientales y de desarrollo sostenible en países de América Latina y el Caribe.** Santiago de Chile: CEPAL/ECLAC (ONU), 2009. Série Manuales n. 61.

\_\_\_\_\_. **Indicadores ambientales y de desarrollo sostenible: avances e perspectivas para América Latina y el Caribe.** Santiago de Chile: CEPAL/ECLAC (ONU), 2007. Série Manuales n. 55.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

\_\_\_\_\_. **Desigualdade reexaminada.** Rio de Janeiro: Record, 2001.

UNCED. UNITED NATIONAL CONFERENCE ON ENVIRONMENTAL AND DEVELOPMENT. **Agenda 21.** June, 14. Rio de Janeiro - RJ, 1992.

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. **Environment for development.** Disponível em :<http://www.unep.org/Documents.multilingual/>

*Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional*

Default.asp? Document ID=70 &ArticleID=737&l=en. Acesso em 10 fevereiro 2013.

VITA, Álvaro de. **Justiça liberal**: Argumentos liberais contra o neoliberalismo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

# Regulamentação do Patrimônio Genético Brasileiro: Instrumento de Legalização ou Incentivo à Biopirataria?

*Maria da Glória Almeida Martins*

*Pauline Queirós Caúla*

*Roberta Antônia Almino Siebra*

## Introdução

O objetivo deste artigo é analisar a complexidade que envolve a modernização tocante à regulamentação do patrimônio genético brasileiro. É perceptível a burocratização da coordenação do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEN) que está paralisando o desenvolvimento nacional em diversos campos de pesquisa, num mercado altamente competitivo e lucrativo, fazendo o país (Estado e Sociedade) perder muitos recursos e oportunidades. Essa burocracia regulamentada pela Medida Provisória n: 2.186/2001 pode desestimular a pesquisa, incentivar a biopirataria, colaborar com a impunidade e negar o acesso de muitos aos benefícios advindos das descobertas científicas oriundas de tais estudos.

Além disso, sugerimos um debate mais amplo referente ao Projeto de Lei nº 7735/2014, encaminhado para o Congresso Nacional que já recebeu várias reações negativas. Com isso, quer se trazer à discussão a importância do assunto que tenha como resultado a reformulação da legislação e que essa mudança venha sob a premissa de simplificar os mecanismos para autorização das pesquisas, sem que se perca o controle, a fiscalização e a distribuição justa dos resultados obtidos.

É realizado breve histórico sobre a regulamentação que trata do tema e apresentado o conceito de Patrimônio Genético segundo a legislação, verificando sua aplicabilidade no cenário nacional.

## 1. Legislação que Dispõe sobre a Diversidade Biológica e sua Exploração no Brasil

O Brasil foi um dos primeiros países a assinar a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), primeiro grande marco mundial no sentido de regulamentar o acesso à biodiversidade, assinado durante a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (CNUMAD), em 1992 no Rio de Janeiro.

Atualmente, 193 países fazem parte da CDB que foi assinada por representantes de 168 destes países (UNEP, 2013). Segundo ela, os Estados têm direitos soberanos sobre os recursos de sua biodiversidade e são igualmente responsáveis por sua preservação e uso sustentável.

A Convenção sobre a Diversidade Biológica preconiza três objetivos principais: a conservação da diversidade biológica, o uso sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios resultantes do uso dos recursos genéticos. Em decorrência dessa Convenção, devido à necessidade de lei definindo regras para instrumentalizar a proteção, a fiscalização e o uso da biodiversidade no país, foi editada a medida provisória nº 2.052/2000 que regulamentava o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado no Brasil.

A medida provisória nº 2.186/2001, reeditada por dezesseis vezes e regulamentada pelo Decreto nº 3.945/01, este modificado por mais cinco decretos - os Decretos nº 4.946/03, nº 5.439/05, nº 5.459/05, nº 6.159/07 e nº 6.915/09. A medida provisória, em seu artigo 10 estabeleceu que todas as atividades relacionadas ao acesso ao patrimônio genético brasileiro deveriam ser avaliadas e autorizadas pelo Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEN), órgão vinculado ao Ministério do Meio Ambiente, responsável pela autorização de toda e qualquer atividade de acesso, remessa, uso, desenvolvimento tecnológico, que venha a utilizar recurso genético existente e de origem nacional. Todo acesso ao conhecimento tradicional associado e ao patrimônio genético existente no País, bem como a sua remessa para o exterior somente deverá ser realizado mediante autorização da União, sendo este conselho a autoridade competente para esse fim.

A MP nº 2.186-16/2001 constitui-se, hoje, no marco legal sobre acesso ao patrimônio genético e aos conhecimentos tradicionais associados no país e definiu de forma detalhada a nova concepção do tema<sup>1</sup>.

Diante do exposto, verifica-se a preocupação dos estados signatários da Convenção sobre Diversidade Biológica em regulamentar seus próprios recursos biológicos, visando evitar a redução da diversidade biológica causada pelas atividades humanas, buscando uma justa repartição com as comunidades tradicionais em benefício das gerações presentes e futuras.

## 2. Patrimônio Genético

Patrimônio genético, segundo a legislação, é toda informação de origem genética, contida em amostras ou, do todo ou de parte de espécime vegetal, fúngico, microbiano ou animal, na forma de moléculas e substâncias provenientes do metabolismo destes seres vivos e de extratos obtidos destes organismos vivos ou mortos, encontrados em condições *in situ*, inclusive domesticados, ou

---

1 Art. 7º Além dos conceitos e das definições constantes da Convenção sobre Diversidade Biológica, considera-se para os fins desta Medida Provisória: I - **patrimônio genético**: informação de origem genética, contida em amostras do todo ou de parte de espécime vegetal, fúngico, microbiano ou animal, na forma de moléculas e substâncias provenientes do metabolismo destes seres vivos e de extratos obtidos destes organismos vivos ou mortos, encontrados em condições *in situ*, inclusive domesticados, ou mantidos em coleções *ex situ*, desde que coletados em condições *in situ* no território nacional, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva; [...] IV - **acesso ao patrimônio genético**: obtenção de amostra de componente do patrimônio genético para fins de pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou bioprospecção, visando a sua aplicação industrial ou de outra natureza; V - **acesso ao conhecimento tradicional associado**: obtenção de informação sobre conhecimento ou prática individual ou coletiva, associada ao patrimônio genético, de comunidade indígena ou de comunidade local, para fins de pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou bioprospecção, visando sua aplicação industrial ou de outra natureza; VI - **acesso à tecnologia e transferência de tecnologia**: ação que tenha por objetivo o acesso, o desenvolvimento e a transferência de tecnologia para a conservação e a utilização da diversidade biológica ou tecnologia desenvolvida a partir de amostra de componente do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado; VII - **bioprospecção**: atividade exploratória que visa identificar componente do patrimônio genético e informação sobre conhecimento tradicional associado, com potencial de uso comercial; VIII - **espécie ameaçada de extinção**: espécie com alto risco de desaparecimento na natureza em futuro próximo, assim reconhecida pela autoridade competente; [...] XIII - **Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios**: instrumento jurídico multilateral, que qualifica as partes, o objeto e as condições de acesso e de remessa de componente do patrimônio genético e de conhecimento tradicional associado, bem como as condições para repartição de benefícios;

mantidos em coleções *ex situ*, desde que coletados em condições *in situ* no território nacional, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva.

Nos biomas brasileiros (Amazônia, Caatinga, Cerrado, Mata Atlântica, Pantanal e Pampa) e na Zona Costeira e Marinha já foram registradas mais de 200 mil espécies. Dados apontam que este número possa chegar a mais de um milhão e oitocentas mil espécies (BRASIL, 2014).

O Brasil possui uma grande responsabilidade mundial quando se trata de biodiversidade, pois abriga 13% da Biodiversidade Global, ele está no topo da relação dos dezessete países considerados megadiversos: Colômbia, Indonésia, China, México, África do Sul, Venezuela, Equador, Peru, Estados Unidos, Papua-Nova Guiné, Índia, Austrália, Malásia, Madagascar, República do Congo e Filipinas; estes países, em conjunto, possuem em seus territórios cerca de 70% da biodiversidade mundial (ARAÚJO, 2013, p. 10; MITTERMEIER APUD SACCARO JR, 2011, p. 229).

Estima-se que no mercado mundial de medicamentos se movimente por ano 300 bilhões de dólares, de forma que cerca de 40% desses remédios derivam da biodiversidade, sendo 75% de origem vegetal e 25% de origem animal e microrganismos e, um quinto deles sejam extraídos do Brasil, onde estão mais de 20% das espécies que dão origem às fórmulas medicinais (ARAÚJO, 2013).

Segundo o Ministério do Meio Ambiente, a biodiversidade brasileira é responsável por cerca de 45% do PIB brasileiro e corresponde a 31% das explorações do país. Além disso, o Brasil conta com uma sociodiversidade expressiva. São mais de 220 etnias indígenas e diversas comunidades locais (quilombolas, caiçaras, seringueiros etc), que detêm importantes conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. É comum os habitantes recorrerem ao tratamento com chás, cujo medicamento foi produzido a partir do conhecimento dos intelectuais sertanejos, índios e quilombolas<sup>2</sup>.

O conhecimento tradicional diminui o esforço com a pesquisa em 400% e estima-se uma economia em 50% com as despesas, porém, essas comunidades na maior parte das vezes não tem nenhum retorno. Este, comumente, fica com quem comete a biopirataria, onde se estima que a economia brasileira sofre uma sangria que pode ultrapassar a casa dos 2,4 bilhões de dólares ao ano em decorrência deste ato.

---

2 Disponível em [http://www.mma.gov.br/images/publicacoes/patrimonio\\_genetico/Carilhas](http://www.mma.gov.br/images/publicacoes/patrimonio_genetico/Carilhas). Acesso 25 dez 2014.

A forma rápida como vem se desenvolvendo a biotecnologia moderna nas últimas décadas nos permitiu o uso de recursos genéticos de uma forma tal que não apenas alterou profundamente o nosso entendimento do mundo vivo, mas também levou ao desenvolvimento de novos produtos e processos que contribuem para o bem estar do ser humano. Estes vão desde medicamentos vitais até métodos que melhoraram a nossa segurança alimentar. Também melhoraram os métodos de conservação que contribuem para preservar a biodiversidade global. Nesse sentido, os recursos genéticos podem ter um uso comercial ou não, senão vejamos:

Em seu uso comercial, as empresas podem utilizar os recursos genéticos para desenvolver enzimas especializadas, genes melhorados ou pequenas moléculas. Os recursos podem ser utilizados na proteção de cultivares, no desenvolvimento de medicamentos, na produção de produtos químicos especializados ou no processamento industrial. Também é possível inserir genes em cultivares para obter características desejáveis que podem melhorar sua produtividade ou a resistência a pragas.

Em seu uso não-comercial, os recursos genéticos podem ser usados para aumentar o conhecimento ou a compreensão do mundo natural, com atividades que vão desde a pesquisa taxonômica até a análise de ecossistemas. Este trabalho geralmente é realizado por universidades e institutos públicos de pesquisa (BRASIL,2014)<sup>3</sup>.

Além de responsável pela estabilidade dos ecossistemas e de ser uma das propriedades fundamentais do meio ambiente, o patrimônio genético constitui o fundamento das atividades socioeconômicas<sup>4</sup>. São diretamente dependentes da diversidade biológica a agricultura, a pecuária, a pesca, o turismo ecológico e uma grande parte das atividades industriais, como a indústria alimentícia, biotecnológica, cosmética, energética e farmacêutica.

---

3 Disponível em [http://www.mma.gov.br/images/publicacoes/patrimonio\\_genetico/Cartilhas](http://www.mma.gov.br/images/publicacoes/patrimonio_genetico/Cartilhas). Acesso 25 dez 2014.

4 Segundo a doutrina de CAÚLA, Bleine Queiroz (*A lacuna entre o direito e a gestão do ambiente: os 20 anos de melodia das agendas 21 locais, 2012*), é possível compreender que os atuais modelos de 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.



## **2.1. Conselho de Gestão do Patrimônio Genético criado pela MP nº 2.186/2001**

O Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEN) com caráter deliberativo e normativo tem, entre suas competências e atribuições, a coordenação da implementação de políticas para a gestão do patrimônio genético, o estabelecimento de normas técnicas, dos critérios para as autorizações de acesso e de remessa; das diretrizes para elaboração do Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios; dos critérios para a criação de base de dados para o registro de informação sobre conhecimento tradicional associado, o acompanhamento das atividades de acesso e de remessa de amostra de componentes do patrimônio genético e de acesso a conhecimento tradicional associado, a deliberação sobre autorização de acesso e o credenciamento de instituições públicas nacionais para serem fiéis depositárias de amostra de componente do patrimônio genético, dar anuência aos Contratos de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios, a promoção de debates e consultas públicas sobre os temas de que trata a MP, além de dezenas de outras atribuições (BRASIL, 2005).

Para dar conta deste emaranhado de atribuições e atividades, o CGEN é formado por 19 órgãos e entidades da Administração Pública Federal com direito a voto como os Ministérios do Meio Ambiente, Ciência e Tecnologia, Saúde, Justiça, Agricultura, Defesa, Cultura; Relações Exteriores, Indústria e Comércio, o IBAMA, o Jardim Botânico do Rio de Janeiro, o CNPq, o Instituto Nacional de Pesquisa da Amazônia, o Museu Emílio Goeldi, a Embrapa, a FIOCRUZ, a Funai, e o INPI, além de contar com convidados em suas reuniões deliberativas com direito a apenas voz, como a Fundação Cultural Palmares, a SBPC, a Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais, a Associação Brasileira das Empresas de Biotecnologia, o Conselho Empresarial Brasileiro para o Desenvolvimento Sustentável, a Comissão Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas, o Conselho Nacional de Seringueiros, a Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia, entre outros. Criou-se, assim, um monstro burocrático incapaz de tomar qualquer decisão em um tempo razoável (BARRETO, 2012, p. 1).

A Medida Provisória em debate regulamenta os direitos e obrigações de acesso aos componentes do patrimônio genético e ao conhecimento tradi-

cional a ele associado, a mesma surgiu da preocupação com o fornecimento de microrganismos brasileiros para outros países sem a respectiva previsão de transferência de tecnologia e repartição dos benefícios resultante do uso desses recursos, com o intuito de proteger contra a utilização e exploração ilícita. Clement (2007, p. 187), ressalta que a implementação da MP sem uma discussão exaustiva do tema, reverteu em severas críticas por parte de praticamente todos os setores envolvidos. A principal delas - proveniente principalmente da comunidade acadêmica - é que a mesma impõe critérios muito rígidos e gera uma burocracia excessivamente complexa, tornando praticamente impossível trabalhar com recursos genéticos do Brasil, impedindo sua utilização para o desenvolvimento do país. Isso inviabiliza a própria repartição de benefícios, uma vez que esses não chegam a ser produzidos.

Contornar as tensões entre os atores da bioprospecção, derivadas da intrincada complexidade social, política e cultural do território brasileiro, tem se mostrado tarefa notavelmente árdua. A necessidade de anuência prévia - do titular da área em que será retirado o material para a pesquisa ou das comunidades indígenas, quando o acesso ocorrer em terra indígena -, por exemplo, é frequentemente apontada como empecilho burocrático. O motivo alegado são as dificuldades de identificação dos indivíduos responsáveis pela área e o exato mapeamento desta, bem como a negociação com pessoas de realidade e cultura muito diferentes da dos bioprospectores. Ao mesmo tempo, comunidades tradicionais, indígenas e quilombolas, apoiadas por organizações não governamentais (ONG), tampouco se contentam com a situação atual. O termo “anuência prévia”, utilizado na MP, é considerado vago, sendo reivindicada sua substituição por “consentimento prévio fundamentado”, como empregado na CDB (SACCARO, 2011, p. 239).

A Anuência Prévia, um dos requisitos da MP mais criticados pelo setor acadêmico é a exigência de apresentar manifestação escrita do titular da área privada; da comunidade indígena ou local envolvida; do órgão competente, quando se tratar de áreas protegidas; e da autoridade marítima ou do Conselho de Defesa Nacional.

São três os argumentos mais frequentes: primeiro, o fato de nem sempre ser possível saber antecipadamente onde serão realizadas as coletas do material, sobre o qual serão realizadas as atividades de acesso ao patrimônio genético; segundo, o encarecimento da pesquisa, uma vez que se

torna necessário duplicar as idas a campo, uma para obter a anuência prévia e a outra para executar o trabalho de campo, que só pode de ser realizado após a obtenção da autorização; e por fim a dificuldade de se localizar e identificar com segurança o titular da área (AZEVEDO, 2010, p. 9).

Apesar das medidas iniciais de regulamentação do acesso ao patrimônio genético brasileiro, muitos estudos não saem do papel ou são interrompidos devido aos entraves burocráticos. “As normas têm que ser claras para que os agentes que pretendem estudar a biodiversidade nacional possam cumprir com as exigências”, diz Divina Aparecida Leonel Lunas Lima (apud MORALES, 2010, p.9). A autora aponta a regulamentação referente ao acesso ao conhecimento tradicional e pondera que “O conhecimento tradicional facilita muito, porque os povos já sabem para que determinada planta serve, o que economiza anos de pesquisa”. No entanto, as regras vigentes ditam que o pesquisador precisa da autorização de todos que manipulam aquela planta e que detêm aquele conhecimento, o que inviabiliza boa parte das pesquisas (MORALES, 2010, p. 9).

Em vigor há mais de uma década, a MP n 2.186/2001 tem sido alvo de críticas ao longo dos anos por impor exigências que criam obstáculos à pesquisa científica. Desde o início, a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC) participa da discussão e contribui com o aperfeiçoamento de algumas de suas normas. De acordo com Beatriz Bulhões, os impactos negativos da MP na pesquisa foram minimizados por normas infralegais que flexibilizaram exigências e diminuíram a burocracia “Apesar dos avanços ao longo dos anos, é urgente que o Brasil tenha sua Lei de Acesso ao Patrimônio Genético, de modo a proporcionar maior segurança jurídica”, alertou a gestora (BULHÕES, 2013).

Há uma extensa lista de requisitos que precisam ser atendidos e documentos a serem apresentados, independentemente do resultado que aquele acesso possa ter. Uma exigência é especialmente ilustrativa.

Para realizar um acesso da bioprospecção, isto é, com o intuito de explorar economicamente o resultado do acesso, a Medida Provisória nº 2.186-16, no parágrafo quarto do artigo 16, prevê que o acesso será autorizado pelo Conselho de Gestão do Patrimônio Genético apenas após a assinatura do Contrato de Repartição de Benefícios. Ou seja, o usuário é obrigado a celebrar um contrato que carece de concretude, tendo em vista a falta de informações sobre os produtos explorados e valores envolvidos.

A lei deve priorizar mecanismos de prestação de contas e de transparência e não de instrumentos de comando e controle, como é hoje, opinou Beatriz Bulhões. O entendimento da SBPC é de que não é possível controlar a biodiversidade brasileira apenas com legislações. Para a instituição, é preciso estimular o desenvolvimento científico e tecnológico, valorizar o conhecimento tradicional das comunidades locais e dos povos indígenas. “Só com conhecimento é que serão alcançados os objetivos da Convenção sobre Diversidade Biológica, a conservação e o uso sustentável da biodiversidade e a repartição de benefícios correspondentes. Para isso, a pesquisa científica é fundamental”, lembrou a assessora especial da SBPC (BULHÕES, 2013).

É notável que uma arquitetura legal inadequada pode afugentar os bioprospectores, levando-os a pesquisar onde se tem condições mais facilitadas, ou ainda a coletar ilegalmente, visto que praticamente inexistem mecanismos internacionais efetivos de fiscalização e sanção, sendo assim o grande potencial econômico dos recursos genéticos, associado aos custos da repartição de benefícios, acabou levando a formas ilegais de apropriação, que deram origem ao termo biopirataria (SACCARO JR, 2011).

Juliana Santilli (2004 apud ALENCAR, 2006, p. 1) define a biopirataria como “atividade que envolve o acesso aos recursos genéticos de um determinado país ou dos conhecimentos tradicionais associados a tais recursos, em desacordo com os princípios estabelecidos na Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB)”.

No Brasil, é extremamente difícil conter a biopirataria por meio de qualquer forma de policiamento: a extensão territorial, aliada à facilidade de transporte de material biológico - tubos de PVC, maletas, caixas térmicas, meias e cinturões - dificulta a ação de órgãos e agências governamentais competentes. A biopirataria ainda conta com as facilidades do mercado ilegal de fauna silvestre: apesar da ilegalidade, ainda se podem encontrar animais, suas partes e produtos sendo comercializados por criadouros clandestinos, lojas ou até mesmo em feiras livres. No mercado internacional, exemplares de aranhas podem chegar a cinco mil dólares, de besouros, oito mil dólares e de cobras, vinte mil dólares. Um único grama de veneno de cobra coral (*Micrurus frontalis*) pode superar trinta mil dólares (SACCARO JR, 2011).

O conhecimento tradicional também fica relativamente desprotegido: é muito fácil a qualquer interessado obter informação sobre plantas e animais convivendo por algum tempo com comunidades locais. Exemplos de espécies

amazônicas e seus derivados que originaram patentes na Europa, no Japão ou nos Estados Unidos, sem qualquer preocupação com repartição de benefícios, são o cupuaçu (*Theobroma grandiflorum*) e seu derivado, o cupulate; a *ayahuasca* (*Banisteriopsis caapi*), cipó utilizado para chás; e o óleo de copaíba (*Copaifera sp.*). Estes e outros casos são relatados no *site* da Amazonlink.org (2010), organização não governamental que tem realizado campanhas relacionadas à proteção dos recursos biológicos e dos conhecimentos tradicionais (SACCARO JR, 2011, p. 234).

As medidas repressoras disponíveis no Brasil não são adequadas, mostrando-se incapazes de desestimular aqueles que buscam se apropriar ilegalmente do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado. Ao contrário de outras formas de contrabando ou reprodução ilegal de conhecimentos sem autorização de seus proprietários ou detentores, a biopirataria não é tipificada como ilícito criminal, sendo punida apenas administrativamente, com sanções brandas, como multas, apreensão de material e suspensões de licenças, entre outras, mas não com sanções penais mais duras, que estabeleça a privação de liberdade como a detenção (SACCARO JR, 2011, p. 233).

No âmbito da fiscalização administrativa, a maior punição é prevista pelo Decreto nº 5.459/2005, que regulamentou o artigo 30, da MP nº 2.186-16/2001, disciplinando as sanções aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado. O artigo 18 deste decreto prevê multa que pode chegar a 100 mil reais para pessoa física e 50 milhões de reais para a pessoa jurídica que deixar de repartir os benefícios resultantes da exploração econômica de produto ou processo desenvolvido com base no acesso à amostra do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado. Em determinados casos, pode-se aplicar a Lei nº 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais), sendo o transgressor enquadrado em crimes correlatos, por exemplo, tráfico de animais silvestres.

Mesmo assim, poucas figuras dessa lei podem ser invocadas para repressão e combate aos praticantes de biopirataria e, ainda assim, são consideradas como de menor potencial ofensivo, resolvendo-se na maioria das vezes com a lavratura de um termo circunstanciado e liberação do autor do fato poucas horas depois (GOMES, 2008). No caso de estrangeiros, essas punições tendem a ser ainda mais inócuas, caso voltem a seu país de origem, ao mesmo tempo em que os lucros obtidos tendem a ser mais expressivos, visto que a maior capacidade tecnológica para pesquisar está em países desenvolvidos (SACCARO JR, 2011, p. 234).

Para o mesmo autor, deve-se reconhecer que, embora o Brasil seja pioneiro na aplicação de legislação para o acesso ao patrimônio genético e, concordar que é preciso ter cautela na ânsia de promover a geração de riqueza, não se pode discordar das críticas dos que tentam pesquisar e são limitados.

A importância da biodiversidade, da necessidade de preservação e conservação de seu uso sustentável justifica todo o processo de regulamentação em desenvolvimento no País, e durante o desenvolvimento deste trabalho, o Projeto de Lei nº 7735/2014 foi encaminhado pela Presidenta Dilma Rouseff (BRASIL, 2014). Esse projeto avança em relação a MP nº 2.186/2001 em vários aspectos como no processo de simplificação dos interessados em acessar o patrimônio genético, que ficarão dispensados das autorizações que expusemos anteriormente e terão apenas que inscrever-se num cadastro para comunicar o objetivo da pesquisa. E somente quem desenvolver um produto final será obrigado a pagar 1% de sua receita líquida para o Fundo Nacional de Repartição de Benefícios, fundo esse que será criado por essa lei.

Porém, logo de início, esse Projeto de Lei já recebeu várias reações negativas como as das comunidades tradicionais detentoras de conhecimento do nosso patrimônio genético que manifestaram suas objeções. Primeiro, porque alegam que não foram chamados para discuti-lo no período de sua elaboração e também porque, segundo os representantes desses povos (índios, quilombolas etc), o projeto não garante os direitos e interesses deles e, se aprovado como está, será um retrocesso na garantia de direitos a esses povos e comunidades, podendo inclusive justificar a responsabilização do Estado brasileiro perante órgãos e tribunais internacionais de direitos humanos.

O Ministério Público Federal já se manifestou quanto a isso e sinaliza que vai atuar na defesa desses povos e contrário ao projeto e, em nota técnica, se pronunciou dizendo que um dos pontos sensíveis do projeto é justamente na repartição de benefícios de ordem monetária e não monetária. Para o MPF não compete ao Estado legislador definir ou mesmo induzir, qual seja o percentual da repartição de benefícios com as comunidades tradicionais o que deve ser negociado diretamente com as próprias comunidades (BRASIL, 2014).

Ainda há críticas quanto à falta de definição de regras de responsabilidade civil e administrativa para os casos de acesso indevido ao patrimônio genético e aos conhecimentos tradicionais - o que se chama de biopirataria.

## Conclusão

Diante do exposto, se entende que as incertezas jurídicas e os custos regulatórios trazem riscos além dos financeiros, à reputação dos pesquisadores e agentes econômicos, conseqüentemente, extratos e substâncias da biodiversidade brasileira são facilmente substituídos por substâncias sintéticas ou oriundas de espécies exóticas, de forma a contornar o ônus da necessidade de autorização por parte do CGEN.

Por isso, se impõe como medida urgente uma legislação definitiva, moderna, atualizada para os novos desafios que se colocam para uma sociedade que se movimenta em grande velocidade buscando suprir uma demanda crescente de novas tecnologias, que atenda aos interesses soberanos do nosso país, que respeite a comunidade científica estimulando a pesquisa e a busca de mais conhecimento, que respeite os interesses das comunidades locais que detém o conhecimento tradicional, que estabeleça punições adequadas a quem pratica ilegalidades e que acabe com a burocracia que emperra o desenvolvimento.

Não obstante, verifica-se que muitas outras modificações na legislação precisam ser implementadas e, por certo mesmo, depois de treze anos para ser encaminhado esse novo projeto que regulamenta a matéria, ainda não basta para resolver todos os problemas. Com isso, o que se quer trazer a discussão é a importância do assunto do acesso ao patrimônio genético, mostrar que em face do projeto em discussão no Congresso Nacional esse será um tema recorrente nos ambientes que envolvem direito ambiental, posto que também se fala de muitos milhões e até bilhões de dólares, envolvidos nesse debate, com um grande número de poderosos atores envolvidos.

Outro objetivo do presente trabalho consiste em alertar que o Brasil tem perdido divisas econômicas relevantes pelo atraso na correta regulamentação da matéria, e afirmar que os povos que fazem parte da nossa cultura primitiva precisam ser respeitados e ter seus interesses protegidos e que os pesquisadores e empresas precisam de regulamentação de suas atividades para que ao desenvolverem suas pesquisas e estudos possam ser corretamente reconhecidos e remunerados; toda a sociedade possa colher o fruto desse processo e com os resultados desses produtos gerar dividendos sociais e econômicos a todos os envolvidos sem deixar de lado o controle na busca da sustentabilidade. É inegável que pelo tamanho da biodiversidade brasileira as descobertas advindas de qualquer de nossos biomas certamente trarão reflexos em todo o planeta.

## Referências

ALENCAR, Aline Ferreira de. Análise jurídica sobre a biopirataria relacionada aos conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético da Amazônia brasileira. **XV Congresso Nacional do CONPEDI/UEA – Manaus, 2006.**

AMAZONLINK.ORG. **Biopirataria na Amazônia.** Disponível em: <<http://www.amazonlink.org/biopirataria/index.htm>>. Acesso em: 30 out. 2014.

ARAÚJO, Silvana Gomes de. **Perspectivas e desafios para o desenvolvimento de fitoterápicos com plantas medicinais da Mata Atlântica para uso veterinário.** 2013. Disponível em: <<http://cienciaecultura.bvs.br/pdf/cic/v62n3/a04v62n3.pdf>>. Acesso em: 2 nov. 2014.

AZEVEDO, Cristina Maria do Amaral. **Acesso a recursos genéticos: Novos arranjos institucionais.** 2010 Disponível em: <[http://www.anppas.org.br/encontro\\_anual/encontro1/gt/biodiversidade/Cristina Maria do Amaral Azevedo.pdf](http://www.anppas.org.br/encontro_anual/encontro1/gt/biodiversidade/Cristina%20Maria%20do%20Amaral%20Azevedo.pdf)>. Acesso em: 2 nov. 2014.

BARRETO, Daniel Weingart. Patrimônio Genético Brasileiro: Protegê-lo ou Aproveitá-lo Comercialmente? **J. Braz. Chem. Soc.**, v. 23, n. 2, p.191-193, 2012.

BRASIL. **MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.186-16, DE 23 DE AGOSTO DE 2001.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/mpv/2186-16.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2186-16.htm)>. Acesso em: 2 nov. 2014.

BRASIL. **Convenção da Diversidade Biológica.** Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/biodiversidade/convencao-da-diversidade-biologica>>. Acesso em: 2 nov. 2014.

BRASIL. **DECRETO Nº 5.459, DE 7 DE JUNHO DE 2005.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5459.htm006/2005/Decreto/D5459.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5459.htm006/2005/Decreto/D5459.htm)>. Acesso em: 2 nov. 2014.

BRASIL.MMA. CGEN analisa pedidos de autorização de acesso a patrimônio genético. 2014. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/index.php/comunicacao/agencia-informma?view=blog&id=149>. Acesso em: 2 nov.2014.



BRASIL. **Patrimônio Genético: 6ª Câmara do MPF defende consulta a povos tradicionais.** 2014. Disponível em: <[http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy\\_of\\_meio-ambiente-e-patrimonio-cultural/6a-camara-do-mpf-defende-consulta-a-povos-tradicionais-na-regulamentacao-do-acesso-ao-patrimonio-genetico](http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_meio-ambiente-e-patrimonio-cultural/6a-camara-do-mpf-defende-consulta-a-povos-tradicionais-na-regulamentacao-do-acesso-ao-patrimonio-genetico)>. Acesso em: 2 nov. 2014.

BRASIL. **PROJETO DE LEI: 7735/2014** que dispõe sobre o **acesso ao patrimônio genético; sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado; sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade.** 2014. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=619150>>. Acesso em: 2 nov. 2014.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 fev. 1998. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 25 dez. 2014.

BULHÕES, Beatriz. Alerta para a urgência da edição da Lei de Acesso ao patrimônio genético. **Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC).** Secretaria Regional Rio Grande do Sul, 2013. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/sbpcrs/?p=610>>. Acesso em: 2 nov.2014.

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.

CLEMENT, Charles Roland. Um pote de ouro no fim do arco-íris? O valor da biodiversidade e do conhecimento tradicional associado, e as mazelas da lei de acesso - uma visão e proposta a partir da Amazônia. **Amazônia: Ciência & Desenvolvimento**, Belém, v. 3, n. 5, p.7-28, 2007. Semestral. Disponível em: <[http://siteantigo.bancoamazonia.com.br/bancoamazonia2/Revista/edicao\\_05/C&D\\_Vol\\_V\\_Pote\\_ouro\\_fim\\_arco-ir.pdf](http://siteantigo.bancoamazonia.com.br/bancoamazonia2/Revista/edicao_05/C&D_Vol_V_Pote_ouro_fim_arco-ir.pdf)>. Acesso em: 30 out. 2014.

MITTERMEIER, R.A.; GIL, P.R.; MITTERMEIER, C.G. Megadiversidad: los países biológicamente más ricos del mundo. 1º ed. México: Cementos Mexicanos, 1997 APUD SACCARO JR, Nilo L. A regulamentação de acesso a recursos genéticos e repartição de benefícios: disputas dentro e fora do Brasil. **Ambient. soc.** [online]. 2011, vol.14, n.1, jan-jun, p. 229-244.

MORALES, Ana Paula. Burocracia ainda emperra acesso ao patrimônio genético nacional. **Cienc. Cult**, v. 62, n. 3, p. 8-10, jul./set. 2010

SACCARO JR, Nilo L. A regulamentação de acesso a recursos genéticos e repartição de benefícios: disputas dentro e fora do Brasil. **Ambient. soc.** [online]. 2011, vol.14, n.1, jan-jun, p. 229-244.



# Constituições Principiológicas, Tribunais Constitucionais e Princípio Democrático: Compatibilizando o Incompatível?

Ana Maria D'Ávila Lopes  
Martonio Mont'Alverne Barreto Lima

## Introdução

Na atualidade, o modelo de controle de constitucionalidade de Kelsen não é aplicado na sua forma pura em nenhum lugar do mundo. O principal motivo talvez seja porque muitas das atuais constituições não correspondem ao modelo de constituição formal - organizativa e procedimental - ideado pelo mestre austríaco, mas apresentam no seu texto diversas normas principiológicas, com conteúdos abertos, vagos e imprecisos. Assim, a Constituição brasileira de 1988 oferece um claro exemplo dessa nova tendência, visto ser um texto composto de diversas normas-princípio (cidadania, art. 1º, II; dignidade da pessoa humana, art. 1º, III; sociedade livre, justa e solidária, art. 3º, I; etc.), afastando-se do formalismo lógico normativo kelseniano.

A presença desse tipo de norma-princípio nas constituições tem sido matéria de diversas teorias, a exemplo da proposta por Robert Alexy, que defende que o Direito está composto de dois tipos de normas: as regras e os princípios. Para Alexy (1993, p. 81), as regras são razões para decidir que *“exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden ser sólo cumplidas o incumplidas”*, enquanto os princípios *“ordenan que se realice algo en la mayor medida posible [...] son mandatos de optimización”*, ou seja, dependem das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto.

Dessa forma, o ideal da existência de uma solução correta para cada caso é hoje dificilmente mantido no âmbito da jurisdição constitucional.

De qualquer forma, essa situação não deve ser interpretada como um retorno à velha concepção da falta da força vinculante de algumas disposi-

ções (GASCÓN ABELLÁN, 2003, p. 185), pois os tribunais constitucionais, incluindo nosso Supremo Tribunal Federal, têm feito uso frequente de todos os artigos da Constituição, inclusive dos que se encontram no título denominado Princípios Fundamentais. Deve, apenas, entender-se que as constituições principiológicas não oferecem uma única solução para cada caso, mas exigem um maior e melhor trabalho argumentativo do juiz constitucional na fundamentação de sua decisão.

No entanto, não é isso o que muitas vezes vem acontecendo na prática. O caráter abstrato das normas principiológicas tem se tornado uma porta aberta para o decisionismo judicial, conforme denunciado por Sarmento (2006, p. 200) “muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça -, passaram a negligenciar seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta ‘euforia’ com os princípios abrir um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser”.

Nesse contexto, o objetivo do presente trabalho é discutir a necessidade de delinear os contornos da atuação dos tribunais constitucionais, de forma a evitar cair no decisionismo judicial, que não apenas desvirtua a constituição, mas atenta contra o princípio democrático.

Para tal, inicialmente, apresentaremos a teoria estrutural da norma constitucional de Alexy, com a finalidade de delimitar o marco conceitual básico de nosso trabalho. Seguidamente, analisaremos o papel dos tribunais constitucionais perante as chamadas constituições principiológicas para, finalmente, discutir a violação do princípio democrático.

## 1. A Teoria Estrutural da Norma Constitucional de Alexy

A teoria estrutural da norma constitucional de Alexy encontra-se exposta em seu livro “Teoria dos Direitos Fundamentais”, escrito como sua *Habilita-*

tionsschrift para professor da Faculdade de Direito da Georg-August-Universität Göttingen, em 1984.

Defende Alexy que o Direito está composto de dois tipos de normas: as regras e os princípios (ALEXY, 1993, p. 83). As regras são razões para decidir que “*exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden ser sólo cumplidas o incumplidas*”, enquanto os princípios “*ordenan que se realice algo en la mayor medida posible [...] son mandatos de optimización*” (ALEXY, 1993, p. 81).

A proposta de Alexy da existência de dois tipos de normas (as regras e os princípios) levanta uma série de questionamentos centrados basicamente no caráter ambíguo dos segundos. O problema deriva da própria natureza dos princípios, pois se encontram estreitamente vinculados a valores, até o ponto de, muitas vezes, serem identificados com eles, o que, sem dúvida, constitui um erro.

Para esclarecer essa confusão, Alexy (1993, p. 139-140) parte da distinção proposta por Wright, que ensina que, apesar das semelhanças, os valores e os princípios constituem conceitos claramente diferentes. Assim, classifica o que chama “conceitos práticos” em três grupos: deontológicos (ou normativos), axiológicos (ou de valor) e antropológicos (ou psicológicos):

a) conceitos deontológicos: são conceitos que se identificam com o “dever ser”. Estão compreendidos nesta categoria as proibições, as permissões, os comandos e os direitos a algo;

b) conceitos axiológicos: caracterizam-se por se referirem a o bom, “La variedad de conceptos axiológicos es consecuencia de la variedad de los criterios que pueden ser utilizados para determinar lo que es bueno” (ALEXY, 1993, p. 139);

c) conceitos antropológicos: referem-se aos conceitos de vontade, interesse necessidade, decisão e ação.

Essa classificação, ainda que não termine com as discussões doutrinárias, tem o mérito de apresentar uma clara distinção entre princípios e valores. Na teoria de Alexy (1993, p. 83), portanto, os princípios não devem ser confundidos com valores, mas, ao igual que as regras, são conceitos deontológicos, na medida em que determinam algo que “deve ser”.

Todavia, princípios e regras também não devem ser confundidos. De acordo com Alexy (1993, p. 86), o critério decisivo utilizado para distinguir os princípios das regras é que os primeiros são normas que mandam que algo seja realizado da melhor maneira possível, sendo, portanto, *comandos de otimização*, caracterizados por poderem ser cumpridos em diferentes graus, segundo as con-

dições fáticas e jurídicas<sup>1</sup>, estando estas últimas determinadas pelas regras e pelos princípios opostos.

As regras, por outro lado, são normas que ou são cumpridas, ou não o são. Se uma regra é válida, deve-se fazer exatamente o que exige, nem mais nem menos. Assim, “las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible” (ALEXY, 1993, p. 87).

Essa diferença entre os princípios e as regras proposta por Alexy (1993, p. 85) inova em relação à tradicional posição que defende que a distinção entre ambos é apenas de grau, isto é, que afirma que o princípio é geral e a regra é específica.

Outra importante diferença entre os princípios e as regras é a forma como se solucionam os conflitos entre cada um desses tipos de norma. Assim, na medida em que no sistema jurídico não se aceitam contradições, o conflito entre regras resolve-se declarando a invalidade de uma delas ou introduzindo uma cláusula de exceção que admita o pressuposto da outra<sup>2</sup> (ALEXY, 1993, p. 88). Já no caso de conflito entre princípios, um deles deve ceder ao outro, mas sem a necessidade nem o risco de se ter que declarar a invalidade de algum dos dois, pois ambos podem coexistir no sistema. Alexy (1993, p. 90) chama isso de “lei de colisão”. A discussão, em qualquer caso, centra-se em saber quais critérios devem ser utilizados para determinar a precedência de um princípio sobre o outro, o que depende de cada caso concreto, já que, sendo comandos de otimização, não é possível falar de uma precedência absoluta ou abstrata, mas de uma precedência condicionada às circunstâncias do caso concreto<sup>3</sup> (ALEXY, 1993, p. 95).

Desse modo, pode-se observar que a solução do conflito entre regras encontra-se no âmbito da validade, enquanto que o conflito entre princípios se

1 As condições jurídicas determinam a máxima de proporcionalidade dos princípios, os que, por sua vez, determinarão a solução do conflito entre eles. Já as possibilidades fáticas referem-se às máximas de adequação e necessidade que os princípios deverão seguir em cada caso concreto.

2 Essa possibilidade abre espaço para uma forte discussão política, uma vez que a “introdução de uma cláusula de exceção” teria impacto sobre a teoria de separação de poderes: como poderia o aplicador do Direito resolver tais questões que não foram enfrentadas pelo político, legitimamente eleito? Em outras palavras, pode o juiz legislar? Sabemos que aqui reside o fecundo ponto de discussão à obra de Alexy (1988), não se constituindo, neste breve texto, nosso objetivo.

3 Habermas (2003) questiona defender que um juiz possa “preferir” um princípio a outro, pois isso implica retirar-lhes seu caráter deontológico, passando a conferir-lhes uma natureza axiológica.

encontra no âmbito da ponderação, isto é, da busca pelo princípio com maior peso<sup>4</sup> (ALEXY, 1993, p. 89).

Contudo, não todos os princípios apresentam sempre igual caráter *prima facie*, nem todas as regras têm o mesmo caráter definitivo, como o propõe Dworkin (1984). Aceitar isso implicaria ignorar a complexidade da realidade. Por isso, Alexy propõe um modelo diferenciado tanto para as regras (baseado na criação de cláusulas de exceção que capazes de garantir a coexistência das regras em conflito<sup>5</sup>), como para os princípios (fundado na atribuição de diferentes pesos a cada princípio de acordo com o caso concreto).

Outra diferença entre os princípios e as regras é que os primeiros são razões para as segundas. Contudo, isso não impede que os princípios não possam ser também razões imediatas para juízos concretos de “dever ser”, nem que as regras não possam ser razões para outras regras. A distinção reside em que as regras estabelecem razões definitivas (outorgam direitos definitivos), ao passo que os princípios são apenas razões *prima facie*, nunca chegando a serem razões definitivas, mas critérios ou justificações para aplicações concretas (indicando qual direito deve ser o preferido) (ALEXY, 1993, p. 99).

Finalmente, outra diferença é que os princípios apresentam um alto grau de indeterminação na medida em que não estão referidos a possibilidades do mundo real ou normativo, como acontece com as regras<sup>6</sup>.

De qualquer forma, é justamente esse alto grau de indeterminação dos princípios o que se tem tornado a desculpa perfeita para a emissão de sentenças com elevada carga de discricionariedade e pouca de racionalidade (ÁVILA, 2008; STRECK, 2012), colocando o risco a própria democracia.

---

4 Quando excepcionalmente um princípio é contrário ao ordenamento jurídico, o conflito se resolve no âmbito da validade como no caso das regras (ALEXY, 1993, p. 105).

5 Outro aspecto que reforça o caráter diferenciado das regras é a presença dos princípios formais, ou seja, daqueles que estabelecem quando as regras instituídas por uma autoridade legítima devem ser seguidas, conferindo certo caráter *prima facie* a esse tipo de regras. Contudo, nesses casos, o decisivo para caracterizar essas regras como tais é a força da autoridade que está por detrás delas, e não a regra em si (ALEXY, 1993, p. 100).

6 Günther (1993), diferentemente de Alexy, entende que o grau maior de indeterminação dos princípios, em relação às regras, deriva da forma como são aplicados e não da sua estrutura.



## 2. Tribunais Constitucionais

Ensina Gascón (1983) que a opção de Kelsen de criar um órgão especial para o controle de constitucionalidade das leis decorreu da tentativa de conciliar a defesa da constituição e a liberdade política do Legislativo, assim como derivou da necessidade de recuperar a aplicação racional e controlável do Direito. Com essa finalidade, Kelsen propôs a criação de tribunais constitucionais, cuja função seria apenas a de julgar a compatibilidade lógica entre dois enunciados normativos, perfeitamente cristalizados, mas carentes de qualquer referência fática.

A proposta de Kelsen guardava coerência com sua concepção de constituição, considerada precipuamente uma norma de organização e de procedimento de criação de outras normas que, embora pudesse indicar o conteúdo das outras normas a serem criadas, não podia fundar-se em um sistema de valores e princípios. A defesa kelseniana do caráter formal da constituição resultava essencial para garantir não apenas a possibilidade de um juízo lógico-racional sobre a validade das normas infraconstitucionais, mas também como forma de reconhecer e respeitar a liberdade política do Legislativo na criação dessas normas.

As circunstâncias jurídico-políticas do início do século XX, isto é, a necessidade de consolidar o Estado de Direito, exigia um modelo de controle de constitucionalidade que não ferisse a independência do Legislativo. Daí a proposta kelseniana de rejeitar qualquer tipo de expressão vaga ou ambígua nos enunciados normativos constitucionais que pudessem comprometer a imparcialidade e exatidão lógica do juiz constitucional no exercício do controle normativo.

Desse modo, expressões como “justiça”, “igualdade”, “liberdade” não deveriam estar presentes nas constituições, pois não seria admissível que um tribunal constitucional anulasse, por exemplo, uma lei invocando ela ser injusta, na medida em que o conceito de justiça do juiz constitucional poderia não coincidir com o da maioria da população. Portanto, “la constitución debe, especialmente si crea un Tribunal constitucional, abstenerse de todo este tipo de fraseología y, si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, formularlas del modo más preciso posible” (KELSEN, 1988, p. 143).

Contra esse subjetivismo na função jurisdicional, Gascón Abellán (2003, p. 168) sintetiza magistralmente a proposta de Kelsen com as seguintes palavras:

en primer lugar, verificar un juicio abstracto de normas donde quedase excluida toda ponderación de los valores e intereses que subyacen a la ley o a los hechos que son objeto de su aplicación, por cuanto tales valores e intereses son la fuente y vehículo de la subjetividad e ideología; y, en, segundo término, adoptar como exclusivo parámetro de enjuiciamiento una constitución concebida como regla procedimental y de organización, y no como generadora de problemas morales y substantivos.

Contudo, essas ideias não perduram no tempo. A grande maioria das constituições elaboradas após a Segunda Guerra Mundial caracteriza-se por possuir um grande número de normas-princípio com conteúdos abertos, vagos e imprecisos, aumentando significativamente as possibilidades de uma norma infraconstitucional entrar em conflito com a Lei Maior e, conseqüentemente, ser anulada pelo tribunal constitucional.

A questão é que, nesse processo, o tribunal constitucional não apenas anula a liberdade política do Poder Legislativo, mas também a vontade popular que está por detrás, levantando o questionamento a respeito da sua legitimidade, haja vista seus membros não terem sido democraticamente eleitos pelo povo.

Todavia, quando as constituições estavam compostas apenas de normas-regra, era mais fácil determinar se o tribunal constitucional tinha se “excedido” na sua função de guardião da constituição, entretanto, perante a ambivalência das normas-princípio, como determinar os excessos?

### **3. O Princípio Democrático**

No início do século XX, criaram-se os tribunais constitucionais como uma alternativa na procura de um órgão especializado e autônomo para resolver os conflitos em torno da defesa da constituição.

Defendia-se que os tribunais constitucionais estariam, nas sociedades contemporâneas, acima das disputas políticas, garantindo-se, assim, o equilíbrio do sistema político constitucional vigente e o próprio princípio da separação de poderes (SAMPAIO, 2002, p. 62).

Na verdade, essa formulação significava a ressurreição dos princípios identificadores da monarquia, na qual a pessoa do rei, com sua pretensa neutralidade e o caráter apolítico das suas decisões, era considerada a figura determinante para o equilíbrio do sistema. Do ponto de vista do referencial histórico, a solução

encontrada pela nobreza para sua própria domesticação (LIEVEN, 1995, p. 46 e ss.) foi um sintoma da sua “rendição a valores republicanos” (RIBEIRO, 2001, p. 32). De maneira semelhante, a magistratura recuperava, por meio da tarefa de interpretar e determinar a aplicação de uma constituição, seu prestígio e status social, perdidos desde a queda dos privilégios com a Revolução Francesa. Todavia, esse papel atribuído aos tribunais constitucionais os transformava em “pais da sociedade”, no sentido da condição tradicional da paternidade provedora de todos os bens – materiais e imateriais – da família (MAUS, 1989, p. 123 e ss.).

Reforçado por esse espectro angelical, o discurso favorável aos tribunais constitucionais apontava a sua condição de desarmados frente aos demais poderes do Estado, remetendo o teor de suas decisões, seu comportamento e o de seus membros, para o campo exclusivo do debate entre coragem e covardia: resistir – como efetivamente podem legislativo e, principalmente, executivo – às decisões dos tribunais constitucionais seria um gesto incivilizado. A afirmação de G. Rosenberg (1993, p. 15), baseada nas reflexões do Federalista, é exemplar: “*Courts decisions, requiring people to act, are not selfexecuting. But as Hamilton pointed out two centuries ago in The Federalist Papers (1787-88), courts lack such powers. Indeed, it is for this reason more than any other that Hamilton emphasized the courts’ character as the least dangerous branch. (...) “[The court] has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither FORCE or WILL but merely judgment; and must ultimately depend upon the aim of the executive arm even for the efficacy of its judgments*”<sup>7</sup>. É verdade que juízes não dispõem de armas. Talvez pelo fato de não serem elas necessárias. Thomas Flory (1981) ensina que, por exemplo, a Coroa portuguesa, ao desejar a regulação de aspectos cruciais da vida na colônia, raramente enviava tropas, intendentos ou coletores; enviava frequentemente juízes com poderes de administração.

Nesse panorama, surge o dilema: por um lado, o controle da constitucionalidade de atos e leis, enquanto precioso instrumento para o funcionamento

7 “As decisões dos tribunais requerem que as pessoas ajam, pois não são auto-executáveis. No entanto, conforme apontou Hamilton há dois séculos em O Federalista (1787-88), os tribunais não têm esse poder. Precisamente, por esse motivo mais do que por qualquer outro, Hamilton enfatizou que o poder dos tribunais era menos perigoso do que dos outros dois poderes (...) “[O Tribunal] não tem influência sobre a espada nem sobre a carteira; não dirige a força nem a riqueza da sociedade; e também não intervém a respeito. Poderia até ser correto afirmar que não tem nem FORÇA nem VONTADE, mas apenas julga, dependendo do Executivo para garantir a eficácia dos seus julgamentos” (Tradução livre dos autores)

razoável da separação de poderes e para a garantia contra os abusos de quem tem o poder; e, por outro, o exercício desta atividade por quem não possui legitimidade popular alguma, na medida em que a composição dos tribunais não é produto da apreciação direta do povo, mas sim um resultado da escolha dos representantes, não satisfazendo os requisitos de uma teoria da democracia. Por este modo de ver, os tribunais constitucionais – nos dias de hoje – chamados diariamente à agenda política das sociedades, transformam-se em autênticos *policy makers*, constroem decisões sobre temas polêmicos nas sociedades, os quais permanecerão por muito tempo em vigor (em muitos casos, esta vigência supera aquelas da lei). O que incomoda, e talvez por isso mesmo seja silenciado, é que os membros destes tribunais não passam pelo crivo de uma eleição direta e, discursivamente, não se sentem obrigados à dar satisfações ao mesmo povo para o qual também governam.

De qualquer forma, com o objetivo de dissipar a possibilidade de qualquer dúvida, gostaríamos de ressaltar, na condição de pressuposto, que a crítica ao controle jurisdicional da constitucionalidade aqui exposta não possui identificação com nenhuma matriz teórica sustentada pelo denominado “decisionismo político”, especialmente a que tem em Carl Schmitt um de seus mais expressivos representantes. A defesa da radicalidade da soberania popular, com o eventual retorno das prerrogativas de atuação do Poder Legislativo para o espaço da política, não significa a superposição do político sobre o Direito, já que isso implicaria uma inversão do Estado Democrático de Direito. A consolidação da democracia com a necessária democratização de todos os processos decisórios na sociedade é um argumento que, a nosso ver, afasta a aplicação dos conceitos do decisionismo político à crítica aqui exercida ao controle jurisdicional da constitucionalidade.

Sem dúvida, a jurisdição constitucional não deixou de ser uma “questão central”, seja para o direito político positivado, seja para parte fundamental de uma nova concepção de direito constitucional, identificada com parâmetros de uma teoria de características democráticas. Isso é reconhecido até mesmo Schmitt (1993), um dos mais contundentes críticos da jurisdição constitucional. Ser uma questão central, tanto da teoria política como da teoria constitucional, não implica que a jurisdição constitucional seja uma inevitabilidade, ou que a sua não inclusão nos textos constitucionais represente um déficit a ser o mais rápido possível remediado.

Na sua Teoria da Constituição (*Verfassungslehre*) afirma Carl Schmitt (1993, p. 9) que “Na verdade, uma constituição vale porque emana de um poder constituinte, que determina sua vontade”. O conteúdo metafísico (CRISTI, 2000, p. 1749) desta afirmação justifica, para Schmitt, tanto a existência de uma constituição autoritária como aquela de orientação democrática.

O decisionismo político superdimensiona a força das relações políticas, fazendo com que este poder de imposição política – seja de que forma for – ultrapasse os limites da racionalidade democrática. Visto sob este ângulo, o poder do político nada mais é do que noção do conceito redivivo de razão de Estado a determinar e justificar qualquer ação do Estado, legitimada pelo interesse da segurança, da governabilidade. A discussão que pretendemos trazer aqui abandona, por instantes, as categorias tradicionais sobre as quais se debate o controle da constitucionalidade. No Brasil, temas como pertinência temática, legitimidade ativa, tipos de ações de controle concentrado e sua regulamentação esgotam, na grande maioria das vezes, o tema sem que se indague sobre as consequências políticas daí advindas.

É, pois, nesse eixo – de ultrapassagem dos limites da dogmática jurídica tradicional - que a retomada da teoria política da democracia para exame do controle de constitucionalidade deve ser efetivada, e jamais numa perspectiva de submeter todos os pontos da teoria constitucional ao sabor das decisões políticas, de forma a moldar uma constituição democrática aos desejos não definitivos produzidos pela luta política.

Essa recuperação há de considerar de forma imprescindível a sua melhor e mais sincera origem historicamente localizada, isto é, os parâmetros da radicalidade democrática iluminista de que sempre se serviu a defesa e o aperfeiçoamento de qualquer experiência democrática, renovando seu potencial crítico, tornando-se um lenitivo para os que se recusam a discutir a aplicação e o controle da constitucionalidade apenas a partir de temas, como acima dissemos, sobre o alcance, efeito e vinculação da decisão; legitimidade ativa e passiva; via processual adequada, competência dos tribunais etc. A transparência na formação dos tribunais constitucionais e a resignação com o convencimento de que seus membros devem enfrentar olhar do povo bem podem fortalecer, novamente, a democracia direta e a representativa.

Desse modo, a importância da recuperação do conceito de soberania popular surge como critério diferenciador da qualidade de uma democracia cons-

titucional, ainda que tenha sido recebida com ceticismo ou desdém por setores e discursos historicamente descrentes da capacidade de organização do povo.

Precedente a essa formulação encontra-se a sustentação conservadora de que a soberania popular é conceito e prática que pertencem a um passado eminentemente idealista, e que sua viabilidade limita-se ao instante constituinte, já que somente neste momento fica autorizado o recurso à soberania popular nas complexas e populosas sociedades modernas. O desenvolvimento deste pensamento circular já foi identificado por Ingeborg Maus. Oportunamente, critica esta Autora (1991, p. 137-138) as conhecidas argumentações de que, para as democracias da atualidade o preenchimento da condição legitimadora da soberania popular alcança apenas, como se disse, o momento constituinte. Sendo uma constituição o produto de uma ampla discussão, estaria satisfeito o critério da soberania popular, já que após a promulgação da constituição o próprio povo teria renunciado à soberania, consistindo o desafio da nova ordem constitucional, portanto, na realização da governabilidade. Agora, o povo não é mais soberano, já que ele e os poderes constituídos, todos, se acham sujeitos à constituição. Uma assembleia constituinte democrática, em outras palavras, seria o canto do cisne da soberania popular: reivindicada pelas distintas forças sociais para efetivação de transições políticas importantes, porém com data para sua morte, isto é, exatamente no momento em que seu rebento vem ao mundo.

O mais surpreendente é a aceitação quase unânime desta tese, o que torna a tarefa de construção de uma teoria da democracia ainda mais intrigante: recuperar o conceito de soberania popular para justificar sua prática constante, mesmo em sociedades que se organizaram constitucionalmente sob o comando da soberania popular, a qual deve permanecer com o povo e nunca nas mãos dos poderes constituídos, em especial dos que não se submetem ao regular processo de eleição direta.

O que se deixa constatar é que a opção por tribunais constitucionais não se desvincula do problema da governabilidade. Não bastassem os obstáculos teóricos impostos por uma teoria da democracia, os resultados do controle jurisdicional da constitucionalidade – pelo menos no caso brasileiro – denunciam uma nítida confusão entre governabilidade e razão de Estado por parte do tribunal constitucional, o Supremo Tribunal Federal. Aqui a governabilidade se deixou traduzir pela histórica adesão do Poder Judiciário, desde o período colonial, aos objetivos do Estado. O importante a ser observado é que, no dilema entre governabilidade e democracia, a opção do controle jurisdicional da constituciona-

lidade é clara pela governabilidade. Não poderia ser de outra maneira por duas razões. A primeira delas envolve a natureza da jurisdição constitucional como exercício jurisdicional político historicamente relacionado com a segurança jurídica de relações sociais; segurança baseada na necessidade de manutenção de um dado *status quo* político. A segunda razão – indissociável da primeira – é que o exercício da jurisdição constitucional confunde a atuação do tribunal constitucional como a tarefa principal da responsabilidade na manutenção da realidade institucional, irremediavelmente ligada ao passado. Neste segundo ponto, o papel da formação intelectual e cultural dos membros que compõem os tribunais constitucionais – com exceções, naturalmente – é fator fundamental e não há como ser relativizado. Como resultado de suas formações e conscientes de seus lugares na alta burocracia estatal, os integrantes dos tribunais constitucionais assumem para si a missão redentorista de manutenção da ordem, sendo que a maioria deles interpreta constituições, advindas de processos redemocratizantes, ávidos de transformações com os mesmos recursos hermenêuticos de outros tempos. Neste aspecto, tanto os casos da América Latina como alguns da Europa, comprovam a má-vontade dos tribunais constitucionais com inovações inseridas nos textos constitucionais e, mais ainda, com a ousadia do constituinte. Desse modo, a opção pela governabilidade é clara e tem apenas confirmado a vocação conservadora do Poder Judiciário. Não haveria, portanto, como uma reflexão sobre este ponto deixar de integrar críticas à existência da jurisdição constitucional.

Uma última palavra. Diversos dos desafios da construção da democracia no Brasil já foram resolvidos. Para a substancial republicanização de nossas instituições políticas, há ainda um considerável caminho a ser percorrido. Este caminho não poderá deixar de atentar, em caráter especial, para o papel da jurisdição constitucional, submetida à radicalidade democrática que haverá de ser, seja quanto à sua forma de expressão, seja quanto à natureza, composição e compromisso democráticos daqueles que se encarregarão da tarefa de cuidar constituições principiológicas.

## Conclusão

As constituições principiológicas reclamam do juiz constitucional o desenvolvimento de uma argumentação racional que fundamente sua decisão. A

tradicional concepção do juiz como apenas um agente que realiza uma função lógica formal de subsunção de normas deve considerar-se superada. A atual argumentação jurídica reclama uma forma de argumentação moral institucionalizada, na medida em que nenhum operador de direito é independente ou alheio às concepções morais existentes na sua sociedade (GASCÓN ABELLÁN, 2003 p. 185).

Esse novo papel dos tribunais constitucionais, perante as constituições principiológicas, levanta a questão de se esses órgãos têm abandonado o sistema lógico-formal kelseniano, para se tornarem tribunais cujas decisões são apenas uma coleção de decisões políticas e subjetivas, como criticava Schmitt.

Na verdade, ambas as posições radicais devem ser consideradas superadas. A posição dos tribunais constitucionais está a meio caminho entre a mais ingênua escola exegética e o estéril subjetivismo. Nesse espaço é que “puede fructificar la argumentación racional que sirva de base a una doctrina de la interpretación que, en opinión nada exagerada se presenta como ‘el núcleo mismo de la teoría de la constitución y del derecho constitucional’” (GASCÓN ABELLÁN, 2003, p. 191).

Não se trata, entretanto, de afirmar que uma argumentação moral é totalmente objetiva ou que possui um valor jurídico em si próprio, mas de evitar a irracionalidade ou arbitrariedade do sistema por meio, precisamente, de uma argumentação jurídica racional fundada em postulados morais vigentes no povo, titular da soberania, evitando a fundamentação baseada em opiniões ou valores exclusivos do juiz. Trata-se da histórica tensão entre governabilidade e democracia.

Nesse sentido, a argumentação jurídica do juiz constitucional, diferentemente da racionalidade política utilizada pelo legislador no momento de concretizar alguma norma constitucional abstrata, deve fundar-se em razões que possam alcançar a aceitação geral (OTTO, 1981, p. 1937). A racionalidade política, pelo contrário, argumenta-se a partir dos fins que persegue, ou seja, baseia-se em cálculos de fins e meios e consequências. Poder-se-ia afirmar que a racionalidade política “olha para o futuro”, enquanto a argumentação jurídica “olha desde o passado” (MAC CORMICK, 1978, p. 179).



## Referências

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 5, Madri: Doxa, p. 139-151, 1988.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2008.

CRISTI, Renato. The Metaphysics of Constituent Power: Schmitt and the Genesis of Chile's 1980 Constitution. **Cardozo Law Review**, v. 21, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel, 1984.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Los límites de la Justicia Constitucional. In: LAPORTA, Francisco J. (Ed.) **Constitución: problemas filosóficos**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 165-191.

GÜNTHER, Klaus. **Application discourses in morality and law**. The sense of appropriateness. Albany: State University of New York, 1993.

FLORY, Thomas. **Judges and Jury in Imperial Brazil, 1808-1871 – Social Control and Political Stability in the New State**. Austin and London: University of Texas Press, 1981.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

KELSEN, Hans. La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional). In: **Escritos sobre la democracia y el socialismo**. Madri: Debate, 1988. p. 109-155.

LIEVEN, Dominic. **Abschied von Macht und Würden - Der europäische Adel 1815-1914**. Frankfurt/M: S. Fischer, 1995.

MAC CORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Clarendon Press, 1978.

MAUS, Ingeborg. Sinn und Bedeutung der Volkssouveränität in der Modernen Gesellschaft. **Kritische Justiz**, Jahrgang, n. 24, 1991.

MAUS, Ingeborg. Justiz als gesellschaftliches Über-Ich – Zur Funktion von Rechtsprechung in der vaterlosen Gesellschaft. In: FAULSTICH, Werner; GRIMM, Gunter E. **Sturz der Götter?** Vaterbild im 20. Jahrhundert, Frankfurt/M: Suhrkamp, 1989.

OTTO, Ignacio de. La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional. In: V. V. A. A. **El Tribunal Constitucional**, vol. I. Madrid: IEF, 1981, p. 1935-1951.

RIBEIRO, Renato Janine. **A República**. São Paulo: Publifolha, 2001.

ROSENBERG, Gerald N. **The Hollow Hope** – Can courts bring about social change? Chicago and London: The University of Chicago Press, 1993.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Lúmen Juris, 2006.

SCHMITT, Carl. **Verfassungslehre, achte Auflage**. Berlin: Duncker & Humblot, 1993.

STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso** – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. São Paulo: Saraiva, 2012.



# A Privacidade como um Bem Coletivo Constitucional: Reflexões a Partir do Caso Snowden

*Mikhail Vieira Cancelier de Olivo  
José Isaac Pilati*

## Introdução

“A privacidade, disse, era uma coisa muito valiosa. Todo mundo queria ter um lugar em que pudesse estar a sós de vez em quando” (ORWELL, 2009, p.166). Catástrofes e totalitarismos a parte, trinta anos depois do “1984” idealizado por Orwell, o Grande Irmão tão combatido por Winston está presente e consolidado na rotina da sociedade contemporânea. Câmeras de segurança – que saíram das lojas e Bancos e ganharam as ruas –, *drones*<sup>1</sup>, sensoriamento remoto<sup>2</sup>, bancos de dados informatizados, dentre tantas outras ferramentas, imperceptivelmente coletam e estocam informações de todos, sem discriminação ou motivo.

Os acontecimentos de 11 de setembro de 2001 apresentaram ao mundo um novo inimigo, muito à feição dessa prática totalitária; com definição maleável ao extremo, a ideia de “Terrorismo” foi ampliando suas fronteiras ao ponto de adjetivar um largo espectro de coisas, fatos e pessoas. Em nome do combate a esse “mal” sem feições que nos ameaça da penumbra, a “Segurança Nacional” passou a justificar a excepcionalidade no tratamento de direitos fundamentais como a vida, a liberdade, e a privacidade – o que nos identifica de certa forma

---

1 “Worried about spying? Maybe you need a personal drone detection system”. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/technology/2014/jun/19/spying-personal-drone-detection-system-kickstarter>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

2 Para mais informações indica-se a leitura de “Sensoriamento remoto e propriedade intelectual: a proteção jurídica das imagens geradas por satélites e suas formas de contratação” (OLIVO, 2013). Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/107352/317825.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

com o Winston de Orwell, que se sente solitário por não poder nunca ficar sozinho.

Foi assim que, ultrapassando as barreiras espionagem interestatal desenvolvida e aperfeiçoada por Governos em guerra no século XX, chegou-se ao quadro atual marcado pela desfiguração do direito à privacidade. Hoje – teorias da conspiração à parte –, todos somos “espionados”. Mais do que isso, nós mesmos optamos por contribuir espontaneamente com essa transformação; a privacidade se tornou uma moeda de troca que constantemente utilizamos em nome de conveniências e facilidades (FRANKEL, 2013).

Nessas condições, é preciso dizer, não há qualquer novidade nesses fatos. Nas últimas décadas o comportamento invasivo tornou-se rotineiro e, diariamente, temos nossa privacidade violada nos mais diversos níveis e, de alguma forma, temos consciência disso. É igualmente importante ressaltar que o desenvolvimento das tecnologias de coleta de dados também é importante para a sociedade, e contribui para sua segurança e organização. A questão é de equilíbrio.

A violação, entretanto, sempre pareceu “distante”, passando despercebida. Mas em 06 de junho de 2013 ganhou forma e revelou-se aos olhos de todos. Nessa data, o jornal britânico *The Guardian* publicava o maior vazamento de informações da Agência de Segurança Nacional norte-americana<sup>3</sup> (NSA, na sigla em inglês<sup>4</sup>), responsável, como se ficou sabendo, por uma imensa rede de programas, operada nacional e internacionalmente, de coletas de dados em massa. Rapidamente, o caso tomou proporções equivalentes a sua importância e a questão da privacidade ganhou os holofotes da mídia e de toda a comunidade internacional.

Passado mais de um ano desde que – agora com notoriedade – Edward Snowden (ex-funcionário da NSA) entregou seus documentos ao jornalista Glenn Greenwald, iniciando o debate acerca dos limites à invasão da privacidade, o tema permanece na pauta e novos desdobramentos surgem a cada dia. Este artigo ocupa-se do tema, e partindo das informações de Snowden propõe-

---

3 *The 29-year-old source behind the biggest intelligence leak in the NSA's history explains his motives, his uncertain future and why he never intended on hiding in the shadows* (GLENN; MACASKILL; POITRAS, 2013). Disponível em: <<http://www.theguardian.com/world/2013/jun/09/edward-snowden-nsa-whistleblower-surveillance>>. Acesso em 12 jun. 2014.

4 *National Security Agency*.

-se analisar e discutir a nova configuração, e as novas possibilidades de violação do direito fundamental à privacidade.

## 1. O Caso Snowden

Os acontecimentos desencadeados por Snowden no início de 2013 foram tão importantes que estão sendo adaptados para o cinema<sup>5</sup>. Snowden fora assistente técnico da CIA<sup>6</sup> e fizera carreira trabalhando, nos últimos cinco anos (MACASKILL, 2013)<sup>7</sup>, em empresas privadas de inteligência que prestam serviços para a NSA. No início de 2013 ele assumiu um posto na *Booz Allen Hamilton* – empresa ligada à Agência norte-americana – no Havaí (ESPOSITO; COLE; SCHONE, 2014)<sup>8</sup>.

Durante o período no Havaí, fez o “download” de documentos secretos relacionados a atividades de inteligência dos Estados Unidos e de parceiros internacionais (ESPOSITO; COLE; SCHONE, 2014)<sup>9</sup>. Realizada a compilação, solicitou ao seu supervisor algumas semanas de férias (GLENN; MACASKILL; POITRAS, 2013)<sup>10</sup> e seguiu para Hong Kong, onde encontraria o jornalista

5 O diretor de *The Doors*, *JFK*, *Platoon* e *Nascido em 4 de Julho*, Oliver Stone, será o responsável por adaptar para as telonas o livro *Os Arquivos Snowden: A História Secreta do Homem Mais Procurado no Mundo*, sobre o homem que revelou informações sigilosas sobre o funcionamento e os métodos de espionagem da NSA (Agência de Segurança dos Estados Unidos), Edward Snowden. Disponível em: <<http://rollingstone.uol.com.br/noticia/diretor-de-iplatooni-e-i-doorsi-comandara-filme-sobre-edward-snowden/>>. Acesso em: 12 jun. 2014.

6 Central de Inteligência Americana, criada em 1947 pelo Presidente Harry S. Truman. Disponível em: <<https://www.cia.gov/about-cia>>. Acesso em: 12 jun. 2014.

7 *The individual responsible for one of the most significant leaks in US political history is Edward Snowden, a 29-year-old former technical assistant for the CIA and current employee of the defence contractor Booz Allen Hamilton. Snowden has been working at the National Security Agency for the last four years as an employee of various outside contractors, including Booz Allen and Dell.*

8 *Snowden, now 30, is a former systems administrator for the CIA who later went to work for the private intelligence contractor Dell inside a National Security Agency outpost in Japan. In early 2013, he went to work for Booz Allen Hamilton inside the NSA center in Hawaii.*

9 *While working for the contractors, Snowden downloaded secret documents related to U.S. intelligence activities and partnerships with foreign allies [...].* Disponível em: <<http://www.nbcnews.com/storyline/nsa-snooping/exclusive-edward-snowden-gives-wide-ranging-interview-brian-williams-n110351>>. Acesso em: 12 jun. 2014.

10 *Three weeks ago, Snowden made final preparations that resulted in last week's series of blockbuster news stories. At the NSA office in Hawaii where he was working, he copied the last set of documents he intended*

Greenwald e a Cineasta Laura Poitras, responsáveis pela elaboração das entrevistas e imagens posteriormente divulgadas (ESPOSITO; COLE; SCHONE, 2014)<sup>11</sup> no *The Guardian* e no *The Washington Post*, primeiros jornais a apresentar a denúncia.

Tão logo as notícias foram publicadas, o governo norte-americano acusou Snowden de espionagem e revogou seu passaporte. Ele, então, partiu para Moscou (Rússia), onde “morou” no aeroporto por volta de um mês, enquanto seu pedido de asilo político era analisado por mais de 20 países. Finalmente, recebeu o aceite temporário da Rússia, onde mora desde então (ESPOSITO; COLE; SCHONE, 2014)<sup>12</sup>. Calcula-se que o agente tenha copiado em torno de 1.7 milhões de documentos.

Na entrevista, Edward Snowden apresentou provas de que a NSA monitora milhões de telefones e dados de usuários online, nos Estados Unidos e em países estrangeiros<sup>13</sup>; a Agência teria acesso a servidores de empresas como *Google*, *Facebook*, *Skype* e *Apple*<sup>14</sup>; o monitoramento faria parte de programa de espionagem chamado *Prism*<sup>15</sup>, que permite aos agentes coletar diversos tipos de materiais como histórico de internet, conteúdo de e-mails e *chats*, e transferências de arquivos.

---

*to disclose. He then advised his NSA supervisor that he needed to be away from work for “a couple of weeks” in order to receive treatment for epilepsy, a condition he learned he suffers from after a series of seizures last year.* Disponível em : <<http://www.theguardian.com/world/2013/jun/09/edward-snowden-nsa-whistleblower-surveillance>>. Acesso em: 12 jun. 2014.

- 11 On May 20, 2013, Snowden went to Hong Kong to meet with Greenwald and with filmmaker Laura Poitras. The first articles about his documents appeared in the *Guardian* and *The Washington Post* in early June, as did a taped interview with Snowden. Disponível em : <<http://www.nbcnews.com/storyline/nsa-snooping/exclusive-edward-snowden-gives-wide-ranging-interview-brian-williams-n110351>>. Acesso em: 12 jun. 2014.
- 12 The U.S. government charged Snowden with espionage and revoked his passport. Snowden flew to Moscow on June 23, but was unable to continue en route to Latin America because he no longer had a passport. After living in the airport transit area for more than a month, and applying for asylum in more than 21 countries, he was granted temporary asylum in Russia, where he has been living ever since. Disponível em : <<http://www.nbcnews.com/storyline/nsa-snooping/exclusive-edward-snowden-gives-wide-ranging-interview-brian-williams-n110351>>. Acesso em: 12 jun. 2014.
- 13 Disponível em : <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2013/06/1292368-ex-tecnico-da-cia-foi-o-responsavel-por-revelar-monitoramento-nos-eua.shtml>>. Acesso em: 12 jun. 2014.
- 14 Disponível em : <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/06/130610\\_snowden\\_perfil\\_cc.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/06/130610_snowden_perfil_cc.shtml)>. Acesso em: 12 jun. 2014.
- 15 Disponível em : <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/06/130610\\_snowden\\_perfil\\_cc.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/06/130610_snowden_perfil_cc.shtml)>. Acesso em: 12 jun. 2014.

Snowden acusou a NSA de estar construindo uma infraestrutura tecnológica que permite a interceptação de praticamente qualquer tipo de informação. Com esse aparato, seria possível rastrear a comunicação de qualquer pessoa automaticamente, sem nenhuma forma de controle prévio<sup>16</sup>. Com base nos documentos apresentados, por exemplo, verificou-se que o Brasil teve 2.3 bilhões de telefonemas e mensagens de e-mail espionados<sup>17</sup>. Para além da comunidade em geral, autoridades políticas, como a Presidente Dilma Rousseff e a Chanceler alemã Angela Merkel também tiveram suas comunicações (via telefone e internet) violadas, gerando a exigência de ainda mais explicações.

As acusações foram reconhecidas pela Casa Branca que, contudo logo alertou para o fato de que o objeto das coletas eram os *metadados* e não o conteúdo neles contido. O termo *metadado* (*metadada*, em inglês) passou, então a ser comumente utilizado. Esse tipo de informação refere-se, por exemplo, à hora e ao local de uma ligação telefônica, mas não ao teor do que foi conversado nessa ligação. Tal separação é mais facilmente perceptível em meios *off-line*, como o telefone; já nos meios de comunicação *online*, sobretudo quando se trata de e-mails, a diferença fica menos evidente. Desde então, a maneira como esses dados são classificados tornou-se um dos principais pontos levantados pela NSA para se defender das acusações de desrespeito à privacidade.

A Senadora democrata, Presidente da Comissão de Inteligência do Senado, declarou que o programa de coleta massiva de informações telefônicas não poderia ser considerado como uma forma de “vigilância” do cidadão, haja vista não acessar o conteúdo das comunicações, mas tão somente números de telefone, chamadas feitas e recebidas e duração das chamadas (LEWIS, 2013)<sup>18</sup>. Por outro lado, críticos da política de vigilância norte-americana, discordaram veementemente desse tipo de afirmação a defender que a coleta efetuada ultrapassa em muito os limites originalmente previstos pelo Congresso e que as in-

---

16 *The NSA has built an infrastructure that allows it to intercept almost everything. With this capability, the vast majority of human communications are automatically ingested without targeting.* Disponível em: < <http://www.theguardian.com/world/2013/jun/09/nsa-whistleblower-edward-snowden-why>>. Acesso em: 12 jun. 2014.

17 Disponível em: < [http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/07/130708\\_brasil\\_snowden\\_dg.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/07/130708_brasil_snowden_dg.shtml) >. Acesso em: 12 jun. 2014.

18 *“The call-records program is not surveillance. It does not collect the content of any communication, nor do the records include names or locations. The NSA only collects the type of information found on a telephone bill: phone numbers of calls placed and received, the time of the calls and duration”.*



formações coletadas – mesmo que o sejam em moldes gerais – são, sim, pessoais, permitindo a construção de um perfil mais detalhado das pessoas analisadas<sup>19</sup>.

Contudo, para além do objeto analisado, a principal justificativa para a tutela da privacidade praticada pela NSA é a Segurança Nacional, que tem como seu maior objetivo o combate ao Terrorismo. A NSA ressalta, constantemente, que se os programas de vigilância existissem antes do “11 de setembro”, o ataque, possivelmente, não teria acontecido<sup>20</sup>. Tal argumento, contudo, abriu ainda mais o leque de respostas. Por exemplo, expôs-se o fato de que, apesar da falha, as Agências de Inteligência já possuíam a capacidade de levantar informações importantes ao combate ao Terrorismo antes dos ataques de 2001. Além disso, estudos recentes<sup>21</sup> apontam que a maioria dos norte-americanos acredita que a preservação de seus direitos como cidadãos é mais importante do que a prevenção de ataques terroristas.

As reações negativas aos atos revelados foram as mais diversas. A sociedade (re)tomou conhecimento de seu direito à privacidade e as empresas envolvidas – como Google, Apple e Facebook – acionaram o Judiciário para poderem ser mais transparentes com seus usuários<sup>22</sup>. O Congresso americano e o Presidente Barack Obama reconheceram a necessidade de reformas na política de coleta de dados da NSA e, recentemente, foi aprovado um projeto de lei que pretende encerrar a coleta indiscriminada de *metadados* da sociedade (ESPOSITO; COLE; SCHONE, 2014)<sup>23</sup>

Em recente discurso no evento NETmundial<sup>24</sup>, a Presidente Dilma Rousseff disse que casos como os divulgados sobre a NSA “são e continuam a ser

19 Disponível em: <<http://www.theguardian.com/world/interactive/2013/nov/01/snowden-nsa-files-surveillance-revelations-decoded>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

20 Disponível em: <<http://www.theguardian.com/world/interactive/2013/nov/01/snowden-nsa-files-surveillance-revelations-decoded>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

21 Disponível em: <<http://www.theguardian.com/world/interactive/2013/nov/01/snowden-nsa-files-surveillance-revelations-decoded>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

22 Disponível em: <<http://www.theguardian.com/world/interactive/2013/nov/01/snowden-nsa-files-surveillance-revelations-decoded>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

23 *While working for the contractors, Snowden downloaded secret documents related to U.S. intelligence activities and partnerships with foreign allies [...]*. Disponível em: <<http://www.nbcnews.com/storyline/nsa-snooping/exclusive-edward-snowden-gives-wide-ranging-interview-brian-williams-n110351>>. Acesso em: 12 jun. 2014.

24 Disponível em: <<http://netmundial.br/pt/>>. Acesso em: 12 jun. 2014

inaceitáveis” e “atentam contra a própria natureza da Internet, aberta, plural e livre”; acrescentou que “a Internet que queremos só é possível num cenário de respeito dos direitos humanos, em particular a privacidade e a liberdade de expressão”; ressaltou que “os direitos que as pessoas têm *offline* também devem ser protegidos online” (BANCALEIRO, 2014).

## 2. Um Direito em Movimento: Da Garantia de Isolamento ao Controle de Informações

A privacidade é um conceito bastante maleável, e sua definição terminológica, por si só já suscita debates acirrados. A discussão sobre as diferenças entre ‘privacidade’ e ‘intimidade’ é constante nos trabalhos relacionados ao tema – como se comprova; de qualquer modo, embora a precisão semântica não seja tão relevante para a análise a ser proposta, cabe breve revisão terminológica.

Separando privacidade e intimidade, Mendes e Branco (2012, p.318) definem:

O direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público. O objeto do direito à intimidade seriam as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas.

Assim, a intimidade poderia ser considerada como espécie do gênero privacidade (COSTA JÚNIOR, 1995, p. 36). Por outro lado, Giannotti (1987, p.8,59,79) não diferencia privacidade de intimidade, sendo ambas as expressões relacionadas ao direito da personalidade garantidor ao ser humano de sua própria condição humana. Já Celso Lafer (1988, p. 239), fazendo uso da expressão “direito à intimidade”, caracteriza-o como “direito do indivíduo de estar só e a possibilidade que deve ter toda pessoa de excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ela só se refere, e que diz respeito ao seu modo de ser no âmbito da vida privada”.

Serpa (1994, p. 173), por outro lado, adota como base o direito à privacidade, definindo-o como:

[...] um modo específico de vivência pessoal, isolada, numa esfera reservada, consoante escolha espontânea do interessado, primordialmente dentre do grupo familiar efetivo, ou com maior insulamento, mas sempre sem uma notória forma de participação de terceiros, seja pelo resguardo contra a ingerência ou molestamento malévolo alheio, seja pela utilização da faculdade que se lhe é atribuída para razoável exclusão do conhecimento público, de dados, ações, ideias e emoções que lhe são peculiares.

Szaniawski (1993, p. 153) traz a expressão “direito ao respeito à vida privada”, apresentada como:

[...] uma tipificação dos direitos de personalidade, um direito subjetivo que consiste no poder de toda pessoa assegurar a proteção dos interesses extrapatrimoniais, de impedir a intrusão, a divulgação e a investigação, na sua vida privada, garantindo a paz, a liberdade da vida pessoal e familiar, criando o dever jurídico em relação a terceiros, de não se imiscuírem na vida privada alheia.

Divergências terminológicas a parte, queda-se, por ora, com o conceito de José Afonso da Silva (2009, p. 206):

Toma-se, pois, a privacidade como o conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito. A esfera de inviolabilidade, assim, é ampla, abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo.

A capacidade de adaptação a novas realidades é característica inerente à Privacidade. Quer-se dizer que o direito a esse bem é constantemente expandido ou retraído conforme o desenvolvimento de novas tecnologias, mudanças no padrão de comportamento social, ou nas políticas governamentais aplicadas. Basta, por exemplo, proceder com a comparação entre a qualificação do direito à privacidade presente no trabalho doutrinário inaugural acerca do tema: The

Right to Privacy, de Samuel Warren e Louis Brandeis, publicado em 15 de dezembro de 1890, na *Harvard Law Review*<sup>25</sup>.

Motivado pela divulgação não-autorizada, nos jornais da época, de determinados fatos constrangedores acerca do casamento de sua filha, Samuel Warren (que veio a se tornar juiz da Suprema Corte dos EUA), juntamente com Louis Brandeis deu início à construção da doutrina do *right to privacy*, em moldes adequados às necessidades da sociedade burguesa norte-americana do final do século XIX (DONEDA, 2000, p. 2). Dessa forma, o principal aspecto defendido pela doutrina era o “direito de estar só” (*the right to be alone*). Tal noção exclusivamente negativa do respectivo direito, de não sofrer intromissões externas, foi há muito tempo superada, dando lugar à “concepção positiva, de desenvolvimento de um aspecto da personalidade que possibilite ao titular do direito o controle das informações sobre sua vida pessoal.” (NOJIRI, 2005, p. 100)

Nesse sentido, Danilo Doneda (2000, p. 6):

A utilização de dados pessoais, em especial dos chamados dados “sensíveis” – histórico clínico, orientação religiosa, política e sexual, histórico trabalhista e outros – em bancos de dados informatizados tornou possível a descoberta de aspectos relevantíssimos da intimidade dos cidadãos. Esta possibilidade cresce muito mais quando são utilizados os banco de dados cruzados, ou seja, ao serem relacionadas informações de diversos bancos de dados. Tal uso pode ter como objetivo o controle social operado por um Estado ou organizações totalitárias, ou mesmo fornecer indicativos de um futuro comportamento para um comerciante ou para um provável empregador.

O autor continua (DONEDA, 2000, p. 7) e ressalta a evidencia do atentado à privacidade em tais movimentos. Assim, mais do que permitir o resguardo em face de intromissões e publicidades indevidas (exemplos da garantia de isolamento), a perspectiva de proteção da privacidade ganha maior abrangência, apresentando-se como a possibilidade do amplo controle de informações pessoais, inclusive facultando concessões nesse terreno (ARDENGI, 2012, p. 238).

---

25 Disponível em: <<http://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

### 3. Uma Nova Possibilidade: Direito Fundamental, Humano, de Personalidade e Coletivo

Elasticidade e capacidade de adaptação são características do conceito de privacidade, que são notadas quando se tenta estabelecer a classificação desse Direito. Contudo, é importante recordar que, nas palavras de Anderson Schreiber (2013, p. 13), a despeito da variedade de termos, todas “essas diferentes designações destinam-se a contemplar atributos da personalidade humana merecedores de proteção jurídica. O que muda é tão somente o plano em que a personalidade humana se manifesta”.

Assim, a Constituição brasileira de 1988 inclui o direito à privacidade no rol de garantias e direitos fundamentais, definindo como invioláveis “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (art. 5º, X). Trabalhando o dispositivo citado, Sidney Guerra (2006, p. 6-7), diz que:

[...] o constituinte preocupou-se em assegurar a inviolabilidade da intimidade e da vida privada – o primeiro rejeita qualquer espécie de interferência, quer pública quer privada, enquanto que o segundo rechaça a interferência do conhecimento público – pelo fato de tais direitos estarem sendo ameaçados, com bastante frequência, por investigações e divulgações ilegítimas, realizadas por aparelhos registradores de imagem, sons e dados, infinitamente sensíveis aos olhos e ouvidos.

Como procede com diversos outros direitos fundamentais (como honra e imagem), o legislador classifica o direito à privacidade como direito de personalidade, prevendo-o no art. 21, o qual define como inviolável a vida privada da pessoa natural. Na realidade, o direito a privacidade pode ser apresentado como exemplo da ciência jurídica contemporânea, “que vem superando o abismo [...] entre direito público e privado para reunificar as duas esferas em torno da unidade constitucional (SCHREIBER, 2013, p. 13)”.

Internacionalmente – manifestando-se dentre os direitos humanos –, a privacidade é objeto da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), que a protege em seu artigo 12, estabelecendo que “Ninguém sofrerá intromissões arbitrarias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação”; do Pacto da

Organização das Nações Unidas sobre Direitos Civis e Políticos (artigo 17<sup>26</sup>); da Convenção Americana de 1969 sobre os Direitos do Homem (artigo 11<sup>27</sup>); e da Convenção Europeia de 1950 sobre os Direitos do Homem (artigo 8<sup>28</sup>).

Tem-se, dessa forma, que a privacidade é direito *universal*, na medida em que basta a qualidade de pessoa para que seja atribuída ao seu titular; *perpétuo*, se constituindo com o nascimento da pessoa extinguindo-se apenas com a sua morte; *inato*, pois essencial em relação à pessoa; e *indisponível*<sup>29</sup>, unido ao sujeito originário por um nexó orgânico, que os torna inseparáveis (MAZUR, 2012, p. 34-35).

Com a presença constante e invasiva, e cada vez mais democrática, de novas tecnologias, os valores relacionados à privacidade, como vem sendo demonstrado, acabam por sofrer uma forte readequação conceitual. Dessa forma, permite-se, aqui, ir além da teorização moderna, que não possibilita classificações fora das molduras pública e privada, e analisar a privacidade sob um novo prisma: como um bem Coletivo, ou seja, um bem que se situa na esfera de titularidade da Sociedade, e não apenas do indivíduo.

A questão, então, ganha ainda maior amplitude, pois se constata que não apenas o indivíduo pode sofrer violação desse bem; transfere-se o problema para além da perspectiva meramente individual e passa-se a analisar a privaci-

26 “1. Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação. 2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.”

27 “1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.”

28 “Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.”

29 Tratando sobre a irrenunciabilidade dos direitos de personalidade, Anderson Schreiber (2013, p.27) abre o debate acerca da limitação voluntária ao exercício desse direito. Segundo o autor, “tal limitação, derivada da vontade do titular, não deve a toda evidência ser reprimida pela ordem jurídica, porque a vontade individual aí não se opõe, mas se dirige à realização da dignidade humana naquele indivíduo”. O autor continua: “a autolimitação ao exercício dos direitos da personalidade deve ser admitida pela ordem jurídica quando atenda genuinamente ao propósito de realização de personalidade de seu titular. Deve, ao contrário, ser repelida sempre que guiada por interesses que não estão própria ou imediatamente voltados à realização da dignidade daquela pessoa.

dade da Sociedade, enquanto sujeito de direitos coletivos. Tal status da Sociedade como sujeito de direitos e detentora de bens coletivos – dentre os quais, neste artigo, a privacidade recebe destaque – encontra fundamento na teoria da pós-modernidade jurídica (PILATI, 2011)<sup>30</sup>, a qual propõe a superação da classificação dual público (no sentido de estatal)/privado dos bens, inserindo o coletivo como terceira via, e permite que a Sociedade seja reconhecida como titular efetiva de direitos.

O reposicionamento do coletivo enquanto instância autônoma da Sociedade autoriza novas formas de tutela e exercício do direito à privacidade, reconhecendo a importância do processo legal participativo. O indivíduo recebe status de condômino da privacidade – enquanto Bem – e passa a ser, ao lado da Sociedade, cotitular nesse processo (PILATI; OLIVO, 2014). O privado deixa, assim, a circunscrição privada, tradicional, e transborda para o coletivo.

## 4. Outros Aspectos da Discussão

A informação tornou-se artefato de valor e importância nunca imaginados, não se medindo esforços para adquiri-la. Mas o desenvolvimento tecnológico já permite acesso quase ilimitado à intimidade das pessoas e instituições, sem as correspondentes medidas de defesa contra tal invasão.

O fato é que a relação do indivíduo com a privacidade é constantemente alterada conforme a evolução do ambiente (físico, cultural, psicológico) em que ele vive; e hoje essa relação está abalada. Por um lado, conforme nossas necessidades e conveniências, nós mesmos optamos, constantemente, por fornecer nossas informações pessoais e alimentamos diariamente todos os tipos de redes-sociais, exacerbando os conflitos em torno desse direito fundamental, essencial a nossa condição de seres humanos.

Como afirma BAUMAN (2013, p. 108):

[...] vive-se uma sociedade confessional, e o que era impensável após a construção, pela modernidade, da noção de privacidade, está sendo, literalmente, assistido por todos na atualidade. Invoca-se a intimidade e, simultaneamente, ela é apresentada, espontaneamente, para milhões de pessoas. [...] [o autor ainda define que:] O advento da sociedade con-

---

30 Também Pilati (2013).

fessional sinalizou o derradeiro triunfo da privacidade, essa distinta invenção moderna – embora também o início de sua vertiginosa queda dos píncaros de sua glória.

Por outro lado, independente de qualquer autorização, temos nossa vida privada profundamente invadida por programas de coleta de dados que não nos permitem nenhuma forma de controle e reação. Temos conhecimento disso e até, passivamente, aceitamos, conforme dito.

Esses fatores ganham ainda maior relevância quando os observamos de uma perspectiva para além do individual, sob o prisma da coletividade e como direito social fundamental. Essa, talvez, tenha sido a principal colaboração do caso Snowden como reflexo. O ex-agente da NSA, ao divulgar seu conhecimento, expôs o que era uma obviedade, obrigando a sociedade a encarar os fatos; e a resposta foi no sentido de exigir da parte violadora explicações e justificativas para a violação. Snowden, independentemente dos motivos que o moveram, trouxe à baila a questão e este mérito ninguém pode tirar.

## Conclusão

Alcançamos tamanho nível de desenvolvimento tecnológico que a vida *online* se funde com a rotina *off-line*. Via internet trabalhamos, executamos transações comerciais e bancárias, nos relacionamos com outras pessoas, enfim, vivemos. As informações encontram-se disponíveis para quem conseguir acessá-las. No início do século, talvez, esse tipo de programa de espionagem divulgado por Snowden não tivesse tanto impacto, pois ainda havia uma boa distância entre a esfera virtual e a real. Hoje, tal distância é praticamente inexistente e, mais do que isso, com os bancos de dados informatizados, tornou-se muito mais fácil a coleta – mesmo que não autorizada – dos mesmos.

Na área denominada segurança da informação, diz-se que as informações sigilosas, dentre as quais os dados pessoais, só podem ser acessados por quem tenha necessidade de conhecer tais informações para o exercício de cargo, função, emprego ou atividade. Trata-se de uma norma fundamental, conhecida na doutrina norte-americana como *need to know*. Podem-se, então, identificar pelo menos três princípios que devem nortear o poder público nas atividades relacionadas à gestão de dados



pessoais: da proporcionalidade da quantidade e qualidade dos dados coletados aos fins perseguidos; do acesso restrito a pessoas que tenham necessidade de conhecer; e da preservação da segurança em todas as fases do tratamento da informação. (VIEIRA, 2007, p.208).

No entanto, como ficou demonstrado, nem sempre é isso o que ocorre. Movimentos importantes, contudo, vêm contribuindo para tornar a tutela e exercício de direitos no mundo *online* mais adequada e consciente. No que tange à privacidade, o evento NETmundial, ocorrido em São Paulo em abril de 2014, e a aprovação do Marco Civil da Internet, sancionado de forma simbólica pela Presidente Dilma Rousseff no evento<sup>31</sup>, são exemplos que apontam nessa direção.

Do aqui exposto, conclui-se que o novo contexto desenhado pelo desenvolvimento tecnológico, hodiernamente, alcançado vai exigir uma reconstrução paradigmática das formas política e jurídica nos países e no mundo. O direito à privacidade já não é uma questão Estado-Indivíduo. Extrapola para a dimensão: Estado-Indivíduo-Sociedade, e mais. Trata-se de um arcabouço político-jurídico a ser construído em novo paradigma.

Esta é a questão que levantamos no artigo; fazendo alusão e acenando para a necessidade de se construir uma teoria pós-moderna do Direito, em que bens dessa envergadura – a privacidade como direito fundamental entre outros – possam ser tratados, mediados e otimizados de forma consentânea com sua natureza, alcance e importância.

## Referências

ARDENGHI, Régis Schneider. Direito à vida privada e direito à informação: colisão de direitos fundamentais. **Revista da ESMESC**. p.227-251, v.19, n.25, 2012. Disponível em: <<http://revista.esmesc.org.br/re/article/view/57>>. Acesso em: 02 jun. 2014.

BANCALEIRO, Cláudia. Direitos humanos e espionagem no arranque da NETmundial no Brasil. **Público**. 2014. Disponível em: <<http://www.publico.pt/>>

---

31 Disponível em: <<http://netmundial.br/pt/2014/04/24/netmundial-da-um-passo-a-frente-rumo-a-internet-igualitaria-e-multissetorial/>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

tecnologia/noticia/direitos-humanos-e-espionagem-no-arranque-da-netmundial-no-brasil-1633362>. Acesso em: 27 jun. 2014.

BAUMAN, Zigmunt. **Danos colaterais**: desigualdades sociais numa era global. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só**: tutela penal da intimidade. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DONEDA, Danilo. **Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade**. 2000. Disponível em: <[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/Consideracoes.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Consideracoes.pdf)>. Acesso em 30 mai. 2014

ESPOSITO, Richard; COLE, Matthew; SCHONE, Mark. Exclusive: Edward Snowden gives wide-ranging interview to Brian Williams. **NBC News**. 2014. Disponível em: <<http://www.nbcnews.com/storyline/nsa-snooping/exclusive-edward-snowden-gives-wide-ranging-interview-brian-williams-n110351>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

FRANKEL, Max. Privacy is a currency that we all now routinely spend to purchase convenience. **The New York Times**. 2013. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2013/06/23/opinion/sunday/where-did-our-inalienable-rights-go.html>>. Acesso em: 12 jun. 2014.

GIANNOTTI, Edoardo. **A tutela constitucional da intimidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

GLENN, Greenwald; MACASKILL, Ewen; POITRAS, Laura. The 29-year-old source behind the biggest intelligence leak in the NSA's history explains his motives, his uncertain future and why he never intended on hiding in the shadows. **The Guardian**. 2013. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/world/2013/jun/09/edward-snowden-nsa-whistleblower-surveillance>>. Acesso em 12 jun. 2014.

GUERRA, Sidney. Direito fundamental à intimidade, vida privada, honra e imagem. **Anais do XV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. Disponível em: <[http://conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/recife/direitos\\_fundam\\_sidney\\_guerra.p](http://conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/recife/direitos_fundam_sidney_guerra.p)>. Acesso em 29 mai. 2014.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEWIS, Paul. Feinstein defends NSA data collection and insists program is 'not surveillance'. **The Guardian**. 2013. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/world/2013/oct/21/dianne-feinstein-defends-nsa-data-collection>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

MACASKILL, Ewen. Edward Snowden, NSA files source: 'If they want to get you, in time they will'. **The Guardian**. 2013. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/world/2013/jun/09/nsa-whistleblower-edward-snowden-why>>. Acesso em: 12 jun. 2014.

MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org.). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 25-64.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NETMUNDIAL. **Global multistakeholder meeting on the future of internet governance**. 2014. Disponível em: <<http://netmundial.br/pt/>>. Acesso em: 17 dez. 2014.

NOJIRI, Sergio. O direito à privacidade na era da informática: algumas considerações. In: **Revista Jurídica UNIJUS**. v.8, n.8, p. 99-106. Uberaba: UNIUBE, 2005. Disponível em: <[http://myrtus.uspnet.usp.br/pesqfdrp/portal/professores/nojiri/pdf/privacidade\\_inform%Eltica.pdf](http://myrtus.uspnet.usp.br/pesqfdrp/portal/professores/nojiri/pdf/privacidade_inform%Eltica.pdf)>. Acesso em: 02 jun. 2014.

ORWELL, George. **1984**. Tradução de Wilson Velloso. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

OLIVO, Mikhail Vieira Cancelier de. **Sensoriamento remoto e propriedade intelectual: a proteção jurídica das imagens geradas por satélites e suas formas de contratação**. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/107352/317825.pdf?sequence>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

PILATI, José Isaac; OLIVO, Mikhail Vieira Cancelier de. Direito à privacidade: uma nova perspectiva. **Revista Novos Estudos Jurídicos (NEJ)**. v.19, n.01, 2014. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5543>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

PILATI, José Isaac. **Propriedade & função social na pós-modernidade**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

PILATI, José Isaac. A dimensão filosófica da pós-modernidade jurídica: ponto de partida de uma reconstrução paradigmática. **Revista Sequência**, Florianópolis: Fundação Boiteux, v. 32, n. 63, p. 291-295, dez. 2011.

SANTA MARIA, José Serpa de. **Direito à imagem, à vida e à privacidade**. Belém: CEJUP, 1994.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação**: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. DISSERTAÇÃO. NUB, 2007. Disponível em: <[http://www.fd.unb.br/index.php?option=com\\_zoo&task=item&item\\_id=66&Itemid=1469&lang=br](http://www.fd.unb.br/index.php?option=com_zoo&task=item&item_id=66&Itemid=1469&lang=br) >. Acesso em: 04 jun. 2014.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis, D. Right to privacy. **Harvard Law Review**, v. IV, n. 5, December 1890. Disponível em: <<http://faculty.uml.edu/gallagher/Brandeisprivacy.htm> >. Acesso em: 20 jun. 2014.



# O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana como Fundamento para a Preservação da Identidade Cultural

*Francisco Luciano Lima Rodrigues  
Martonio Mont'Alverne Barreto Lima*

## Introdução

O momento vivenciado pela sociedade contemporânea, marcado pela influência das ideias oriundas do movimento denominado de globalização, tem colocado a identidade do indivíduo numa condição diferenciada na escala de valores, seja pela importância exacerbada do mercado que indica os comportamentos, seja pela prevalência da indústria cultural que mascara a violência social e desqualifica a importância da identidade cultural.

Neste contexto, vê-se a necessidade da preservação da identidade cultural como uma providência a cargo do Estado, com a colaboração dos cidadãos, no intuito de, com a utilização de instrumentos de preservação do patrimônio cultural, material e imaterial, assegurar a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana.

O presente artigo será dividido em duas partes. A primeira parte abordará o princípio da dignidade da pessoa humana, com a verificação das teorias que a alicerçam, desde o período romano, passando pela Idade Média com Tomas de Aquino e Picco Della Mirandola, a verificar a contribuição de Immanuel Kant com o imperativo categórico, cuja ideia fortalece o atual conceito de dignidade humana por conceber o homem, não como um meio, mas como um fim, Para discussão, será trazida a obra de Hanna Arendt – A Condição Humana, com o seu debate sobre a singularidade e a pluralidade humana, bem como a contribuição de Ingo Sarlet para a consolidação do papel da dignidade como indicadora de uma unidade axiológica e legitimadora da ordem jurídica nacional.

A segunda parte do artigo se ocupará da análise da identidade cultural, a partir da constatação de uma crise, na qual se vê a necessidade do questionamento a respeito da importância da identidade cultural como sentimento de pertencimento a um determinado grupo social e a sua fragmentação na pós-modernidade, sob os efeitos do fenômeno da globalização.

No desenvolvimento do tema, se fará uma abordagem da identidade cultural, mesmo que breve, desde a antiguidade, passando pela idade moderna e as influências advindas da religião, das revoluções científicas e filosóficas, para, em seguida, se verificar o conteúdo da identidade cultural na pós-modernidade, com a produção de reflexões a partir da obra de Adorno e Horkheimer.

O objetivo final do presente estudo se fixa na produção de uma reflexão sobre a importância da preservação da identidade cultural, seja materializada por bens tangíveis ou intangíveis, a partir da efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, na perspectiva kantiana de que o homem é o fim e não o meio de todas as coisas e, portanto, a garantia da sua dignidade também se apresenta efetivada na possibilidade de ver preservada a sua identidade cultural.

## **1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**

O princípio da dignidade da pessoa humana, como um dos fundamentos da República brasileira, confirma a opção do constituinte por tal princípio, como indicador de uma unidade axiológica e legitimadora da ordem jurídica nacional, incluindo os direitos fundamentais.

A construção do conceito de dignidade da pessoa humana como se tem na atualidade, afirma Barretto (2013, p. 69-70), deve-se a vários autores que estabeleceram o alicerce de uma teoria da dignidade da pessoa humana. Esta contribuição perpassa diversas fases da história da humanidade, desde o período romano onde ter dignidade estava relacionada a sua colocação na sociedade, ultrapassa a idade média com Tomas de Aquino, cuja ideia de dignidade do homem advém da dignidade de Deus, evolui com o pensamento de Picco Della Mirandola, colocado na obra *Discurso sobre a Dignidade Humana*, cuja contribuição estaria, como afirma Moraes (2010, p. 116) no fato de ter feito em sua obra diversas alusões a *ratio theologica*, a par da *ratio philosophica*, sem, no entanto, estabelecer uma relação, comum à época, entre criador e criatura, as-

pecto que marcava a evolução do conceito de dignidade de um patamar divino para colocá-la numa direção antropocêntrica.

A Idade Moderna, com o iluminismo, trouxe considerável contribuição à consolidação do conceito de dignidade da pessoa humana a partir das ideias do filósofo Immanuel Kant, que teria, nas palavras de Barcellos (2008, p.124), definido ser o homem um fim em si mesmo – e não uma função do Estado, da Sociedade ou da nação – dispondo de uma dignidade ontológica. O direito e o Estado, continua Barcellos, ao contrário do que se imagina, é que deverão estar organizados em benefícios da pessoa, sendo fundamental a separação de poderes e a difusão da legalidade como forma de assegurar aos homens a liberdade de perseguirem seus objetivos individuais.

A obra de Kant trouxe uma nova perspectiva a respeito da questão da moralidade, que pode ser resumida no imperativo categórico, traduzido pela sentença: “Age de tal modo que a máxima de tua vontade possa sempre valer simultaneamente como um princípio para uma legislação geral”. A propósito assevera Barroso (2008, p. 70)

que o imperativo categórico corresponde a uma ação que é boa em si mesma, independentemente do fato de servir a determinado fim. Ele é um padrão de racionalidade e representa o que é objetivamente necessário em uma vontade que esteja em conformidade com a razão. Esse imperativo categórico, ou imperativo de moralidade, foi enunciado por Kant em uma famosa proposição sintética: “Age de tal modo que a máxima da tua vontade (i.e., o princípio que inspira e move) possa se transformar em uma lei universal”. Note-se que em lugar de apresentar um catálogo de virtudes, uma lista do que fazer e do não fazer, Kant concebeu uma fórmula capaz se determinar a ação ética.

O imperativo categórico impõe um comportamento, pelo qual, o ser humano não possa ser visto como um meio, mas sempre como um fim. A pessoa é o centro das atenções, o ponto de convergência de tudo. Do imperativo, resulta o reconhecimento da dignidade que, como regra, deve ter o outro como referência – o importante é o respeito a singularidade do outro. Dentro deste contexto, merece referência os ensinamentos de Arendt (2009, p. 188-190)

A pluralidade humana, condição básica da ação e do discurso, tem o duplo aspecto de igualdade e diferença. Se não fossem iguais, os homens



seriam incapazes de compreender-se e aos seus ancestrais, ou de fazer planos para o futuro e prever as necessidades das gerações vindouras. Se não fossem diferentes, se cada ser humano não deferisse de todos os que existiram, existem ou vierem a existir, os homens não precisariam do discurso ou da ação para se fazerem entender. Com simples sinais e sons, poderiam comunicar-se imediatas e idênticas.

Ser diferente não equivale a ser outro – ou seja, não equivale a possuir essa curiosa qualidade de “alteridade”, comum a tudo o que existe e que, para a filosofia medieval, é uma das quatro características básicas e universais que transcendem todas as qualidades particulares. A alteridade é, sem dúvida, aspecto importante da pluralidade; é a razão pela qual todas as nossas definições são distinções e o motivo pelo qual não podemos dizer o que é uma coisa sem distingui-la de outra [...] No homem, a alteridade, que ele tem em comum com tudo que existe, e a distinção, que ele partilha com tudo o que vive, tornam-se singularidade e a pluralidade humana é a paradoxal pluralidade de seres singulares.

Esta perspectiva de que o homem dentro da sua pluralidade é singular no sentido de que deve ser o fim e não o meio conduz ao entendimento de que ele não pode ser utilizado como instrumento para projetos pessoais de outro, mas que o Estado é que deve servir à pessoa e não contrário, reafirmando o primado da importância da dignidade como valor intrínseco a cada pessoa.

Apesar da construção conceitual da dignidade da pessoa humana ter avançado consideravelmente desde o período romano até o início do século XX, os horrores da segunda guerra, onde a violação da dignidade da pessoa humana chegou ao grau da barbárie, fez surgir reações no plano internacional e nacional, seja pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, seja pela adoção do princípio da dignidade da pessoa humana como o valor máximo a ser observado na atuação tanto do Estado como dos organismos internacionais.

A inclusão da dignidade da pessoa humana nos textos internacionais e nas constituições, a partir da segunda guerra mundial, consolidou entendimentos a respeito do seu conteúdo, mesmo reconhecendo o multiculturalismo, a diversidade das muitas etnias e das sociedades, mas estendendo a sua abrangência ao respeito a integridade física, psíquica e corporal da pessoa, admitindo que há necessidades básicas, sem as quais, estaria violada a dig-

nidade da pessoa humana, dentre elas, a garantia de condições de moradia, saúde básica, educação e de trabalho.

Ao lado do atendimento das mencionadas necessidades básicas da pessoa, carece para o cumprimento da dignidade da pessoa humana, a adoção de tratamento igualitário e que impeça quaisquer tipos de discriminações, seja de ordem econômica, étnica, cultural, de opção sexual, religiosa ou política, cujo atendimento favorece a uma igualitária participação política. A igualdade é pressuposto para o atendimento das exigências mínimas do primado da dignidade da pessoa humana, sendo inadmissível para uma existência digna da pessoa o seu tratamento como objeto. A propósito, afirma Sarlet (2007, p. 118)

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação de poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças. A concepção do homem-objeto, como visto, constitui justamente a antítese da noção da dignidade da pessoa humana.

No Brasil, a Constituição Federal promulgada em 1988 trouxe, como um dos fundamentos da República, juntamente com outros também importantes, o atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana. Pode-se defender, como afirma Silva (2005, p. 38), que o constituinte ao reconhecer a existência da dignidade da pessoa humana, transformou-a no valor supremo da ordem jurídica e, desta maneira, sendo um valor fundante da República, deixa de ser apenas um princípio de ordem jurídica para ostentar a qualidade de princípio na ordem política, social, econômica e cultural, trazendo para si todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.

É reconhecida a influência que a Constituição Portuguesa de 1975 exerceu sobre a Constituição brasileira, guardando ambas a semelhança de reservarem à dignidade da pessoa humana o papel de valor fundante da República. A propósito da importância da dignidade da pessoa humana, Canotilho (2003, p. 225) defende que tal princípio tem o papel de, frente às experiências de aniquilamento do ser humano (inquisição, escravatura, stalinismo, nazismo, dentre outros), servir como reconhecimento do homo noumenon, ou seja, do indivíduo

como limite e fundamento do domínio político da República, entendida como uma instituição que serve ao homem e não o contrário. Expressaria, continua Canotilho (2003, p. 225), a dignidade da pessoa humana a ideia de comunidade constitucional inclusiva pautada pelo multiculturalismo mundividencial, religioso ou filosófico e, desta forma, a República portuguesa somente poderia conceber-se como ordem livre na medida em que não se identificasse com qualquer “tese”, “dogma”, “religião” ou “verdade” de compreensão da vida e do mundo.

Na ordem jurídica brasileira, a partir da atual Constituição, a dignidade da pessoa humana passou a ser o fundamento do sistema, servindo de base, parâmetro e limites de todo ele, ostentando uma superior fundamentalidade com relação aos demais princípios, sem que com isto coloque em descrédito a ausência de hierarquia entre os princípios e a sua superioridade frente às regras.

O lugar destinado para a dignidade da pessoa humana na nova ordem constitucional em que a pessoa é o centro das atenções, deita influência sobre todo o tecido constitucional, bem como o infraconstitucional, não sendo excluído a sua importância para a preservação da identidade cultural.

Numa sociedade desigual como a brasileira, conservadora e patrimonialista, com uma indisfarçável dificuldade para reconhecer as diferenças sociais e combatê-las, o princípio da dignidade da pessoa humana é instrumento eficaz para que se impeça a coisificação do homem. Somado a este fato, tem-se a política neoliberal que, colocando em primazia o mercado, conduz o homem para uma situação em que, premido pela imposição da cultura de massa, vê-se, muitas vezes, negado ao homem o seu direito de manter intacta sua identidade cultural.

Assim, a importância da dignidade da pessoa humana como um valor fundamental da república também se mostra indispensável para a preservação da identidade cultural, merecendo a proteção do Estado de forma a evitar que o homem seja consumido pela indústria cultural, deixando de ter suas próprias referências, a história de sua localidade, sendo considerado uma peça num equipamento que, para funcionar a serviço do mercado, não leva em conta a pessoa na sua individualidade, na sua singularidade e, dessa forma, ofende a dignidade de pessoa humana, uma vez que a expressão dignidade da pessoa exige para a sua efetivação a conscientização de que o homem é o fim e não o meio de todas as coisas.

## 2. Identidade Cultural

A constatação da existência de uma crise de identidade na atualidade trouxe para o centro da discussão a questão da importância da identidade cultural como sentimento de pertencimento a um determinado grupo social e a sua fragmentação na pós-modernidade sob a influência dos efeitos da globalização.

A ideia de identidade na antiguidade era marcada pelo entendimento de que o homem estava apoiado em tradições estáveis, imutáveis, fruto de uma dádiva divina, infenso, portanto, a modificações e que passou na idade moderna a adotar uma formulação, justificada por alguns fatos históricos, dentre eles, a Reforma Protestante, as revoluções científicas e o Iluminismo, no sentido de ver a identidade como resultado de uma construção social, algo, dinâmico.

Com o surgimento da modernidade, a identidade passou a ser definida por tarefas que o indivíduo tinha que desempenhar ao longo da vida para permanecer em determinada classe, mas que, ainda assim, era entendida como um ato de libertação do modelo anterior em que os costumes, a autoridade imutável e as rotinas submetiam o indivíduo às verdades inquestionáveis.

A identidade, com a evolução e o surgimento do Estado-Nação, passou a ser assunto do Estado, por ele gerenciado e devidamente manejado, de forma a impor uma mono-identificação, seja para fixar uma identidade única, como no caso da França, seja para definir uma identidade de referência, mesmo que admitindo uma pluralidade de culturas, como no caso dos Estados Unidos, como afirma Cucho (2002, p. 188-192).

Imaginar, portanto, que a identidade possa ser fruto de uma definição simples e única, que desconsidere a heterogeneidade dos grupos que formam determinada sociedade, seria negar que a conceituação de identidade resulta de uma complexa construção social materializada na identidade nacional, fonte principal da identidade cultural.

A identidade nacional, portanto, seria formada por representações e símbolos que traduziriam o sentimento dos indivíduos em relação à própria nação, com os quais ele poderia se identificar, formando uma comunidade imaginada, em cujo contexto estaria três elementos: as memórias do passado, o desejo por viver em conjunto e a perpetuação de uma herança.

Ainda que se possa imaginar ou pelo simples conteúdo etimológico, as expressões identidade e diferença não são antagônicas, mas, ao contrário, se completam. A identidade tem referência com si própria, seria aquilo que se pen-

sa – sou branco, por exemplo. A diferença é aquilo que se pensa do outro – ele não é branco. Ambos despertam comportamentos auto-referventes.

O questionamento sobre a diferença e a identidade somente teria sentido numa sociedade heterogênea onde, para a construção de identidades ou a constatação de diferenças, se tem por referência contraposições de pensamentos, costumes ou formas de conceber a vida e assim conduzi-la.

A heterogeneidade de uma sociedade, marcada pelas diferenças entre seus membros, seja com relação ao gênero, a cor, a raça, a classe social, não tem importância para a formação de uma cultura nacional, desde que a identidade cultural seja unificada de forma a representar todos os seus membros a partir de um sentimento de pertença.

Esta unidade em torno da identidade cultural não significa necessariamente a inexistência de tensão entre os membros da sociedade, marcada por diversos aspectos, dentre eles, os processos de conquistas pelo uso da violência que suprime pela força a diferença cultural; as diferenças de classes sociais, gênero e raça; a influência de algumas nações sobre a cultura dos colonizados, na expressão de Hall (2006, p. 59-60), tudo com o intuito de tentar, cada um dos grupos, imprimir sua marca, demonstrando, com clareza, o fato de existir uma relação de poder na construção da identidade cultural.

Na modernidade a questão da identidade estava centrada no sujeito, assim entendido no sentido cartesiano, porém, tal foco na modernidade tardia (segunda metade do século XX), por conta da influência de avanços na teoria social e nas ciências humanas - algumas delas concebidas mesmo no século XIX - constatou-se um deslocamento de uma identidade fixa, acabada, influenciada pelo modelo de Descartes – penso, logo existo - para produzir um sujeito com a identidade fragmentada, inacabada, contraditória, aberta, compatível com o homem da pós-modernidade.

A fragmentação da identidade que marca o homem pós-moderno, fruto da amplitude dos fluxos econômicos entre as nações, produz consequências diversas sobre a identidade nacional, ora contribuindo para uma homogeneização de culturas, envolvendo Estados diferentes, ora fortalecendo identidades locais como resistência à tentativa de homogeneização da cultura e, ainda, outras vezes resultando no declínio de culturas para o surgimento de sucedâneas híbridas, todas, no entanto, com a marca efetiva das consequências do fenômeno da globalização.

Desta forma, qualquer abordagem a respeito da identidade cultural na atualidade não pode dispensar reflexão sobre a sua relação com globalização, termo que se incorporou ao cotidiano das pessoas, doutrina econômica-política, atualmente adotada pela quase totalidade das nações, muitas vezes relacionada com o progresso, e, em outras, apontada como responsável pelos diversos problemas que atingem a sociedade contemporânea.

Ao lado de promover crescimento científico-tecnológico no campo das ciências, com especial destaque para a tecnologia da comunicação; o avanço da medicina; a formulação de uma nova conceituação de meio ambiente para além das fronteiras dos Estados, na tentativa de preservar recursos naturais, e, ainda, contribuir para a internacionalização da economia e abertura de mercados, a globalização também promove um considerável aumento da desigualdade social, por meio da crescente ameaça do domínio global por armas nucleares, como também pela forte influência das entidades internacionais de fomento sobre as políticas nacionais, de modo a pôr em risco a soberania nacional e, por consequência, determinando o descaso pela coisa pública e um aumento da pobreza.

Por mais contraditório que possa parecer, deve ser registrado que a eclosão do movimento de globalizar mercados, comunicações e pessoas, corresponde exatamente aos períodos onde nacionalismos xenófobos prosperaram, desafiando os atores políticos internacionais, como a Organização das Nações Unidas e os países de maior peso na comunidade das nações, entre os quais o Brasil. Tais nacionalismos não se reduzem somente a reivindicações de caráter étnico ou espacial, modeladores da identidade cultural de qualquer sociedade a compartilhar uma história, língua e cultura comum. Estas ações avançam sobre a religião, de forma a distorcer o significado histórico de escrituras dessas religiões, criando uma já conhecida forma de nacionalismo excludente religioso, o qual se denomina de fundamentalismo. O interessante é perceber que as três mais significativas religiões mundiais – cristianismo, judaísmo e islamismo – no que pesem suas tradições e discursos sagrados, não foram poupadas, a ponto de não somente se virem envolvidas na concepção da forma do fundamentalismo violento, como foram incapazes de contê-lo, na mesma simetria temporal em que se desenvolvia o apelo à globalização de mercados.

A adoção da globalização, como afirma Zigmunt Bauman (2005, p. 34-35) significa que o Estado não tem mais poder ou desejo – ou pelo menos relativizá-los - de manter uma união sólida e inabalável com a nação, uma vez que en-

cantado com a corte que lhe é feita pelo mercado, transferindo a maior parte de suas tarefas intensivas em mão-de-obra e capital aos mercados globais, enfraquecendo o sentimento de patriotismo, entregando-o às forças do mercado para, por ele, ser remodelado e utilizado como fonte de lucros no mercado dos esportes e do show business, por exemplo.

A debilidade da relação Estado-Nação importa como consequência, a fragilidade do indivíduo para resistir aos efeitos da cultura de massa que pretende igualar a todos e, ao mesmo tempo, descaracterizar cada um dos indivíduos tornando-os sem rosto, sem identidade e sem referências.

A quase perfeição de resultados obtidos pela cultura de massa, traduzida pela perda de sua referência pelo cidadão, conta com a ajuda da grande mídia, seja pela televisão ou pelos anúncios de publicidade a induzirem uma homogeneidade de todos, indiferentemente de suas origens, de seus traços culturais, destruindo as particularidades regionais, às vezes nacionais, impondo um determinado padrão de beleza, uniformização do vestuário, padronização das expressões, empalidecendo a referência individual em face das suas origens. O objetivo é o favorecimento ocidental do modo de vida, como uma tentativa válida e perene a todo o planeta, definindo-se como arcaico tudo o que a essa concepção for estranho.

Os efeitos da cultura de massas, especialmente no que diz respeito à indução para que o indivíduo deixe de dar importância a sua identidade, materializada pela história de sua localidade, as tradições de sua cidade, as formas de expressão, os modos de agir, fazer e viver, elementos formados dos bens culturais, aspecto fundamental a ser preservado no Estado Democrático de Direito, reclama uma incursão pela obra referencial de Adorno e Horkheimer (1985, p. 54), “Dialética do Esclarecimento”, onde se vê a expressão “indústria cultural” utilizada para traduzir a massificação da cultura proporcionando um aprisionamento da sociedade para fundamentar o modo capitalista de produção.

Nesta obra, Adorno e Horkheimer utilizam-se, metaforicamente, para tratar da questão do acesso à cultura, do episódio das sereias, da Odisséia de Homero e, desta forma, abordar o sistema de dominação social em que se constitui a indústria cultural, fazendo referência a passagem em que Ulisses conta ao Rei Alcino, e a sua corte, a viagem ao Reino dos Mortos, onde teria resistido ao canto das sereias, mandando que lhe amarrassem ao mastro do navio, enquanto seus marinheiros tivessem os ouvidos tapados com cera para não se deixarem encantar pelos sons emitidos pelas sereias.

O triunfo de Ulisses sobre as sereias deve ser encarado como a transformação da magia do canto em arte, como a possibilidade de resistência, antes impossível, dos navegantes ao canto das sereias, como uma vitória por ter conseguido ouvir o canto das sereias sem por elas ser seduzido. Assim, consegue Ulisses condenar os poderes mágicos das sereias à ineficácia, transformando-o em expressão artística.

Por este episódio, Adorno e Horkheimer (1985, p. 54) enfatizam tanto a beleza como a impotência da arte, uma vez que o canto das sereias não teria mais o poder de ação, pois não teria conseguido que Ulisses a ele sucumbisse, igualmente, como ocorre na sociedade fundada pela dominação, onde a arte, somente marcada pela impotência, sem força de transformação ou influência para forçar uma reflexão, é tolerada, afirmam Adorno e Horkheimer.

É simbólica a figura de Ulisses que, somente amarrado ao mastro e mantendo surdos os marinheiros, teve a possibilidade de ouvir o canto das sereias. É a própria relação do dominador sobre os dominados, e do dominador sobre si mesmo, resultando na constatação de que essa experiência, a fruição da arte, o acesso à cultura, só é possível se for, primeiramente, reservada a poucos, um privilégio de classes em termos marxistas e, ainda, e principalmente, se não levar a nenhuma ação prática relevante.

Merece, igualmente, uma reflexão, o papel dos marinheiros de Ulisses que tiveram seus ouvidos tampados e que nada escutavam, mesmo sem serem surdos, numa referência muito realista ao papel dos excluídos, os quais não possuem acesso as artes ou, se os tem, é esse acesso direcionado pela indústria cultural.

A consciência por parte do indivíduo da importância da sua própria identidade agride a ordem dominante, causa-lhe temor, uma vez que, por ela, como afirma Adorno e Horkheimer, a indústria cultural teria o seguinte propósito: evitar por todos os meios que os povos abandonem a surdez, e ousem ouvir, que possa “ouvir o inaudito com os próprios ouvidos”, “tocar o intocado com as próprias mãos”.

A cultura de massa ou indústria cultural, como preferem Adorno e Horkheimer, fruto da globalização, não só mascara a violência social que separa a classe privilegiada do povo, como, também, ao invés de denunciar a surdez das massas, acostuma-os a ouvir o mesmo disfarçado de novo, sem lhes conceder oportunidade de reação, descaracterizando a importância da identidade cultural.



Desta forma, discursar sobre artes, cultura ou qualquer outro aspecto que reflita a identidade cultural, somente faz sentido se se aplica categorias da reflexão do concreto. Em outras palavras: o debate em torno da identidade cultural no mundo de hoje é, antes de tudo, um debate econômico e político, relevante para a manutenção – ou não - do *status quo*.

## Conclusão

Toda a argumentação desenvolvida teve a pretensão de demonstrar a importância da preservação da identidade cultural como uma conduta de concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, demonstrando as dificuldades para o atingimento do objetivo de garantia de tal princípio num contexto marcado pela influência dos efeitos da globalização.

Observou-se que a força da indústria cultural, nos termos desenvolvidos por Adorno e Horkheimer, conduz a perda da importância da identidade cultural do indivíduo movido pelo “canto da sereia” que lhe faz acreditar na desimportância da sua história, das suas formas de fazer, criar e agir, em nome de uma falsa idéia que leva o homem à massificação da cultura, proporcionando um aprisionamento da sociedade para fundamentar o modo capitalista de produção.

A perda de identidade cultural pelo indivíduo propicia, por consequência, a perda da sua referência como pessoa, com uma devastadora uniformização de condutas que resulta em que todos tenham o mesmo rosto e, ao mesmo tempo, todos não tenham rosto nenhum.

Esta danosa uniformidade de pensamento que resulta na perda da identidade cultural, ofende gravemente a garantia da preservação do princípio da dignidade da pessoa, na medida em que nega o imperativo categórico kantiano, pelo qual, o homem é fim e não o meio de todas as coisas, além de negar a necessidade do respeito às diferenças de culturas, providencia confirmatória da igualdade e da dignidade da pessoa, apesar das distinções, singularidades e pluralidades do homem, como afirma Hanna Arendt (2009, p. 188) ao dizer que “no homem, a alteridade, que ele tem em comum com tudo que existe, e a distinção, que ele partilha com tudo o que vive, tornam-se singularidade e a pluralidade humana é a paradoxal pluralidade de seres singulares”.

## Referências

ARENDDT, Hanna. **A condição Humana**. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BAUMAN, Sigmunt. **Identidade**: entrevista a BenvenutoVecchi. Trad. Carlos alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. In: Luis Roberto Barroso (Org.). **A nova interpretação constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CUCHE, Denys. **A noção de cultura nas ciências sociais**. Trad. Viviane Ribeiro. 2. ed. Bauru: EDUSC, 2002.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Trad. Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil**, Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.



# A Plenitude Jurisdicional do Controle: Um Novo Desafio para o Estado Democrático de Direito

Luis Carlos Cancellier de Olivo  
Sabrina Nunes Iocken

## Introdução

O tema que move esta investigação recai sobre a jurisdição dos Tribunais de Contas e sua interface com as exigências impostas à função estatal de controle, provenientes do Estado Democrático de Direito Pós-Moderno.

Percebe-se que a estrutura do Estado de Direito Constitucional encontra na separação dos poderes e no sistema de controle recíproco bases sólidas que se adequaram não só ao modelo do Estado liberal como também ao do Estado Social, até atender às exigências valorativas do Estado Democrático. Assim, quase todas as Constituições ocidentais, de modo implícito ou explícito, consagram a separação de poderes como um princípio de organização do governo, cuja finalidade fundamental é a garantia de espaços de liberdade dos cidadãos frente ao poder.

O avanço do constitucionalismo tem suscitado discussões sobre o dogma político-jurídico da separação ou divisão de poderes, nos termos concebidos por Locke e Montesquieu<sup>1</sup>. O objetivo deste artigo é refletir sobre o novo arranjo dos poderes, sobre essa configuração que privilegia a soberania popular como elemento central da democracia. Compreendida essa nova geometria do poder, é de se cogitar *em que termos deve se consolidar o exercício das funções de Estado*.

---

1 Parte da doutrina considera Aristóteles, em sua obra “A Política,” o precursor da teoria da separação de poderes. Mas é John Locke que identifica a importância prática, na Inglaterra, em face dos constantes conflitos entre o Parlamento e o Rei, da adoção de mecanismos para uma separação de poderes. Posteriormente, Montesquieu, sob tal influência, em 1748, em sua obra “O espírito das Leis”, estabelece os princípios teóricos, não só da separação de poderes como também do sistema de freios e contrapesos.

Portanto, o objetivo central deste estudo está direcionado ao controle. Um controle que emerge explicitamente como Poder de Estado e que resgata, de forma eminente, o valor da democracia. O que se pretende é identificar qual a posição que o controle deve ocupar dentro dessa nova “geometria do poder”, ou melhor, identificar o avanço necessário para a plenitude de uma jurisdição de contas.

A existência de obstáculos decorrentes da própria organicidade do sistema acaba por mitigar o pleno exercício da função jurisdicional de contas públicas nos moldes preconizados pelo Estado Democrático de Direito.

## 1. Controle: Uma Função de Estado

Em seu clássico da filosofia política, Aristóteles já anunciava como deveria proceder-se na estruturação da Constituição, identificando três pontos de partida: a assembleia deliberativa, o executivo e os tribunais. Alguns estudiosos extraem da “Política” a origem da teoria da separação de Poderes.

Mas é John Locke, após a Gloriosa Revolução de 1688, na Inglaterra, quem esboça uma tese sobre separação de poderes, partindo da ideia de que todos os homens que vivem no estado de natureza decidem renunciar aos seus direitos naturais e se submeter às restrições da sociedade civil. Assim, uma vez constituída a sociedade, faz-se necessário organizar a forma de governo sobre ela, com a particularidade de que cada função, legislativa, executiva e judicial, seja exercida por funcionários diferentes.

Haya o no Locke formulado una tesis clara y suficiente sobre la separación de poderes, debido a que con ella intentaba privilegiar, em términos generales, la preservación de los derechos naturales, sin preocuparse de los mecanismos que tornaran operacional esa separación, es lo cierto que es el primer pensador que en la edad moderna se percata de la utilidad de la separación de poderes en la organización del gobierno, y que sin duda va tener influencia sobre Montesquieu, cuando formula su teoría sobre la division de poderes (PEÑA SOLIS, p. 178)

Após ter vivido na Inglaterra, nos anos de 1729-31, e estudado o sistema inglês, Charles-Loui de Secondat, Barão de Montesquieu, publicou sua obra *De l'esprit des lois*, no ano de 1748. A organização, em decorrência da Gloriosa

Revolução de 1688, havia estabelecido uma espécie de separação de poderes, sem um correspondente embasamento teórico. Os entraves sucessivos entre o Parlamento e a Monarquia motivaram a criação de um mecanismo que permitisse superar a dificuldade de diálogo entre eles.

Montesquieu avança nas premissas já lançadas por Locke, ao proclamar a separação como requisito necessário para toda a organização do Estado. Trata-se de um princípio geral, que resguarda a liberdade dos cidadãos. Mas esse mecanismo deve ir além de uma rígida segmentação, para permitir que cada poder possua uma esfera de independência, de modo que possa individualmente, ou seja, por si só, defender suas atribuições. Nasce, ali, o sistema de freios e contrapesos.

Na rigidez de sua teorização, Montesquieu não admite nenhuma espécie de colaboração entre os poderes, os quais deviam manter um núcleo independente e intangível de atribuições. O governo se organiza levando em consideração os poderes típicos: legislativo, executivo e judiciário; a cada função se atribui um poder distinto, imperando a proibição absoluta de exercício de mais de uma função por parte do mesmo poder; além da independência, posto que cada poder deve estar em posição de paridade, de modo que nenhum possa predominar sobre os demais; a organização de cada poder deve possuir mecanismos de defesa, caso haja qualquer intromissão na sua área de competência<sup>2</sup>.

É nesse nódulo de rigidez que reside a maior fragilidade de sua teoria. A separação das funções, que surgira justamente para facilitar o diálogo entre os poderes, incorpora na sua teorização barreiras outras que, em última análise, acabam por criar novos obstáculos que dificultam o bom funcionamento do Estado e a operacionalização de suas atividades.

O primeiro modelo constitucional que incorporou as premissas teóricas de Montesquieu foi o dos EUA, em 1787<sup>3</sup>, o qual estabeleceu uma separação rígida de poderes, quase sem nenhuma interferência entre eles.<sup>4</sup> Não há propriamente uma referência expressa à separação de poderes, mas a enunciação de cada um

---

2 Cf. PEÑA SOLIS, José. Sobre o modelo original de separação rígida. In: \_\_\_\_\_. *Lecciones de Derecho Constitucional General*.

3 Cf. MADISON, James. *Os artigos federalistas, 1787-1788*: versão integral. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

4 Pode-se enumerar como exceções à separação rígida de poderes as seguintes hipóteses: o veto presidencial, no qual o executivo impede a entrada em vigor de um texto legislativo; o presidente do Senado que se outorga a Vice-Presidente da Federação; a designação dos magistrados da Corte

dos poderes típicos, com a mesma designação conferida por Montesquieu: poder executivo, poder legislativo e poder judiciário.

Royo (2000), contudo, adverte que mesmo a Constituição norte-americana de 1787 não adota, por completo, a teoria de Montesquieu, pois elege como elemento orgânico central a soberania popular, e não a soberania régia, conforme concebido originalmente.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, também assentava: “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não estiver assegurada e a separação dos poderes determinada, não tem Constituição.”<sup>5</sup>

A Constituição Francesa de 1791, como a Constituição de 1795, também segue a doutrina formulada por Montesquieu. No entanto, havia um espírito de colaboração entre os poderes, com predomínio do Poder Legislativo.

Esses três modelos foram os que mais se aproximaram da concepção original de Montesquieu de separação rígida de poderes, ainda que se verifique algumas hipóteses de interferências de um poder com o outro, o que sugeriria não propriamente uma separação rígida, mas uma perspectiva de colaboração.

Mas, já no século XIX, a tese sobre as interferências conferiu a flexibilidade do sistema de separação de poderes, permitindo a colaboração destes, com a particularidade de que os mecanismos de colaboração estivessem expressamente assinalados nos textos constitucionais. Ademais, busca-se evitar que a colaboração seja invocada para usurpação das funções de outro poder.

O surgimento do Estado democrático contribuiu para a superação da divisão de poderes, nos moldes concebidos por Montesquieu. Na lição de De Esteban (2001), o advento da democracia superou os três poderes clássicos, podendo-se falar em vários poderes. Observa-se a necessidade de modulação e de adequação da teoria esboçada no século XVIII, inserindo um braço edificante, que é a soberania popular, cujas ramificações têm implicações das mais diversas ordens.

De modo exemplificativo, não se pode deixar de reconhecer a referência explícita a uma divisão quinquipartite dos Poderes, como ocorre na Constituição da Venezuela, que traz, em seu art. 136, a divisão vertical do Poder Público, em Poder Nacional, Poder Estadual e Poder Municipal; e a divisão horizontal do

---

Suprema pelo Presidente; a ratificação das nomeações dos altos funcionários do executivo pelo Congresso; e o poder de *impeachment* do Presidente.

5 Em seu texto original: “*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs détermine, n'a point de constitution*”.

Poder Público Nacional em Legislativo, Executivo, Judicial, Cidadão e Eleitoral. Da mesma forma, a Constituição do Equador, promulgada em 2008, supera a clássica divisão de poderes, pois elege, ao lado dos três poderes, legislativo, executivo e judiciário, o poder eleitoral e o “quinto poder”. Este último é o poder da transparência e do controle social, instituição popular de controle administrativo<sup>6</sup>.

Da mesma forma, ao adentrar nas inovações trazidas pela Constituição da Bolívia de 2009, verifica-se significativa alteração na forma de estruturação do Estado, incluindo, ao lado dos poderes legislativo, executivo e judiciário, o poder eleitoral e o controle social. Assim, na segunda parte da Constituição, relativa à estrutura e organização das funções de Estado, o Título V trata especificamente das funções de controle, de defesa da sociedade e defesa do Estado, sendo a primeira desempenhada pela Controladora Geral do Estado, instituição técnica que exerce a função de controle da Administração, das entidades públicas e daquelas que o Estado tenha participação ou interesse econômico.

Os novos arranjos institucionais reconhecem o controle como função atrelada ao próprio conceito de cidadania, como mecanismo capaz de assegurar ao cidadão a boa governança dos recursos públicos.

## 1.1. O Poder de Controle Exercido pelos Tribunais de Contas Brasileiros

Sob o enfoque das múltiplas funções estatais, o controle passa a ocupar um novo espaço na organização dos poderes. Decorre da própria soberania popular a necessidade de fiscalização da gestão da coisa pública.

---

6 Nos termos do art. 204 da Constituição do Equador: **Art. 204.** - El pueblo es el **mandante y primer fiscalizador del poder público**, en ejercicio de su derecho a la participación. **La Función de Transparencia y Control Social promoverá e impulsará el control de las entidades y organismos del sector público**, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad; fomentará e incentivará la participación ciudadana; protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y prevendrá y combatirá la corrupción. La Función de Transparencia y Control Social estará formada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría Del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias. Estas entidades tendrán personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa. (sem grifos no original).



No ordenamento brasileiro, o Tribunal de Contas teve assento constitucional em 1891, já ocasionando, à época, grande controvérsia sobre a posição estrutural que deveria ocupar dentro do Estado (MOREIRA NETO, 2003, p. 59)<sup>7</sup>. Por certo que tal incerteza acaba por ocasionar diversos outros questionamentos, seja com relação à natureza de suas decisões, seja com relação à própria natureza do procedimento que rege os Tribunais de Contas.

O modelo constitucional prevê a forma de composição dos Tribunais de Contas, estabelecendo um quantitativo fixo de nove ministros no âmbito federal e de sete conselheiros no âmbito estadual ou, quando houver, municipal. No entanto, ficou silente com relação ao quantitativo de auditores<sup>8</sup> substitutos de ministros/conselheiros, assim como de membros do Ministério Público de Contas, em que pese ter inovado com relação à exigência do concurso público para tais cargos.

O critério de escolha dos ministros obedece à indicação do Congresso Nacional de dois terços dos membros e do Presidente da República de um terço. O preenchimento das vagas adota o critério de origem de cada um dos ministros, vinculando-se cada uma delas à respectiva categoria a que pertencem. Da mesma forma, os Tribunais de Contas Estaduais e Municipais obedecem a esta proporcionalidade. Apenas dois cargos estão reservados a membros concursados, um proveniente da carreira dos auditores substitutos de conselheiros, e outro, dos membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.

Há que se ter em conta que o posicionamento majoritário compreende o Tribunal de Contas brasileiro como integrante da estrutura do Poder Legislativo, sem, contudo, manter qualquer relação de subordinação (MILESKI, 2003,

---

7 Moreira Neto (2003, p. 59), utilizando-se da classificação proposta por J.J. Gomes Canotilho, categoriza o Tribunal de Contas como “órgão constitucional de soberania”, dado que, além de derivar imediatamente da Constituição, destaca-se por ser essencial a forma de governo constitucionalmente constituída.

8 Sobre a nomenclatura do cargo de auditor, Canha traz uma distinção entre a acepção contábil do termo e a acepção jurídica. “Na acepção contábil, auditor é aquele que realiza auditoria, técnica contábil que verifica ou revisa registros, demonstrações e procedimentos da escrituração contábil. [...] A acepção jurídica do termo “auditor” existe e é presentemente utilizada, conquanto seja atualmente desconhecida. O eminente jurista De Plácido e Silva assim registra o vocábulo (p. 170), tanto na acepção jurídica como na contábil: “AUDITOR: É título por que se designam juízes ou magistrados encarregados da aplicação de justiça em certo ramo ou espécie de jurisdição, em regra, de ordem criminal” (CANHA, Cláudio Augusto. **A evolução (?) do papel dos auditores dos tribunais de contas do Brasil**. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/24751/a-evolucao-do-papel-dos-auditores-dos-tribunais-de-contas-do-brasil/5>> Acesso em: 25 mar. 2014).

p. 204). Tal entendimento advém da própria disposição constitucional, que insere a Instituição no capítulo do Poder Legislativo.

Nesse sentido, Mileski (2003, p. 254-255) ressalta a natureza dos Tribunais de Contas como organismos que, embora participem do Poder Legislativo, possuem autonomia e independência de atuação sobre os três poderes de Estado, procedendo à fiscalização com competências próprias, exclusivas e indelegáveis na forma preconizada pelo art. 71 da Constituição brasileira. Assim, mesmo integrando o Poder Legislativo, o Tribunal de Contas não tem por missão desempenhar atividades tipicamente legislativas, uma vez que suas funções estão atreladas à fiscalização da atividade financeira do Estado.

Essa dificuldade em posicionar os Tribunais de Contas dentro do arranjo clássico de poderes do Estado decorre, justamente, do fato de suas funções possuírem assento próprio dentro da estrutura de Estado, local este que não se confunde com os demais locais já ocupados pelas funções administrativa, legislativa e judicial. A função que lhe é própria é a função de controle.

## **1.2. A Jurisdição no Âmbito dos Tribunais de Contas**

Além da discussão, que envolve a posição que a Instituição ocupa dentro da estrutura orgânica do Estado, revela-se igualmente desafiadora a natureza das decisões prolatadas, uma vez que o próprio texto constitucional, ao enumerar o feixe de suas atribuições, explicitamente contempla o “juízo das contas”, mantendo a polêmica acerca de sua natureza jurisdicional.

A polêmica sobre a jurisdição no âmbito administrativo está presente desde a criação da Instituição. O próprio Regulamento n. 1.166, de 1891, já anunciava a natureza jurisdicional das decisões do Tribunal de Contas. A designação de Tribunal, conferida aos órgãos de controle, já remete ao modelo de jurisdição, sendo esta diretriz preconizada pelo constituinte brasileiro que, além de trazer expressamente o conceito de judicatura para dentro da disciplina dos Tribunais de Contas e de aparelhar a Instituição com membros de um Ministério Público especializado, como fiscais da lei, deixa assente a aplicação das garantias e dos impedimentos da magistratura a seus membros, ministros/conselheiros e auditores substitutos de ministros/conselheiros.

Sobre a possibilidade de se compreender a existência de uma jurisdição em outras esferas, Lopes (1947, p. 222) acentua que “em toda parte do mundo

se multiplicam as justiças especializadas, o contencioso administrativo vai ganhando terreno. Por isso chamamos essa derrogação da jurisdição uma um fato consumado na ordem jurídica moderna”.

Consagrando tal entendimento, a própria Constituição de 1988, em seu art. 71, II<sup>9</sup>, manteve a previsão constitucional da força judicante das decisões proferidas em sede de julgamento das contas públicas, dispositivo que sofreu significativa evolução desde a Constituição de 1934. A natureza jurisdicional dessa função, salientada inclusive por Pontes de Miranda<sup>10</sup>, também encontra grandes defensores entre os autores mais recentes.

Nessa hipótese, há propriamente o exercício de competências de natureza judicante, que permitem a imposição de sanções aos administradores públicos e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos. Não há qualquer margem para arbitrariedades, mas tão somente a aferição imparcial do cumprimento da lei.

Ao analisar as competências dos Tribunais de Contas brasileiros, Costa (2005, p. 95) reafirma a natureza dessa instituição como órgão autônomo da estrutura constitucional do Estado, uma vez que compartilha dos poderes inerentes à soberania. Nos seus dizeres, “pode-se afirmar que existe uma efetiva jurisdição especial de contas, exclusivamente desempenhada pelos Tribunais de Contas.”

Precisa é a lição de Medauar:

Tendo em vista que a própria Constituição assegura ao Tribunal de Contas as mesmas garantias de independência do Poder Judiciário, impossível considerá-lo subordinado ao Legislativo ou inserido na estrutura do Legislativo. Se sua função é de atuar em auxílio do Poder Legislativo. Sua natureza, em razão das próprias normas da Constituição, é a de órgão independente, desvinculado da estrutura de qualquer dos três

9 Nos termos da Constituição brasileira de 1988: “Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...] II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”.

10 Na lição de Pontes de Miranda: “Desde 1934, a função de julgar as contas estava claríssima, no texto constitucional. Não havíamos de interpretar que o Tribunal de Contas julgasse, e outro juiz as rejeitasse depois. Tratar-se-ia de absurdo bis in idem”. (MIRANDA, 1970, p. 251).

poderes. A nosso ver, por conseguinte, o Tribunal de Contas configura instituição estatal independente. (MEDAUAR, 1993, p. 140-141).

Compartilha do mesmo entendimento Moreira Neto, para quem o exercício dessa função auxiliar, no controle externo de contas públicas, não pressupõe que o órgão cooperador sequer pertença à estrutura ou ao complexo orgânico a ser auxiliado. Em suas palavras:

Como se deduz do exposto, no sistema brasileiro as Cortes de Contas, não importa o nível federativo em que se apresentem, é órgão constitucional cooperador e plural e onímico de toda a administração financeira-orçamentária, não se subsumindo a qualquer dos Poderes do Estado no desempenho de sua atuação. (MOREIRA NETO, 2003, p. 75)

Todavia, esse posicionamento pode, à primeira vista, colidir com o sistema da jurisdição una, sob o qual o Poder Judiciário detém o monopólio da tutela definitiva. Os argumentos procedimentalistas, que sustentam essa linha de pensamento defendida por Ferraz (1999, p.168-174), destacam alguns elementos que não estariam presentes nos procedimentos adotados pelos Tribunais de Contas, quais sejam: instauração do processo de ofício, e não por provocação; não substituição da vontade das partes; não formação de coisa julgada em sentido material; não inclusão da decisão do Tribunal de Contas no rol dos títulos executivos judiciais, e, sim, nos extrajudiciais, equiparando-a à certidão de dívida ativa da fazenda pública.

Há, ainda, o posicionamento de que a decisão dos Tribunais de Contas caminha numa terceira via, não sendo nem puramente administrativa nem tampouco eminentemente jurisdicional. Adepta dessa linha, Pietro esclarece que “pode-se afirmar que a decisão do Tribunal de Contas não se iguala a decisão jurisdicional, porque está também sujeita ao controle pelo Poder Judiciário, também não se identifica com a função puramente administrativa. Ela se coloca no meio do caminho entre uma e outra” (DI PIETRO, 1996, p. 23-36).

Em que pese as discussões sobre o tema, o conceito de jurisdição como poder do Estado, conforme salienta Mileski (2003, p. 211-212), leva à conclusão da possibilidade de um exercício de jurisdição tanto no desempenho da função administrativa quanto no desempenho da função judicial. E, sob esse fundamento, assevera que como a função fiscalizadora do Tribunal de Contas deriva de competências constitucionais específicas, a revisão de suas decisões só pode

se dar em face de ilegalidade manifesta ou erro formal, com estabelecimento de sua nulidade, mas sem, contudo, possibilitar o rejuízo das contas pelo Judiciário, por se tratar de uma competência constitucional exclusiva destinada aos Tribunais de Contas.

Observa-se, ainda, o entendimento exposto por Fernandes, para quem o julgamento proferido no âmbito do Tribunal de Contas constitui-se numa análise de mérito, impossibilitando sua revisão pelo Judiciário. Para o autor, “julgar é apreciar o mérito e, portanto, mesmo que a Constituição não utilizasse expressamente o termo julgar ainda assim uma decisão dessa Corte seria impenetrável para o Poder Judiciário.” (FERNANDES, 1999, p. 53-54).

E acrescenta ainda outro argumento, no intento de defender a natureza jurisdicional:

A disposição do art 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal tem por destinatário o legislador infraconstitucional, mas não veda que a própria Constituição, em dispositivo a ser coordenado, imponha o exercício da função jurisdicional a outro órgão, não integrante do Poder Judiciário, ou mais contundentemente, estabeleça que um determinado tipo de questão não seja objeto de apreciação judicial. (FERNANDES, 1999, p. 53-54)

O Supremo Tribunal Federal, ao se pronunciar sobre a matéria, manifestou-se no sentido da possibilidade de haver questionamento judicial das decisões dos Tribunais de Contas tão somente quando não tiver sido observado o direito à defesa pelo órgão fiscalizador ou quando houver ilegalidade manifesta.

O Ministro do STF, Joaquim Barbosa, ao tratar da matéria, enfatizou que a jurisprudência da Corte tem adotado o seguinte posicionamento:

[...] se o ato impugnado em mandado de segurança decorre de fatos apurados em processo administrativo, a competência do Poder Judiciário circunscreve-se ao exame da legalidade do ato coator, dos possíveis vícios de caráter formal ou dos que atentem contra os postulados constitucionais da ampla defesa e do *due process of Law*. RMS 24.347/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa. <sup>11</sup>

---

11 Disponível em:

<<http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2049625>>.

Acesso em: 13 maio 2014.

Diante das divergências, que já ultrapassam um século de discussão, resta a certeza de que a legitimação da Instituição do Tribunal de Contas consolidou-se pelo exercício cotidiano de suas competências, na busca de resultados legítimos e eficazes.

## **2. Jurisdição de Contas: Um Novo Desafio**

Muito se tem discutido sobre o déficit de legitimidade dos Tribunais de Contas, principalmente no que tange à efetividade de suas decisões. Esse questionamento decorre da própria democracia substantiva, cujo interesse social aponta para a necessidade do real controle das contas públicas, conjugando não só a eficiência na aplicação dos recursos mas, sobretudo, a efetividade dos controles estabelecidos, de modo a tornarem perceptíveis os benefícios deles advindos.

A atuação dos Tribunais de Contas deve não só resguardar a validade de suas decisões mas também assumir esse encargo de contra-poder, por meio de uma postura atuante e efetiva do seu corpo de julgadores, a quem compete proferir decisões sob a orientação intransponível do comando constitucional, em prol da verdade, da ordem jurídica e da democracia.

Assim, a interpretação do texto constitucional, quanto à função de controle como ramificação dos Poderes do Estado, deve conduzir a um sistema próprio da judicatura de contas, sob pena de esvaziamento das competências conferidas pelo constituinte originário aos Tribunais de Contas. As interferências orgânicas entre os poderes têm um limite intrínseco: nenhum poder pode invadir validamente o âmbito nuclear dos demais. Desse modo, deve ser preservado o âmbito funcional próprio, a operatividade básica, com foco nas suas decisões vitais e típicas (SOLOZÁBAL, 2001). O objetivo desse limite é evitar a concentração de funções em um único poder pelo esvaziamento das competências de outros órgãos ou instituições estatais.

Nesse cenário, a jurisdição de contas pressupõe um conjunto de espaços de decisões que envolvem interpretação de leis, indução probatória e juízo de valor próprio da esfera de contas públicas, cuja competência é reservada aos Tribunais de Contas.

## **2.1. A Ausência de um Sistema Processual Nacional: Um Obstáculo à Plena Jurisdição de Contas**

Aliado a sua competência material, é preciso também levar em consideração a existência de normas procedimentais, responsáveis por disciplinar a forma pela qual os julgadores devem proceder no desempenho da atividade de controle como função de Estado, ou seja, como devem julgar na apreciação da legalidade, legitimidade e economicidade de todos os atos de gestão que envolvam a aplicação de recursos públicos.

O controle externo passa por um momento de reformulação, em face da necessidade de adoção de um arcabouço processual e jurídico equânime, capaz de corporificar as premissas teóricas direcionadas à atividade de jurisdição de contas. A carência de uma sistematização teórica, aliada à ausência de um diploma normativo nacional, contribui para a dificuldade de uniformização das garantias procedimentais, abrindo um canal permissivo e propício a incertezas.

A necessidade de existência de uma organicidade do sistema processual foi enfatizada na exposição de motivos do novo Código de Processo Civil:

O enfraquecimento da coesão entre as normas processuais foi uma consequência natural do método consistente em se incluírem, aos poucos, alterações no CPC, comprometendo a sua forma sistemática. A complexidade resultante desse processo confunde-se, até certo ponto, com essa desorganização, comprometendo a celeridade e gerando questões evitáveis (= pontos que geram polêmica e atraem atenção dos magistrados) que subtraem indevidamente a atenção do operador do direito. Nessa dimensão, a preocupação em se preservar a forma sistemática das normas processuais, longe de ser meramente acadêmica, atende, sobretudo, a uma necessidade de caráter pragmático: obter-se um grau mais intenso de funcionalidade.

Desse modo, no âmbito dos Tribunais de Contas, o caminho a trilhar deve ter como ponto de partida o direito fundamental ao processo justo preconizado pelo Estado Constitucional, extraíndo-se de seus pressupostos jurídico-políticos os princípios estruturantes da jurisdição de contas. Ressalta-se, portanto, que tais diretrizes devem observar as especificidades do rito concernente ao Tribunal de Contas, sem se distanciar do arcabouço constitucional.

A exposição de motivos do novo Código de Processo Civil deixa assente a exigência de um sistema processual como instrumento de garantia do Estado Democrático de Direito, pois somente mediante regras objetivas, uniformes e sistematizadas é possível a realização material dos direitos tutelados, seja objetivos, seja subjetivos. Assim, extrai-se da referida exposição de motivos:

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. [...] o processo passou a ser visto como instrumento, que deve ser idôneo para o reconhecimento e a adequada concretização de direitos.

Com efeito, o processo sofre o influxo do direito por ele tutelado, que condiciona sua finalidade e determina sua estruturação, devendo resguardar o direito ao processo justo e a todos os outros direitos que compõem o seu perfil mínimo.

Assim, o exercício da judicatura de contas se desenvolve como garantia do devido processo legal (*due process of law*), cuja atividade cognitiva pela busca da verdade instaura-se mediante o exercício do contraditório, direcionado a resguardar uma tutela adequada e efetiva. Para tanto, ao raciocínio hermenêutico, baseado nas razões jurídicas e fáticas trazidas aos autos, deve-se acrescentar a publicidade, como mecanismo de controle interno e externo de toda atividade processual; a legalidade dos procedimentos; a motivação das decisões; e a celeridade processual.

Por certo que as decisões dos Tribunais de Contas devem estar vinculadas a raciocínios hermenêuticos dissociados da aspiração volitiva de consensos ou dissensos, de modo a primar pela isenção e imparcialidade, conforme aponta Ferrajoli:

Exatamente por residir na garantia da aferição imparcial da verdade, a legitimidade do juízo não pode depender do consenso da maioria. **Nenhuma maioria, nem mesmo a unanimidade dos consensos ou dos dissensos, pode tornar verdadeiro o que é falso ou falso o que é verdadeiro.** Consensos ou dissensos nada acrescentam à falsidade ou à verdade de uma motivação. Por isso, o caráter eletivo dos magistrados — presente por exemplo na experiência constitucional americana — está em contradição com a fonte de legitimação da jurisdição, assim como a



elegibilidade — ou pior ainda, a dependência do ministério público do executivo — está em contradição com a fonte de legitimação da jurisdição. [FERRAJOLI, 2010, p. 154-155, (grifo nosso)].

A conquista de uma maior legitimidade estrutural e/ou institucional pressupõe a justificação dos juízos de valor, suscetíveis de argumentação e de controle a partir de princípios políticos consagrados na Constituição.

Na visão de Alexy (2001), há uma correlação entre a legitimidade democrática intrínseca do Poder Legislativo e a legitimidade argumentativa, pressuposto a ser obedecido pelo aplicador do Direito, pois é mediante a exposição das razões que justificaram a tomada de determinada decisão que se permite a redução do subjetivismo decisionista, fator de constante perda de legitimidade.

Assim, é um equívoco considerar que o consenso, pressuposto da legitimidade democrática, tão presente no dia a dia do poder legislativo e mesmo do executivo, deve ser valorizado na atuação dos Tribunais de Contas. São a imparcialidade e a qualificação técnica os elementos centrais que devem ser elevados à condição de máxima efetividade. Então, a composição de seu colegiado não está condicionada a consensos políticos, mas à *expertise* de seus julgadores, que devem preencher o núcleo dos requisitos de qualificação necessários para o desempenho das atribuições do cargo.<sup>12</sup>

O reconhecimento da esfera de legitimidade institucional, por se tratar de um processo dinâmico e em constante transformação, não é obtido de forma definitiva. É necessário, além da *expertise* de seus julgadores, a constante preocupação com as decisões, que devem ser motivadas, razoáveis e transparentes, revigorando o alicerce de legitimidade dos Tribunais de Contas.

O que se pretende é lançar o desafio para um novo olhar sobre os princípios e as regras procedimentais que servem de instrumento para o exercício da judicatura de contas públicas, a fim de assegurar-lhe concretude e efetividade. A ausência dessa sistemática em âmbito nacional constitui um obstáculo à efetiva jurisdição de contas.

---

12 Nota-se que o concurso público é apenas um mecanismo de seleção. A própria Constituição Federal adotou como forma de ingresso, por exemplo, para os Ministros dos STF a escolha dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

## Conclusão

Os novos arranjos das funções afetas aos Poderes de Estado privilegiam a soberania popular como elemento central da democracia. Nesse cenário, o controle é instado a assegurar ao cidadão a boa governança dos recursos públicos.

No ordenamento brasileiro, os Tribunais de Contas ora ocuparam o capítulo relativo ao Poder Judiciário, ora ao Legislativo. Essa dificuldade em posicionar os Tribunais de Contas dentro do arranjo clássico de poderes do Estado decorre, justamente, do fato de suas funções possuírem assento próprio dentro da estrutura de Estado.

É preciso reconhecer a existência da jurisdição de contas e de todo o arcabouço material e procedimental que lhe dê suporte. Esse é o desafio imposto pelo Estado Democrático de Direito.

O controle das contas públicas está direta e estritamente vinculado à boa governança, à verificação da eficiência na aplicação dos recursos. Frisa-se, assim, que o encargo de contra-poder, como alicerce de legitimidade, deve ser assumido pelos Tribunais de Contas por meio de uma postura atuante e efetiva na aplicação da lei, cabendo aos seus membros primar, na busca pela verdade, por decisões isentas e justas.

É preciso, portanto, avançar com relação à existência de um sistema nacional próprio da judicatura de contas, sob pena de esvaziamento das competências conferidas pelo constituinte originário aos Tribunais de Contas.

Há um espaço de decisões que lhe é próprio, envolvendo o julgamento das contas públicas. É preciso conjugar a competência material outorgada pelo constituinte, com normas procedimentais, de modo a identificar *em que termos deve se operacionalizar* o julgamento dos Tribunais de Contas na apreciação da legalidade, legitimidade e economicidade da boa gestão dos recursos públicos. Deve-se levar em consideração que a atividade julgadora pressupõe um conjunto de espaços de decisões que envolvem interpretação e aplicação da lei, indução probatória e juízo de valor próprio da esfera de contas públicas.

A função da judicatura envolve, portanto, garantias procedimentais próprias do interstício processual da busca pela verdade, na aplicação da lei no que concerne aos atos com repercussões contábeis, orçamentárias e patrimoniais. São diretrizes relacionadas à forma pela qual os julgadores devem operacionalizar o direito fundamental ao processo justo preconizado pelo Estado Constitucional.

Assim, o sistema de controle externo brasileiro passa por um momento de reformulação, em face da necessidade de adoção de um arcabouço processual e jurídico próprio. A judicatura de contas é chamada a ocupar seu espaço na geometria do poder, desempenhando como plenitude a função de controle.

## Referências

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação**. São Paulo: Landy, 2001.

ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. **El Neoconstitucionalismo Transformador**. Quito: Abya Yala, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/>>. Acesso em: 26 mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 24.347/DF**. Impetrante: Júlio Carlos Sampaio. Impetrado: União. Relator Min. Maurício Corrêa. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2049625>>. Acesso em: 13 maio 2009.

CANHA, Cláudio Augusto. **A evolução (?) do papel dos auditores dos tribunais de contas do Brasil**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24751/a-evolucao-do-papel-dos-auditores-dos-tribunais-de-contas-do-brasil/5>>. Acesso em: 25 mar. 2014.

COSTA, Luiz Bernardo Dias. **O Tribunal de Contas no Estado Contemporâneo**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – PUC/PR, Curitiba, 2005.

DE ESTEBAN, Jorge. **Tratado de Derecho Constitucional I**. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Coisa julgada – aplicabilidade a decisões do Tribunal de Contas da União. **Revista do TCU**, Brasília, v. 27, n. 20, 1996.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Da função jurisdicional pelos Tribunais de Contas. **Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal**, Brasília TC/DF, v. 25, p. 53-54, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. Jurisdição e consenso. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC)**, Belo Horizonte, ano 4, n. 16, p. 154-155, out./dez. 2010.

FERRAZ, Luciano de Araújo. **Controle da administração pública: elementos para a compreensão dos Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

LOPES, Alfredo Cecílio. **Ensaio sobre o Tribunal de Contas**. 1947. Dissertação (para concurso à livre docência de Direito Administrativo e Ciência da Administração) – Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito, São Paulo, 1947.

MADISON, James. **Os artigos federalistas, 1787-1788: versão integral**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. São Paulo: RT, 1993.

MILESKI, Hélio Saul. **O controle da gestão pública**. São Paulo: RT, 2003.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969**. 2. ed. São Paulo: RT, 1970.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. In: SOUZA, Alfredo José de (Org.). **O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 77-130

PEÑA SOLIS, José. **Lecciones de Derecho Constitucional General**. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2008. v. 1, t. 2.

SOLOZÁBAL, J. Separación de Poderes. In: REYES, Manuel Aragon (Coord.). **Temas Básicos de Derecho Constitucional I**. Madri: Civitas, 2001.



# Os novos refugiados e (em razão de) sua orientação sexual

*Magno Aparecido de Souza*

*Dulcilene Aparecida Mapelli Rodrigues*

Os direitos humanos pressupõem a cidadania não apenas como um fato e um meio, mas sim, como um princípio, pois a privação da cidadania afeta substancialmente a condição humana, uma vez que o ser humano privado de suas qualidades – o seu estatuto político- vê-se privado de sua substancia, vale dizer: tornado pura substância, perde a sua qualidade substancial. Que é ser tratado pelos outros como semelhantes. (AREN-DT, 1989, p. 89)

## Introdução

Atualmente o Brasil e o Mundo vêm se deparando com questões voltadas a direitos humanos de um grupo particularmente perseguido ao longo da história mundial, a população de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transgêneros, também conhecidos pela sigla LGBTT.

Contudo com o aumento significativo da violência e da criminalização da conduta homossexual entre adultos, que ocorre em países africanos, mulçumanos, no Brasil, e mais recentemente na Rússia, milhões de pessoas ao redor do mundo questionam-se acerca da origem de tais perseguições, o que empreende esforços para a busca de legislações vigentes na temática humanitária como forma de proteção para estes indivíduos que, em razão da perseguição por conta de sua opção sexual, deslocam-se para buscar a devida proteção dos seus direitos mais essenciais.

Nesse sentido pesquisadores ao redor do mundo têm traçado um perfil histórico e religioso desses países com normatizações que visam à aplicação de sanções penais e perseguições a pessoas que se envolvam em atos homossexuais consentidos. O que delimita fundamental importância para a identificação do

grupo de indivíduos de lésbicas, gays, bissexuais e transexuais como membros legitimados para a concessão de refúgio nos termos do Estatuto dos Refugiados.

Por sua vez, o instituto do refúgio tem sido interpretado de forma a alargar o conceito de refugiados, a partir de interpretações extensivas nas últimas décadas, com o objetivo de se adequar às necessidades de uma sociedade em evolução, permitindo assim a inclusão de grupos de indivíduos pertencentes à classe LGBTTT, entre outras, como integrantes legítimos dos “grupos sociais”, e beneficiando-se assim do reconhecimento de seu status de refugiados nos países que os acolhem.

## 1. Direitos Humanos e o Conceito de Refugiados

Com a evolução dos Direitos Humanos ao longo da história, se tornou incompatível a delimitação conceitual e filosófica do significado contemporâneo de Direito Humano, entretanto em um primeiro momento os direitos humanos surgiram com uma fundamentação religiosa na Grécia Antiga, passando a ter um caráter de natureza com os estóicos e sofistas, e posteriormente na Idade Média a se constituir novamente com base na religião monoteísta, contudo com os princípios filosóficos do Iluminismo, buscou-se ter uma concepção de racionalidade própria do homem (JUBILUT, 2007, p. 53).

Os Direitos Humanos foram historicamente divididos em 3 fases, ou também chamadas como gerações, segundo Jubilut (2007, p. 54) a primeira fase, trava-se como um resgate da concepção de direitos naturais, que precediam a existência humana, que foram alimentados pelas revoluções iluministas, sendo documentados posteriormente em diversas declarações pelo mundo. Após esta positivação dos primeiros Direitos Humanos em declarações assinadas pelos Estados, que emanavam filosofias de direito à vida, à liberdade e à igualdade, deu-se o início a segunda geração dos Direitos Humanos, que de forma significativa, visava à ampliação, de forma generalizada desses direitos intrínsecos ao homem.

Entretanto com as atrocidades e barbáries ocorridas na Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional pode observar todos os atos de crueldade cometidos contra o ser humano, criando assim em 1945 a ONU, (Organização das Nações Unidas), que tem um caráter universal, que promulgou em 26 de junho de 1945 uma Carta que foi promulgada pelo Brasil em 22 de outubro de 1945, através do Decreto nº. 19.841, que têm em seu artigo primeiro os objetivos

pelo qual todos os Estados devem lutar, dentre eles a paz e segurança internacionais (artigo 1º nº1), e a promoção do respeito com base na igualdade de direitos, artigo 1º, nº 2).

Nesse sentido, de forma a avançar dentro do tema, pode-se observar que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, que em tese surgiu após a Segunda Guerra Mundial, visando proporcionar garantias mínimas de subsistência à espécie humana, assegurando assim direitos essenciais ao homem, tem como base filosófica os pensamentos do filósofo Emmanuel Kant que disserta que o, “homem, é duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo” (KANT, 2007, p. 68). Ademais, “a essência de todos os seres humanos é igual, independentemente de sua origem cultural ou nacional” (JUBILUT, 2007, p. 51).

“Os direitos humanos são, garantias individuais que objetivam a proteção dos direitos mais essenciais do ser humano em face ou de outros seres humanos, uma vez que por serem todos essencialmente iguais, um não pode interferir na esfera individual alheia, ou em face do Estado” (JUBILUT, 2007, p. 51). Eis que visam resguardar a sua integridade física e psicológica perante seus semelhantes e perante o Estado em geral, de forma a garantir, o bem estar social através da igualdade fraternidade e da proibição de qualquer espécie de discriminação (RODRIGUES e CARDOSO, 2012, p. 66).

Destarte, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 configura-se como o marco histórico da construção desta concepção contemporânea, elencando um rol de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Tais direitos de caráter universal vieram como uma resposta às violações de direitos fundamentais ocorridas durante os períodos históricos de guerra vivenciada pela humanidade, tais como a 1ª e a 2ª grande Guerra Mundial, e consequentemente a Guerra Fria.

A acepção de Direito Humano, traz consigo uma visão de universalidade, pois “a condição de pessoa é requisito único e mais que suficiente para se reconhecer e exigir o devido respeito à dignidade humana e à titularidade de direitos” (MILESI, 2012, p. 7) e de indivisibilidade, pois “a garantia dos direitos civis e políticos é a condição para a observância dos direitos sociais” (MILESI, 2012, p. 7).

Nesse contexto de proteção aos direitos fundamentais do homem aponta o termo refugiado, que tem como proteção internacional as bases normativas de Direito Internacional Público.



A concepção da figura e conceito do refugiado primeiramente prevista na Convenção da Organização das Nações Unidas de 1951, baseava-se em critérios distintos de tempo e posição geográfica para a definição de quem seria a figura do refugiado. Tal preceituação foi extremamente útil para proteção desses grupos que foram deslocados forçadamente, uma vez que, a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados que em seu artigo primeiro, da seção A, item dois, define o termo refugiado a qualquer pessoa

Que, em consequência de acontecimentos ocorridos antes de 1 de Janeiro de 1951, e receando com razão ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontre fora do país de que tem a nacionalidade e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a proteção daquele país; ou que, se não tiver nacionalidade e estiver fora do país no qual tinha a sua residência habitual após aqueles acontecimentos, não possa ou, em virtude do dito receio, a ele não queira voltar. (ONU, 1954, p. 137)

As experiências até então vivenciadas pela humanidade no período de guerra, foi o propulsor acolhido pela Convenção de 1951 para a definição do conceito de refugiados, ficando assim evidenciado a delimitação de um lapso temporal e geográfico sendo aplicado sob a óptica apenas dos eventos ocorridos antes de 1951 na Europa, entretanto, podemos observar a universalidade de seu conceito jurídico no estatuto dos refugiados.

Não obstante tal definição, denotada no lapso temporal que abrange apenas eventos ocorridos antes de 1951 e as referidas limitações geográficas, cuja aplicação de concessão de refúgio era prevista a apenas pessoas do continente Europeu, criaram-se um impasse na concessão de refúgio; pois com a evolução e novos acontecimentos históricos na humanidade, e com os novos conflitos que não se delimitaram às grandes guerras, viu-se a necessidade da ampliação do conceito de refugiado, que foi posteriormente dilatado e aprimorado com o Protocolo de 1967, e a Declaração de Cartagena em 1984.

A dilatação do conceito de refugiados, trazidos com o Protocolo de 1967, extinguiu as reservas temporais, retirando de seu texto o reconhecimento e conceituação dos refugiados através dos acontecimentos ocorridos antes de 01 de janeiro de 1951, dando assim uma maior abrangência do conceito de refugiado.

O protocolo de 1967 foi aprovado pela Resolução 2198, em reunião da Assembléia Geral das Organizações das Nações Unidas em 16 de dezembro de

1966, passando a vigorar no dia 4 de outubro de 1967. Entretanto manteve suas limitações acerca das características dos refugiados por violações de direitos civis e políticos e a limitação geográfica, mantendo a concessão de refúgio único e exclusivamente para pessoas com origem no continente europeu.

Contudo com a Declaração de Cartagena em 1984, que transcendendo a universalidade do direito, trouxe a idéia de não apenas configurar a perseguição de maneira individualizada, por motivos de raça, religião, nacionalidade, opiniões ou pertencas a certo grupo social, mas de uma maneira significativa, “incluir aquelas pessoas que deixaram seu país de origem por causa da guerra, da violação massiva de direitos humanos ou de causas similares” (MILESI, 2012, p. 7).

Com o advento da Declaração de Cartagena, o conceito de refugiado dilatou-se mais uma vez, ficando caracterizados como refugiados os que “tenham fugido dos seus países porque sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos [...]” (MILESI, 2012, s.p.).

Pela Convenção de 1951 sobre os refugiados e outros documentos internacionais, “a condição de refugiado existe desde o momento em que uma pessoa cruza uma fronteira devido ao temor de perseguição ou violência” (ORELLANA, 2007, p. 5), nesse contexto salientamos que um dos princípios basilares do Estatuto Internacional dos Refugiados, é o princípio do *non-refoulemente*, ou a não devolução do refugiado ao país de origem que deu origem ao temor de perseguição ou de violência, tal princípio tem como base e fundamentação legal o artigo 33º do Estatuto Internacional do Refugiado (ONU, 1954, p. 137).

Verifica-se, pois, que não obstante o artigo 1º do Estatuto dos Refugiados (BRASIL, 1997), encartar a definição do refugiado desde a convenção de 1951, tal conceito tem sido alterado em decorrência aos acontecimentos históricos e pelo seu até então limitado rol taxativo, que fazia até então com que nos deparássemos com situações antes não cogitadas. Diante desta transformação no cenário mundial, o Direito em diversos países, tem reinterpretado diversas vezes este estatuto, para que assim possa inserir novos “grupos sociais” no seu âmbito de proteção.

Destarte, no que concerne a legislação brasileira, acerca do refugiado, o Brasil criou uma legislação própria embasada nas convenções já existentes, pro-

mulgou a Lei 9.474/97, que disserta, inclusive, sobre a condição de refugiado<sup>1</sup>. No mesmo passo, a legislação brasileira, cria um órgão competente no país para tratar da concessão de refúgio, o CONARE – Comitê Nacional de Refugiados – que visa à proteção e preservação do instituto do refúgio, evitando assim o seu uso indevido com fins migratórios.

Está posto, pois, em solo pátrio, o conceito de refugiado e os procedimentos de admissibilidades de concessão ou não de refúgio, além de criar um órgão competente para pautar tais assuntos. O que implica no reconhecimento brasileiro acerca da aceitação sobre os refugiados, com fulcro nas Declarações de Direitos Humanos existentes.

A partir dessa visão norteada pela dignidade da pessoa humana, revela-se premente como *longa manus* da igualdade e liberdade buscadas contemporaneamente, a consideração e promoção de abrigo aos homossexuais, enquanto grupo social, que em razão de sua orientação sexual sofre feroz perseguição e aviltamento.

## 2. Orientação Homossexual e Concessão de Refúgio

A figura da homossexualidade em diversas civilizações ao longo da história, e desde a Grécia Clássica está intrinsecamente ligada à concepção de cidadania, pois a pederastia servia como suporte às iniciações do conhecimento, portanto um caráter eminentemente pedagógico (DIAS, 2011, p.30) o mesmo era indiferente às relações entre pessoas do mesmo sexo na Roma pré-cristã. A concepção da associação de pecado e posterior perseguição a pratica de atos homossexuais surgiu na Europa na Idade Média, cujo de maneira geral criminalizavam os relacionamentos homo-eróticos.

---

1 A Lei 9.474/97 delimita: Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que: I – devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontra-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; II – não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior; III – devido a grave e generalizada violência de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Em “1886 o sexólogo Richard von Krafft-Ebing listou a homossexualidade e outros 200 estudos de casos de práticas sexuais em sua obra *Psychopathia-Sexualis*. Krafft-Ebing propôs que a homossexualidade era causada por uma “inversão congênita” que ocorria durante o nascimento ou era adquirida pelo indivíduo.” Tornando assim a homossexualidade um caso de patologia” (SANTOS, 2011, s.p.).

Contudo em 1975 a Associação Americana de Psicologia, desconsiderou a homossexualidade como uma doença, distúrbio ou perversão, e somente em 1985 no Brasil o Conselho Federal de Medicina deixa de considerar a homossexualidade como um desvio sexual, esclarecendo aos médicos e psiquiátricas que a homossexualidade não se tratava de uma patologia, portanto não sendo mais considerado como um diagnóstico e finalmente em 1990 a Organização Mundial da Saúde, retirou da sua lista de doenças e transtornos mentais a homossexualidade (DIAS, 2011, p. 30).

“Orientação afetiva e erótica-sexual em relação a alguém de seu mesmo sexo” (DIAS, 2011, p. 28), é uma das definições para o termo: homossexualidade. Contexto no qual Katz (1996, p. 90) afirma que “a existência da heterossexualidade não tem qualquer sentido, posto que, sem a referência à figura do homossexual, o heterossexual perde sua auto-atribuída importância”.

Pode-se dizer que, de longa data se dá a observação de que a orientação sexual, voltada à homossexualidade de um indivíduo, não raras vezes, é tratada como algo marginalizado, gerando perseguição, seja pela sociedade, seja pelo próprio Estado (quando da ausência de políticas públicas igualitárias e protetivas), seja por concepções de fulcro absolutamente religiosas, ou científicas, quando da mesma considerando a patologia da homossexualidade.

Tais fatores afetam diretamente a destruição do psicológico de cada indivíduo que possui a homossexualidade como orientação sexual; e ao mesmo tempo afeta o próprio meio social, eis que muitas vezes a convivência em seu ambiente natural, torna-se inviável em razão do preconceito e da consequente perseguição e violência aos homossexuais.

Inelutável que a orientação sexual dos homossexuais os consubstanciam como indivíduos pertencentes a um “grupo social” e por assim ser, evidencia-se, aqui, a necessária caracterização para reconhecimento do *status* de refugiado - aliado aos fatores do devido e fundado temor de perseguição - aos homossexuais.

Um grupo de indivíduos que hoje majoradamente tem dois agentes perseguidores basilares, o Estado quando sanciona legislações<sup>2</sup> criminalizando atos homoafetivos, com fulcro em concepções religiosas, e a sociedade com a sua dificuldade histórica de aceitação e de perseguir com tudo aquilo que é considerado do socialmente aceitável e caracterizado como diferente.

O Relatório Homofobia do Estado (ASSOCIAÇÃO..., 2012, s.p.) ainda adverte que nos países como o Brasil que não possuem leis que criminalizam o ato homossexual consensual entre adultos, necessariamente não deixa de reconhecer agentes não estatais que praticam este tipo de perseguição a estes indivíduos.

De fato, a falta de criminalização explícita de atividades do mesmo sexo não evita que indivíduos LGTBTT fiquem expostos à violência extrema. A ausência de criminalização não demonstra a ausência do risco de perseguição e/ou suficiência de proteção do Estado. A questão da legalidade do sexo gay é tão somente um elemento e não pode, por si só, ser tomado como uma resposta à questão do risco de perseguição baseado na sexualidade. (ASSOCIAÇÃO..., 2012, s.p.).

Inolvidável, ademais, a necessária identificação do indivíduo como pertença de determinado grupo da sociedade, para o reconhecimento do *status* de refugiado. De igual senda, a definição de “grupo social” conforme descrito no Estatuto dos Refugiados não é precisa, ou seja, como o rol taxativo cita os indivíduos que possuem o direito de concessão de refúgio é limitado, em contrapartida o grupo social é um objeto que flexibiliza o instituto de refúgio a garantir ao maior número de indivíduos, com o devido e fundado temor de perseguição a sua proteção.

Para Jubilut (2007 p. 132), há três critérios para se definir um grupo social: A) critério da coesão do grupo, que se funda no próprio grupo, e no fato de ele se identificar enquanto grupo social; B) critério contextual, representado pela forma como a sociedade observa a existência de um grupo, e o posicionamento da mesma frente ao conjunto de pessoas, considerando-as como um grupo ou não; C) critério do agente de perseguição, a partir do qual analisa-se a postura do agente perseguidor em relação ao grupo, e em havendo perseguição como

---

2 Segundo relatório publicado no ano de 2012, pela Associação Internacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Trans e Intersexos (ILGA), atualmente 78 países possuem legislações que criminalizam atos homossexuais consentidos entre pessoas adultas do mesmo sexo.

estivesse em face de um membro de grupo de indivíduos, há a caracterização de um grupo social.

Nesse diapasão recentemente o atual secretário-geral das Nações Unidas, Ban Ki-moon, pediu aos países africanos que respeitassem os direitos dos homossexuais, num discurso por ocasião da XVIII Cimeira da União Africana, em Addis Abeba, Ban Ki-moon citou em seu discurso que a “discriminação, ignorada ou mesmo aprovada por numerosos Estados durante demasiado tempo, é a discriminação com base na orientação ou identidade sexual” (KARUMBA, 2013, s.p.), acrescentando ainda que tal discriminação faz com que os governos tratem as “pessoas como cidadãos de segunda classe, ou criminosos” (KARUMBA, 2013, s.p.).

O grupo social caracterizado pela sua orientação sexual homossexual, tem seus Direitos Humanos violados, ao serem perseguidos ou em razão do fundado temor de perseguição pela sua característica inerente a sua orientação sexual, o que avilta inelutavelmente sua condição humana. Fator que imprime necessária instituição de proteção legal através do seu enquadramento como grupo social.

O tema representa ainda pouco desenvolvimento no campo acadêmico, e representa premente normatização e reconhecimento dos indivíduos “LGBT” como pertencentes ao grupo social, referido no Estatuto dos Refugiados, e que o aumento significativo de países que criminalizam ou permitem a segregação social homossexual estão violando os Direitos Humanos, que são imprescindíveis de aplicabilidade.

A sistemática jurídica internacional prevê direitos eminentemente substanciadores da dignidade humana e que devem ser respeitados e efetivados em todas as situações, às quais enquadram-se, notadamente, perseguições em razão da opção sexual. Neste sentido é o estabelecido no artigo 3º da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados (ONU,1951).

Em contrapartida, aos países que estão dando exemplos, e retirando do rol criminal o ato homossexual consensual entre adultos do mesmo sexo, a Rússia ganhou destaque mundial no ano de 2013, quando o país sancionou uma lei em 11 de junho de 2013, que proíbe a propaganda de relações sexuais “não tradicionais”. E ao mesmo tempo em que a lei foi aprovada, inúmeros casos de violência homofóbica vieram à tona, mais de 200 vídeos foram publicados no último semestre de 2013, onde grupos neonazistas simulavam encontros com jovens gays, e os humilhavam diante das câmeras com a posterior publicidade nas redes sociais russas (BARATA, 2014, s.p.).

Uma pesquisa realizada no Brasil, no período de janeiro a dezembro de 2011, registrou 6.809 denúncias de violações de direitos humanos contra a população LGBT, e os Estados com maior número de violações foram consequentemente; São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Ceará e Bahia, sendo que outro dado levantado foi que as violações aos direitos humanos desses indivíduos foram cometidas por mais de um agressor ao mesmo tempo. (ONU, 2013,s.p.)

Diversas são as situações<sup>3</sup>desenvolvidas ao longo dos tempos e que denotam a segregação das minorias sexuais, evidenciando-se a premente criação de mecanismos estatais próprios para o enquadramento do homossexual como pertencente ao grupo social “LGBT” e como tal, ser legitimado para a concessão do *status* de refugiado.

De igual senda, urge a edificação de um Estado que efetive os direitos de seus cidadãos, ao mesmo tempo em que possua e realize a garantia de desenvolvimento somada à concreção de reais condições de vida e desenvolvimento aos refugiados assim reconhecidos como pertencentes ao grupo social, em razão de sua opção sexual. E neste sentido, a previsão e realização de políticas públicas eivadas de ditames sociais e fundamentais, devem ser o móvel estatal com vistas a realização da dignidade da pessoa humana.

### 3. Políticas Públicas aos Refugiados no Brasil

O Brasil é um dos países mais desenvolvidos no que tange ao Estatuto dos Refugiados, pois, em 22 de Julho 1997, promulgou a Lei 9.497, cujo definiu mecanismos para a aplicabilidade do Estatuto dos Refugiados de 1951 e determinou outras providências, tais como, ampliação mais uma vez o conceito de refugiado, antes com delimitações temporais e geográficas, dando assim à possibilidade da concessão do *status* de refugiados a lésbicas, gays, bissexuais e transexuais que possuem fundado temor de perseguição em razão da sua orientação sexual, se enquadrando assim a um determinado grupo social.

---

3 Como exemplo, em 2008, dois sargentos do exército assumiram ter uma relação homoafetiva, desde então eles alegam que passaram a sofrer retaliações dos superiores hierárquicos, e em 2012 recorreram à Corte Internacional de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos em busca de refúgio. Congresso em Foco. **Militares gays pedem refúgio fora do país**. 12 jan. 2012. Disponível em: <<http://www.wscom.com.br/noticia/brasil/MILITARES+GAYS+PEDEM+REFUGIO+-119060>>. Acesso em: 24 ago. 2014.

Inicialmente, antes de adentrarmos no assunto de políticas públicas aplicadas no Brasil aos refugiados, cabe em primazia conceituar o seu significado, para isso utilizaremos definições doutrinárias a cerca desse tema.

Eloisa de Mattos Höfling (2001, p.01-02), que utilizou a definição de (Gobert, Muller, 1987), leciona que as políticas públicas representam “ o Estado implantando um projeto de governo, através de programas, de ações voltadas para setores específicos da sociedade”. E são consubstanciadas de questões de fundo, que demonstram “as decisões tomadas, as escolhas feitas, os caminhos de implementação traçados e os modelos de avaliação aplicados, em relação a uma estratégia de intervenção governamental qualquer.

Nesse contexto, pensando em políticas públicas voltadas aos refugiados já reconhecidos como tais pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, o ACNUR, tanto a Convenção de 1951, quanto a Lei 9.474/1997, possuem em seu texto de lei iniciativas pioneiras que propiciam um significativo aumento das garantias e proteção dos direitos humanos dos refugiados. A própria Lei 9.474/97 emana de seu conteúdo diversas políticas públicas de aplicabilidade imediata, tais como em seus artigos 21, 43 e 44.

Dentre as referidas garantias previstas, encontramos o direito ao reassentamento, delimitado no Capítulo III, artigos 45 e 46 da Lei 9.474/1997, que consiste na prática de um Estado acolher, em seu território, refugiados já reconhecidos como tais, pelo ACNUR e/ou por outro Estado, que não tiveram, porém a necessária proteção por parte de país que lhes deu acolhida. E esta ausência de acolhida pode se dar em razão de “necessidade de proteção jurídica ou física, seja pela necessidade de cuidados médicos específicos, seja por sua condição especial – como a de crianças e adolescentes, de idosos, de mulheres em situações de risco ou de famílias separadas) ou por total falta de integração local” (JUBILUT, 2007, p.199).

Com fulcro em ambos os artigos que dissertam que de formas coordenada com os órgãos estatais, e de organizações não governamentais os refugiados terão toda a proteção dos seus direitos fundamental pelo país que lhe conceder acolhida.

Assim, o refugiado que não tenha se adaptado de maneira precisa no primeiro país que lhe tenha concedido o *status* de refugiado pode optar, desde que, seja acolhido por outro Estado, com tal possibilidade de reassentamento, o que constitui um direito do indivíduo e possui caráter necessariamente voluntário.



O refugiado pode optar pela escolha de um país que lhe for mais favorável e que assemelha a cultura do seu país e que possa ter uma maior adaptação, e todo este processo deve prover a aceitação do refugiado. De acordo com Jubilit (2007, p. 200), tal fator que norteia a efetivação de políticas públicas estatais, decorre do princípio do *non-refoulement*, “pois, caso se realizasse a troca de países sem que o refugiado assim o desejasse, poder-se-ia estar encobrindo a sua devolução para um país no qual sua vida fosse ameaçada.”

O Brasil, só se tornou um país de reassentamento após ter assinado o Acordo Marco para o Reassentamento de Refugiados entre o Governo da República Federativa do Brasil e o ACNUR em 1999 (UNHCR ACNUR, 2007, p. 200).

Entretanto várias foram as tentativas relativas às políticas públicas de reassentamento em solo pátrio, processo que foi todo acompanhado pelo Comitê Nacional para Refugiados, o CONARE<sup>4</sup>.

Inolvidáveis que as dificuldades cada vez maiores, enfrentadas pelo Brasil para reassentar os refugiados, foram cruciais para o acolhimento da proposta do Brasil do Reassentamento Solidário, na então aprovada Declaração e Plano de Ação do México para Fortalecer a Proteção Internacional dos Refugiados na América Latina, que segundo Jubilit (2007, p. 202), consiste em que os “Estados da América do Sul se comprometessem a auxiliar os Estados que apresentem maiores dificuldades na proteção aos refugiados.”

Neste contexto, ainda no que concernem às políticas públicas brasileiras, para melhor garantir os direitos fundamentais dos refugiados há mais algumas iniciativas, que visam o estabelecimento de novas parcerias com entidades não governamentais e o governo brasileiro, no intuito de estabelecer junção de esforços para o aprimoramento e acolhida aos refugiados.

Ainda no que tange à proteção do refugiado, podemos citar o processo de legalização da pessoa em nosso país, que se dá desde a formulação do pedido

---

4 O CONARE - Comitê Nacional para os Refugiados é o órgão colegiado, vinculado ao Ministério da Justiça, que reúne segmentos representativos da área governamental, da Sociedade Civil e das Nações Unidas, e que tem por finalidade: analisar o pedido sobre o reconhecimento da condição de refugiado; deliberar quanto à cessação “ex officio” ou mediante requerimento das autoridades competentes, da condição de refugiado; declarar a perda da condição de refugiado; orientar e coordenar as ações necessárias à eficácia da proteção, assistência, integração local e apoio jurídico aos refugiados, com a participação dos Ministérios e instituições que compõem o Conare; e aprovar instruções normativas que possibilitem a execução da Lei nº 9.474/97. Disponível em: < <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ7605B707ITEMID5246DEB0F8CB4C1A8B9B54B473B697A4PTBRIE.htm>>. Acesso em: 24 ago. 2014.

de refúgio, até a sua concessão ou não pelo órgão competente (CONARE<sup>5</sup> e o Ministério da Justiça). Já a assistência engloba a moradia, saúde, alimentação e educação, ou seja, os refugiados são incluídos de um modo geral nas políticas públicas existentes para a população brasileira, e não menos importante, a inserção deste refugiado no mercado de trabalho. (JUBILUT, 2007, p. 202)

Há também parcerias realizadas, como por exemplo, com a Cáritas Arquidiocesana de São Paulo que é uma entidade humanitária não governamental, que atua em parceria com o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR). (JUBILUT, 2007, p. 202)

Existe também a CASP que estabeleceu um convênio com a Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República em 2004, cuja finalidade tem como o fortalecimento da equipe no Centro de Acolhida para refugiados e a sua proteção, instalado na própria CASP e ampliar a divulgação dos direitos e da defesa da cidadania dos refugiados. (JUBILUT, 2007, p. 203)

No que tange às políticas públicas internacionais e principalmente brasileiras, vê-se um avanço considerável e um esforço conjunto da ACNUR e dos governos para a proteção dos direitos fundamentais dos refugiados, uma dessas iniciativas é o reassentamento, prevista na Convenção de 51 e pela Lei 9.474/1997, que visualiza o Reassentamento como um meio do Estado acolher em seu território nacional refugiado já reconhecido pela ACNUR, que advém de outro país, que não forneceu toda a proteção necessária, ou por não haver uma identificação do refugiado com a cultura local do país, tornando assim inviável a sua vida no primeiro país que o acolheu.

---

5 O estrangeiro deverá apresentar-se à autoridade competente e externar vontade de solicitar o reconhecimento da condição de refugiado. A autoridade competente notificará o solicitante para prestar declarações, ato que marcará a data de abertura dos procedimentos. Ela informará o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados - ACNUR sobre a existência do processo de solicitação de refúgio e facultará a esse organismo a possibilidade de oferecer sugestões que facilitem seu andamento. Além das declarações, prestadas se necessário com ajuda de intérprete, deverá o estrangeiro preencher a solicitação de reconhecimento como refugiado, a qual deverá conter identificação completa, qualificação profissional, grau de escolaridade do solicitante e membros do seu grupo familiar, bem como relato das circunstâncias e fatos que fundamentem o pedido de refúgio, indicando os elementos de prova pertinentes. O registro de declaração e a supervisão do preenchimento da solicitação do refúgio devem ser efetuados por funcionários qualificados e em condições que garantam o sigilo das informações. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={7605B707-F8BE-4027-A288-6CCA2D6CC1EC}&BrowserType=IE&LangID=pt-br&params=itemID%3D%7B9725FED6-7794-4FF3-9EDC-953BA9C75147%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acesso em 24 ago. 2014.

O Brasil também instituiu como política pública, o estabelecimento de novas parcerias, que visam de forma coordenada, difundir o tema dos refugiados à sociedade, e incentivar através do instituto Sérgio Vieira de Melo a temática, em universidades, visando uma maior produção acadêmica de textos científicos acerca do tema. (JUBILUT, 2007, p. 203)

Outra ação foi à criação de um Conselho Brasileiro sobre Refugiados, que visa a criação de políticas públicas, o fortalecimento e a busca de recursos, como também a ampliação e difusão do tema dos refugiados junto a sociedade civil. (JUBILUT, 2007, p. 204)

O objetivo deve dar-se, igualmente para a busca e construção de novas e cada vez maiores parcerias entre governo e organizações não governamentais e movimentos sociais dos homossexuais no Brasil, promovendo a inclusão e atuação democrática dos indivíduos e dos temas referentes à homossexualidade na pauta de discussões da sociedade civil, a fim de que se combata a violência, discriminação e restrição de direitos aos humanos.

## Conclusão

A perseguição e cerceamento dos Direitos Humanos inerente dos grupos de gays, lésbicas, bissexuais e transexuais ao longo da história vem sendo significativamente verificada, na medida em que o grupo social LGBTTT fica exposto e vulnerável a perseguições, humilhações, agressões e até mesmo a morte. Cabendo, ao Estado, em situações de grave ofensa aos direitos basilares, exercer o papel de principal protetor desses direitos.

Em tempos em que a segregação e o preconceito ainda tanto discutidos, devem ser banidos, resta evidente no contexto contemporâneo o enquadramento desses indivíduos como pessoas legitimadas a pertencer a determinado grupo social, conforme mencionado no Estatuto dos Refugiados.

Desta feita tornar-se-á possível a concessão de refúgio para gays, lésbicas, bissexuais e transexuais que em razão dos fundados temores de perseguição em razão de sua opção sexual que lhes caracteriza como grupo social ou, ainda, por motivo da grave e generalizada violência de Direitos Humanos encontram-se fora de seu próprio país ou este não lhes ofereça real proteção.

E em sendo o Brasil pioneiro ao sancionar legislação própria no que concerne a figura do refugiado e existir diversas políticas públicas previstas e efeti-

vas, a edificação de normatização e conseqüente política pública abrangente do grupo LGBTTT a partir do seu reconhecimento enquanto grupo social imprime lógica social e jurídica consubstanciadora de Direitos Humanos, e de eficaz proteção dos direitos basilares de todas as pessoas, com a promoção social da igualdade e liberdade dos povos, em todo o mundo.

## Referências

ARENDDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. 5ª Impressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRANS E INTERSEXOS. **Homofobia do Estado** – Uma pesquisa mundial sobre legislações que criminalizam relações sexuais consensuais entre adultos do mesmo sexo, s.l., 2012, disponível em: <[http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA\\_Homofobia\\_do\\_Estado\\_2012.pdf](http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA_Homofobia_do_Estado_2012.pdf)>. Acesso em: 25 abr. 2014.

BARATA, Clara. **Só um acto e as pessoas podem ser curadas ou castigada**. Disponível em: <<http://www.publico.pt/mundo/noticia/na-russia-a-homossexualidade-e-so-um-acto-e-as-pessoas-podem-ser-castigadas-ou-curadas-1622882?page=-1>>. Acessado em: 24 ago. 2014.

BRASIL. **Decreto nº. 19.841 de 22 de outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/D19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm)>. Acesso em: 12 de ago. 2014.

BRASIL. **Lei n. 9.474, de 22 de julho de 1997**. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Diário Oficial da União n. 139 – Seção I - p. 15822-15824 23 de julho de 1997.

BRASIL. **Lei nº 9.497 de 22 de julho de 1997**. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências.

Disponível em <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/19474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19474.htm)>. Acesso em: 02 ago. 2014.

DIAS, Maria Benenice. **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo Revista dos Tribunais, 2011.

HÖFLING, Eloisa de Mattos. Estado e Políticas (Públicas) Sociais. **Cadernos Cedes**, ano XXI, nº 55, p.02, nov. 2001. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ccedes/v21n55/5539.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2014.

ITABORAHY, Lucas Paoli, **Homofobia do Estado, Uma pesquisa mundial sobre legislações que criminalizam relações sexuais consensuais entre adultos do mesmo sexo**, s.l., 2012, disponível em: <[http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA\\_Homofobia\\_do\\_estado\\_2012.pdf](http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA_Homofobia_do_estado_2012.pdf)>. Acesso em 25 abr. 2014.

JUBILUT, Liliana Lyra: **O Direito Internacional dos Refugiados e a sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Textos Filosóficos. Lisboa: Edições 70, 2007.

KARUMBA, Tony. **Ban Ki-moon pede aos países africanos que respeitem os homossexuais**. [S.I.?]. 29 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.publico.pt/mundo/noticia/secretariogeral-da-onu-pede-aos-paises-africanos-que-respeitem-os-direitos-dos-gays-1531237>>. Acesso em: 24 ago. 2014. Informação postada pelo site Público e Luso, no hiperlink Mundo.

MILESI, Rosita. **Refugiados e Direitos Humanos**. Maio 2012. Disponível em: <<http://www.migrante.org.br/IMDH/ControlConteudo.aspx?area=001c1b0d-181f-450a-83fb-47915ce5f2eb>>. Acesso em: 24 maio 2014.

ONU. Boletim das Organizações Unidas do Brasil. Religião e cultura não podem justificar discriminação contra pessoas LGBT. [S.I.?]. 17 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/religiao-e-cultura-nao-podem-justificar-discriminacao-contrapessoas-lgbt-diz-onu/>>. Acesso em: 28 abr. 2014. Informações postadas pelo site da ONU.

ONU. **Convenção relativa ao Estatuto dos refugiados**. Adotada em 28 de julho de 1951 pela Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre

o Estatuto dos Refugiados e Apátridas, convocada pela Resolução n. 429 (V) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1950. Entrou em vigor em 22 de abril de 1954, de acordo com o artigo 43. Série Tratados da ONU, Nº 2545, Vol. 189, p. 137. Disponível em: <[http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/?tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2\[pointer\]=0&tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2\[mode\]=1&tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2\[sort\]=doctitle,sorting,uid](http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/?tx_danpdocumentdirs_pi2[pointer]=0&tx_danpdocumentdirs_pi2[mode]=1&tx_danpdocumentdirs_pi2[sort]=doctitle,sorting,uid)>. Acessado em: 12 ago. 2014.

ORELLANA, Xavier. Chegando à população não registrada. **Refview**: a integração, Genebra, n. 5, mar. 2007.

RODRIGUES, Dulcilene A. M.; CARDOSO, Tatiana de A. F. R. . Direito Humanos, Dignidade da Pessoa Humana e Meio Ambiente, Correlação Lógica ou Decorrente da Contemporaneidade? **Revista Jurídica das Faculdades Integradas Claretianas**, v. 1, 2012, p. 65-86.

SANTOS, Fabio. **Há 21 anos, homossexualismo deixou de ser considerado doença pela OMS**. [S.I., 2011]. Disponível em <<http://vidaeestilo.terra.com.br/ha-21-anos-homossexualismo-deixou-de-ser-considerado-doenca-pela-oms,0bb88c3d10f27310VgnCLD100000bbcceb0aRCRD.html>>. Acesso em: 27 abr. 2014.

UNHCR ACNUR. **Lei nº 9.497 e Coletânea de Instrumentos de Proteção Internacional de Refugiados e Apátridas**. [S.I.?]. Brasília, abr. 2013. 4ª edição, p.19-20. Disponível em: <[http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2012/Lei\\_947\\_97\\_e\\_Coletanea\\_de\\_Instrumentos\\_de\\_Protecao\\_Internacional\\_de\\_Refugiados\\_e\\_Apatridas.pdf?view=1](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2012/Lei_947_97_e_Coletanea_de_Instrumentos_de_Protecao_Internacional_de_Refugiados_e_Apatridas.pdf?view=1)>. Acesso em: 12 mai. 2014.



# A Crise da Jurisdição Estatal: Possibilidade de Resolução de Conflitos pela Mediação e a Perspectiva da Moral e da Autonomia da Vontade na Ótica Kantiana

*Tháise Nara Graziottin Costa  
Neuro José Zambam*

## Introdução

No presente artigo pretendemos debater sobre a mediação e a (in)efetividade do acesso à justiça e à (in)eficácia do processo formal na resolução dos conflitos levados à apreciação do Poder Judiciário. A Mediação de Conflitos pode ser parâmetro emancipatório e participativo do cidadão na gestão de seus próprios conflitos. Nessa compreensão o Poder Judiciário precisa garantir maior participação da sociedade como forma de democratização do acesso à justiça.

O acesso à justiça, portanto, não se resume apenas à possibilidade de submeter o conflito, por meio do processo, ao crivo do Poder Judiciário, mas, segundo uma ótica mais abrangente, é dar maior celeridade aos instrumentos e técnicas existentes, capazes de solucionar os conflitos, sem que o Judiciário seja o único protagonismo das decisões; por isso uma das técnicas capazes de democratizar o acesso à justiça é a Mediação de conflitos.

O modelo tradicional de jurisdição, na contemporaneidade, se apresenta como atividade de monopólio estatal, exercida pelos juízes e esgotada pela sentença, em uma função declaratória, impositiva, ineficaz e lenta, apenas conferindo um direito formal ao cidadão, que é o direito de ação. Diante deste panorama de crise jurisdicional, o Judiciário não pode mais ser o único meio de resolução de conflitos, porque não decide de maneira célere e eficaz.

Este estudo tem o escopo de analisar o modelo de Jurisdição tradicional, apresentar a mediação de conflitos como uma oportunidade de construção da cidadania participativa, onde o diálogo é a ferramenta capaz de assegurar a



participação voluntária dos envolvidos na resolução pacífica dos seus conflitos. O mediador aparece como elo facilitador do diálogo.

No contexto da mediação os interessados apresentam-se como os protagonistas do conflito, igualmente personagens principais da busca pela sua resolução, elemento este que implica em outorga de cidadania e dignidade, autonomia da vontade das partes e numa concepção de justiça, moralidade e liberdade conforme herança kantiana. No debate sobre a efetivação da mediação de conflitos, questiona-se: Como Kant fundamenta o princípio da moralidade? O que é liberdade no entendimento de Kant? O que é agir com autonomia da vontade? Qual é o ensinamento do imperativo categórico?

Apresentam-se essas categorias como condição de possibilidade para fundamentar a mediação de conflitos e a busca de justiça para as partes. A superação de dependência do poder instituído, o judiciário, é uma prerrogativa essencial na contemporaneidade ao mesmo tempo complexa e dinâmica.

## **1. A Crise do Modelo de Jurisdição Tradicional e a Possibilidade de Mediação de Conflitos**

Os mecanismos econômicos, sociais e jurídicos de regulação do Estado padecem de efetividade em decorrência dessa inevitável perda de soberania e autonomia dos Estados Nacionais, assim aparece a crise do Estado e do próprio direito.

A inadequação estatal se apresenta devido à complexidade das relações sociais, nas quais o homem, passando a ser compreendido a partir de seu contexto social, econômico e cultural, como bem destaca Habermas “não há referenciais mudanças pura e simplesmente livres de contextos”, (2002, p. 46.) desta forma as mudanças devem ocorrer a partir do paradigma e do contexto social em que vive.

Problematizar a jurisdição (crise x jurisconstrução) é reconhecer como ela se apresenta para avaliar quais os padrões merecem ser mantidos e ter condições de revelar aqueles que devem ser revistos, limites e possibilidades a seguir através de políticas públicas estatais de acesso justiça à população, assim, como afirma Morais e Spengler (2012, p. 80) “consciente dessa realidade lançamos mão do debate que relaciona tempo, direito e sociedade na busca de uma construção que tenha por base o consenso dos litigantes, na busca de outras respostas: a “jurisconstrução”.

No entendimento de Cappelletti e Grath (1988, p. 87) o acesso à justiça está atrelado ao binômio *possibilidade-viabilidade* de ter condições de acessar o sistema jurídico brasileiro em igualdade de condições a todos os cidadãos, como prerrogativa de direitos humanos.

A administração da justiça merece uma análise do fenômeno social e cultural, pois nos estudos de Santos (2008, p. 168) “(...) revelam que a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto menor quanto mais baixo é o nível social a que pertencem e que essa distância tem como causa próximas não apenas fatores econômicos ....”.

Sabe-se que o direito de acesso à Justiça atualmente é considerado um direito social básico, mas a efetividade desse direito é um tanto vaga. Entende-se que o direito ao acesso a Justiça não pode se limitar ao direito de acessar o judiciário, possui uma abrangência maior, ou seja, uma ordem jurídica justa, que deve ser estendida a maior quantidade de pessoas possível.

As soluções buscadas para a problemática do acesso à Justiça nos países ocidentais foram denominadas de “onda renovatórias” do direito, sendo que a “primeira onda consistiu na assistência judiciária aos menos favorecidos.” (AMARAL, 2009, p.51) O segundo movimento foi à representação dos interesses difusos, transformando o processo civil em proteção aos novos direitos, pois o processo limitava-se a interesses individuais entre as partes. A terceira onda renovatória trouxe um novo paradigma de acesso à justiça, pois segundo Cappelletti e Garth (1988, p. 71) encoraja uma ampla variedade de reformas:

(...) incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou para profissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismo privados ou informais de solução de litígios.

Pensar em outra forma de jurisdição, não necessariamente pela interferência estatal é uma onda renovatória de entender o direito, mas o desafio torna-se maior quando um método não adversarial é apresentado, no qual o resultado do conflito não é o ganha e perde dos processos tradicionais. Este método apresenta-se para resolver o conflito de forma integral e não apenas a (pretensão x resistência) da lide processual. A mediação se apresenta como um elo de ganhar e ganhar, uma forma de responsabilização do indivíduo pela

resolução de seus conflitos, tratando o conflito, promovendo uma mudança no trato social do indivíduo e em sua amplitude. O mediador é um terceiro neutro, sem poder decisório ou consultivo, mas que amplia o consenso, o diálogo, um facilitador da comunicação entre os interessados na resolução do conflito de forma não violenta.

Estudar o significado da mediação na origem da terminologia é extremamente importante. A expressão vem do latim *mediatione* com significado de intercessão, intermédio, intervenção. É derivado do verbo latino *mediare*, mediar ou intervir (MÜLLER; BEIRAS; CRUZ, 2009).

A importância do tema mediação de conflitos se dá como uma oportunidade de construção da cidadania participativa (a parte se torna autora da decisão, constrói a decisão e assume tal resolução como compromisso de vida) a partir da ideia de Habermas (2002) que formula uma teoria reconstrutiva inserida na esfera das interações comunicativas. O autor parte do pressuposto de que o sujeito é capaz de linguagem e ação, assim é possível estabelecer práticas argumentativas por meio das quais se asseguram de que, intersubjetivamente, compartilhem de um contexto comum, de um “mundo da vida”.

A teoria comunicativa estabelece um meio emancipatório para o indivíduo resolver seus conflitos de interesses, pois na medida em que os membros de uma determinada sociedade realizam uma interação por meio da linguagem, orientada pela razão comunicativa, excluem o individualismo asoberbado e despertam para as suas responsabilidades como membro dessa sociedade. Esta interação terá o escopo de bem estar ao indivíduo e será construída pelo diálogo, cooperação e solidariedade. Mediante essa interação, abre-se a oportunidade para a modificação da relação entre os indivíduos, ampliando as possibilidades para uma maior compreensão tanto dos fenômenos individuais como dos recorrentes no mundo a sua volta.

Na mediação, o diálogo é fundamental para a resolução dos conflitos, ao contrário do que ocorre no Judiciário, onde temos a figura do autor, do réu e da configuração da lide (pretensão resistida da teoria de Liebman) outorgam ao processo e ao Juiz (um terceiro imparcial), o poder de decisão dos conflitos.

Na mediação, o mediador dialoga, escuta e participa como ente facilitador da linguagem entre as partes, ao contrário do que ocorre com o Juiz que detém o poder de julgamento, de sentenciar e fazer cumprir tal decisão pela ação coercitiva.

Para Vezzulla (2006), a mediação constitui-se em técnica não adversarial de resolução de conflitos em que um profissional devidamente preparado auxilia as partes a encontrarem seus verdadeiros interesses e a preservá-los num acordo criativo, em que ambas ganham.

Com o auxílio da psicanálise verificar-se-á que o mediador deve estar em constante estudo de si para entender o conflito consciente e o inconsciente que habita as relações do outro, pois como afirma Zimmerman (2010, p. 118):

Na verdade, o inconsciente comanda a vida da espécie humana muito mais do que, uma primeira vista, possa se imaginar. Para esclarecer essa afirmativa, vamos à uma metáfora, empregada por FREUD, com um iceberg, no qual a parte visível dessa montanha de gelo pode ser comparada ao nosso consciente, no entanto, a parte oculta, equivalente ao inconsciente humano, é muitíssimo maior e é justamente onde os navios se espatifam, assim como os psicóticos, psicopatas e neuróticos comandados por graves conflitos inconscientes podem espatifar as suas vidas e a de outros.

Nos estudos realizados por Warat (2004, p. 52) a mediação deve ser entendida como um novo paradigma de aprender a viver e assim afirma:

A mediação, enquanto um novo e grande paradigma, como pedagogia que ajuda a aprender a viver, é um novo paradigma, específico, da produção de Direito (agora entendido como pedagogia que ajuda aprender a viver e não mais como lei que pune o que considera conflitivo.

O conflito possibilita o crescimento dos sujeitos, e a mediação objetiva transformar o conflito, trabalhar as questões que envolvem paixões e inserir o tema diferenças e semelhanças com a meta de alcançar o diálogo, o consenso, o entendimento saudável.

A mediação de conflitos é um prolongamento e aperfeiçoamento do processo de negociação, que envolve a interferência de uma aceitável terceira pessoa, que aceita pelas partes, conduzirá o diálogo responsável e não autoritário. Desta maneira, a mediação é um processo voluntário em que os participantes devem estar dispostos a aceitar a colaboração do interventor, se sua função for ajudá-los a lidar com suas diferenças e resolvê-las (MOORE, 2003).

No entendimento de Warat, “a mediação difere da negociação direta por ser, precisamente, uma autocomposição assistida [...]”; já na negociação existe a

interferência direta de terceira pessoa propondo e negociando o conflito, então a mediação “é um trabalho de reconstrução simbólica imaginária e sensível, como outro do conflito; de produção como o outro das diferenças que nos permitam superar as divergências e forma identidades culturais.” (2004, p. 57).

A mediação de conflito propõe propiciar uma autonomia ao indivíduo, “a terapia do reencontro é uma ajuda para deixar de ser carreirista, é uma forma de encontrar-se com o outro, abrindo-se a outra realidade. Não estamos no mundo para ganhar de ninguém” (WARAT, 2004, p. 47).

Para a solução de conflitos faz-se necessária, a possibilidade de diálogo e de escuta. Tempo para escutar e tempo para falar. É imprescindível o respeito mútuo, o que muitas vezes, teoricamente, seria impraticável, tendo em vista, em alguns casos, a existência de mágoas profundas e amores mal resolvidos (SALES, 2003).

Num cenário de transformações significativas como o atual, a mediação de conflitos surge como uma proposta que apresenta a possibilidade de superar o litígio, respeitando as individualidades e reduzindo os danos afetivos e emocionais. Assim, nas últimas décadas, emergiram em todo mundo programas de solução de disputas e conflitos. Tais programas são utilizados em vários contextos, como empresas, famílias, escolas e comunidades.

São três os modelos teóricos mais utilizados nos países que praticam a mediação de conflitos. O modelo de Harvard, também chamado de tradicional linear, o modelo transformativo de Bush e Folger (1992), e o modelo circular narrativo de Sara Cobb (1994).

No modelo de Harvard, a comunicação acontece de maneira linear, centrada no verbal, importando o conteúdo. A função do mediador é ser um facilitador da comunicação. Esse modelo baseia-se numa causalidade linear do conflito, não levando em consideração o contexto em que surgiu, nem sua história. É reforçado o aspecto intrapsíquico, sem levar em conta o fator relacional. O fundamental neste modelo é se chegar a um acordo.

No modelo transformativo, proposto por Bush e Folger (1992), o interesse concentra-se nos aspectos relacionais do conflito e está focalizado na relação interpessoal, supondo uma concepção de causalidade e transformação do conflito. Os desacordos não são importantes, valorizando-se apenas a aquisição de habilidades de tratamento de conflitos.

A mediação inicialmente tinha por objetivo, neste modelo, diminuir as diferenças entre as partes, ou eliminá-las por meio do acordo. Com o aperfeiço-

amento dos processos de mediação, o objetivo se ampliou, visando ao desenvolvimento do reconhecimento da alteridade, do reconhecimento do outro como sujeito pensante, atuante e sofredor. Busca-se então, alcançar o desenvolvimento de mudanças nas pessoas, ao descobrir suas próprias habilidades, potencialidades, responsabilidades e o reconhecimento do outro como parte do conflito.

O objetivo consiste em modificar a relação entre as partes, não importando se chegam ou não a um acordo. Não está centrado na resolução do conflito, mas sim na transformação relacional.

O modelo circular narrativo, inspirado nos princípios da teoria dos sistemas, considera a retroalimentação do conflito. Visa melhorar as relações interpessoais, independentemente da efetivação do acordo. Trata-se de um modelo proposto por Sarah Cobb (1994), em que a comunicação é entendida como um todo no qual estão incluídas duas ou mais pessoas. A mensagem transmitida inclui elementos verbais (conteúdo) e para-verbais (corporais, gestuais etc). Busca-se, neste modelo, fomentar a reflexão, mudar o significado da história e do conflito, possibilitando que as partes interajam de maneira diferente, modifiquem o discurso e alcancem um acordo, ainda que essa não seja a meta fundamental.

No Brasil, algumas experiências pioneiras de mediação de conflitos vêm sendo destacadas e multiplicadas em diversas cidades. Afirma Watanabe, “aliás, o CNJ já vem entendendo que lhe cabe “fixar a implementação de diretrizes nacionais para nortear a atuação institucional de todos os órgãos do Poder Judiciário, tendo em vista sua unicidade” , pelo que , na Resolução 70, de 18 de março de 2009, dispôs sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário” (2011, p. 5) Então o art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal deve ser implementado não apenas como o mero acesso à Justiça, mas segundo o autor “como garantia de acesso à ordem jurídica justa, de forma efetiva, tempestiva e adequada.” (2011, p. 5).

É imperioso o estabelecimento pelo próprio judiciário de uma política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses, mais do que isso, que o próprio judiciário estimule e realize a propaganda de sua utilização, em nível nacional visando fortalecer a mediação e resolução de conflitos de forma não adversarial. Nesse sentido conclui-se “que cabe ao Poder Judiciário, pelo CNJ, organizar os serviços de tratamento de conflitos por todos os mecanismos adequados, e não apenas por meio da adjudicação de solução estatal em processo contencioso, cabendo-lhe em especial institucionalizar, em caráter permanente,

os meios consensuais de solução de conflitos de interesses, como a mediação e a conciliação.” (WATANABE, 2011, p. 5).

Há um Projeto Piloto implantado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) nas Varas de Família do Foro Central da Comarca de Florianópolis (BEIRAS; CRUZ; MULLER, 2007). Pode-se citar também a experiência de Brasília (Distrito Federal), com a Justiça Comunitária, coordenada pela Juíza Gláucia F. Foley e o projeto Mediação Comunitária da Lomba do Pinheiro em Porto Alegre e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul com centrais de mediações em segundo grau.

Ligados às Instituições de Ensino Superior, é possível destacar, entre as várias iniciativas, a proposta de Mediação de Conflitos da Faculdade Meridional de Passo Fundo - IMED e o Poder Judiciário (CNJ) e as duas Varas de Família, sendo que tal proposta tem como objetivo de promover formas não adversariais de resolução de conflitos para o século XXI, considerando os avanços, limites, questionamentos e as novas perspectivas de acesso à jurisdição.

Como a mediação é um instituto novo de autocomposição de conflitos possui características diferentes da jurisdição tradicional, tais como: voluntariedade, confidencialidade, flexibilidade e participação ativa, desta forma buscar-se analisar a teoria de Kant e os fundamentos da moral e a autonomia da vontade e a ordem pública dentre desse contexto de mediação.

## **2. A Concepção Kantiana de Moralidade e Liberdade na ótica da Efetivação da Mediação.**

O pensamento de Immanuel Kant legitima o entendimento sobre a necessidade do Estado Democrático de direito, destacando a complementariedade entre a moral, o direito e justiça como o argumento legitimador do sistema democrático. Segundo Barreto, “a constituição por ter uma fonte moral, pois é fruto da manifestação da vontade de agentes morais autônomos, estabelece limites ao arbítrio e à desigualdade social.” (2013, p. 41), assim, nessa compreensão, o “regime democrático é mais do que a simples manifestação da vontade da maioria e torna-se um regime dotado de valores morais que o fundamentam e justificam.” (2013, p. 41).

A teoria de Kant iniciou uma revolução na filosofia ocidental, até então vinculada aos paradigmas teológico e metafísico. A partir de então, estabeleceu

os princípios filosóficos da Modernidade e iniciou uma “época histórica na qual homem erigiria a razão como instrumento nuclear no conhecimento e no agir humano.” (BARRETO, 2013, p. 42). O Iluminismo configurou a libertação do homem do estado de tutela em que se encontrava submetido. Nas palavras de Kant: “ouço de todos os lados o apelo: não raciocine! O oficial diz: não raciocine, execute! O fiscal de rendas diz: não raciocine, pague! O sacerdote diz: não raciocine e creia.” (BARRETO, 2013, p. 42).

Sabe-se que os problemas centrais da filosofia são a metafísica, a prova da existência de Deus e a fundamentação da moral da tradição filosófica. “Kant argumenta que a moral não diz respeito ao aumento da felicidade ou a qualquer outra finalidade. Ele afirma, ao contrário, que está fundamentada no respeito às pessoas como fins em si mesmas.” (SANDEL, 2012 p. 137).

Para a teoria kantiana, o ato moral depende do homem e que ele seja responsável por si e pelo outro. O mesmo deve ser agente de uma racionalidade, assim a moral não pode estar condicionada a sentimentos pessoais, de decisões arbitrárias, de valores socioculturais.

Kant define que as máximas de qualquer ação humana como os imperativos que podem ser hipotético e categórico. “O imperativo hipotético, quando a ação é apenas boa, como meio para se atingir algo mais, algum fim. O imperativo é categórico, quando representa uma como, objetivamente, necessária, sem relação como qualquer fim, a ação é representada como boa em si mesma.” (BARRETO, 2013, p. 52).

Afirma Sandel, “de acordo com Kant, o valor moral de uma ação não consiste em suas consequências, mas na intenção com a qual a ação é realizada. O que importa é o motivo, que deve ser de uma determinada natureza. O que importa é fazer a coisa certa porque é a coisa certa, e não por algum outro motivo exterior a ela.” (2012, p. 143).

O imperativo categórico Kantiano estabelece: “Age segundo a máxima que possa simultaneamente fazer-se a si mesma lei universal.” (BARRETO, 2013, p. 53) Assim, no caso específico da mediação familiar, onde o dever é priorizar a criança e o adolescente em caso de ação de guarda, fixação de alimentos e responsabilidade para com os filhos, deve ser exigido deixar de lado o rancor e o desamor ocorrido na separação ou divórcio e buscar com a mediação cumprir o dever de pais e do princípio constitucional. Estarão, assim, fazendo a coisa certa pelos motivos certos. Entretanto, se a mediação for motivada porque foi sugerida pelo Juiz, por interesses próprios, ou ainda,



para satisfazer preferências individuais estarão realizando a coisa certa pelos motivos errados, então esta ação não terá valor moral.

Outro exemplo que podemos destacar é que o cumprimento do dever confere valor moral a uma ação, assim num caso de um taxista que ao final do expediente descobre que um dos passageiros conduzido pelo seu táxi deixou a quantia de um milhão de dólares em dinheiro, no banco do seu automóvel. Imediatamente o taxista reflete: vou devolver porque esse dinheiro não é meu e, por esse motivo, devo devolvê-lo. O valor moral da ação é fazer o dever e a coisa certa.

Porém, se o taxista pensar em devolver somente pelo motivo de o passageiro, ao solicitar na central de táxi, deixa sempre o seu cadastrado a placa e o nome de quem o levou até o destino, assim o taxista poderia ser reconhecido e o assunto chegaria ao conhecimento geral dos colegas, prejudicaria seu negócio, podendo ser até demitido. O taxista fez a coisa certa, porém pelo motivo errado. Seu único motivo para agir honestamente em relação ao seu cliente foi a proteção da própria reputação, portanto seu ato não tem valor moral.

O conceito de moral está intimamente ligado a dignidade, logo é necessário compreender o conceito de dignidade em Kant que afirma que “no reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente, ou por lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.” (KANT, 2002, p. 65).

A lei moral tem características próprias sendo considerada uma lei universal, pois sua validade se dá indistintamente para todos os seres racionais, por conseguinte, afirma-se “que o homem seja na ação um fim em si mesmo”, imperativo categórico e, assim, “o homem é um ser livre, um ser autônomo, em cuja vontade reside toda obrigação e toda autonomia.” (BARRETO, 2013, p. 55).

Então o questionamento de Schneewind nos conduz a reflexão de “o que é a moralidade, se não é a busca de bons resultados ou obediência à vontade divina?” (2001, p 530) para o autor “é a obediência ao que Kant chama de certo ponto de “as leis da liberdade (136.16;109.5). Ele considera claramente a liberdade como fundamental, embora haja pelo menos uma pergunta sobre ela que ele não tenta responder: “Como a liberdade no entendimento real (moral, não o metafísico) pode ser o princípio mais elevado de toda a virtude e também de toda a felicidade.” (2001, p. 530)

A mediação orientada pela filosofia kantiana caminha para a afirmação da dignidade humana como um fim em si mesmo. A efetivação da justiça, livre

das amarras da tradição burocratizada e dependente da norma escrita, orientar-se para o exercício da liberdade, ou seja, a efetivação da lei moral. A pessoa como fim em si mesmo resgata a dignidade do direito e as condições de justiça. Essa é uma referência básica para as sociedades necessitadas de mecanismos para a separação de graves desigualdades e conflitos que ameaçam o homem, a natureza e a estabilidade social.

## Conclusão

A jurisdição estatal tal qual se apresenta está em crise, visto que o acesso à justiça como o mais básico dos direitos humanos, não está sendo contemplado, seja pela não efetividade do acesso à justiça e à ineficácia do processo formal na resolução dos conflitos levados à apreciação do Poder Judiciário, trazendo como opção para uma justiça mais justa e eficaz de tratamento do conflito, contudo a Mediação, que reflete o parâmetro de ganha e ganha, conduzindo os interessados a um nível menos hierárquico e tradicional e mais emancipatório e participativo do cidadão na gestão de seus próprios conflitos.

O Estado-Juiz, pela prerrogativa constitucional que possui, não poderá deixar de jurisdicionar sobre lesão ou ameaça de direito (art. 5º, no inciso XXXV) levada ao seu conhecimento, bem como garantir a postulação dos direitos a todos os indivíduos e o direito de acesso à Justiça, porém tal direito não tem sido sinônimo de prestação jurisdicional efetiva, visto que as demandas judiciais são morosas e as sentenças muitas vezes somente refletem a legalidade e não o direito clamado entre as partes.

O Poder Judiciário no seu sistema processual precisa buscar soluções para ultrapassar esta barreira em que se encontra em vista de assegurar a via preferencial da acessibilidade e efetividade na forma de democratização do acesso à justiça.

Entendemos que, a crise da jurisdição está ligada a crise em que passa o Estado Democrático do Direito, assim destacada em três categorias: a primeira diz respeito a crise estrutural onde sabemos que o judiciário está com carente de infraestrutura, de pessoal, de equipamentos e custos desnecessários devido o alongamento das demandas; a segunda é pragmática que diz respeito ao formalismo exacerbado utilizado nos rituais e trabalhos forenses, a burocratização de processos e sua lentidão pelo acúmulo de demandas; terceira, mais difícil,

é subjetiva ou tecnológica, é a dificuldade dos profissionais do direito de lidar com novas realidades dos conflitos contemporâneos.

O Estado, por sua vez, ainda possui os mesmos instrumentos do passado, ou seja, um processo embasado no formalismo e na lógica do ganha e perde, isto é, sentença amparada na legalidade positivista.

Ao apontar a crise da jurisdição estatal estamos falando também em crise do direito e da justiça. O Estado deve buscar alternativas para que o cidadão inserido numa sociedade plural, afetiva, multicultural assegure e garanta, simultaneamente, a sua individualidade. A jurisdição estatal deve ser reinventada, mantendo-se as garantias constitucionais e a autonomia de resolução de conflitos, incentivando a mediação e divulgando o instituto na sua essência por meio do CNJ.

Afirmamos a necessidade de capacitar os mediadores com o intuito de aplicar o método da mediação de conflitos visando a paz, o entendimento, a solução, a compreensão, a felicidade, o afeto, o crescimento, o ganho e a aproximação das partes. Evita-se, assim, a prática do ganhar e perder das demandas. As técnicas autocompositivas de resolução de conflitos fomentam o diálogo e a compreender dos comportamentos, analisa as intenções, incentiva a busca de soluções e o gerenciamento das emoções de forma construtiva.

Tendo em vista que a constituição em sua plenitude é uma fonte moral, reflète a manifestação de vontade de agentes morais autônomos e estabelece princípios para limitar o arbítrio e a desigualdade, bem como manter o regime democrático de direito. A concepção de Kant afirma que o regime democrático é dotado de valores morais, princípios estes que necessitamos para exercer a autonomia.

À luz da máxima Kantiana, isto é, o imperativo categórico, que relaciona a ação como boa em si mesma, então o valor moral de uma ação que não consiste em seu resultado, mas na sua intenção. Desta forma, a ação é realizada porque é certo. Assim, quando feita a analogia com a mediação familiar, os interessados a aceitam voluntariamente a proposta porque acreditam no termo de abertura. Significa dizer que acreditam na mediação porque esta proposta é boa, ou seja, forma de autocomposição é universal. Contrário a isso, quando o agente (ou o juiz) visa o benefício individual ou usa o conflito para liberar bens ou, até, age corretamente mas com motivações erradas, não se configura uma ação moral.

É importante destacar que a dignidade humana está intimamente ligada ao conceito de moralidade. O homem tem dignidade, isto é, seu valor não pode ser quantificado ou calculado, ou seja, não podemos atribuir um “quantum” valorativo.

Para tanto, Kant afirma que a moralidade está ligada ao próprio ser e, por isso, caminha junto à racionalidade, assim a humanidade com valores morais são os sujeitos providos de dignidade, bem como a lei moral é a única elaborada pela consciência do indivíduo e, por isso, é autônoma. Então, o ser humano, como um ser autônomo, deve escolher a forma de jurisdição para resolver os seus conflitos num Estado Democrático de Direito, somente assim o ser humano realiza a dignidade absoluta.

É preciso, enfim, compreender que a realização da mediação de conflito numa perspectiva Kantiana aponta a necessidade de que o indivíduo seja compreendido como um ser moral, isto é, um ser autônomo, buscando fazer de si mesmo uma lei universal fundamentada no exercício da razão.

## Referências

AMARAL, Marcia Terezinha Gomes. **O direito de Acesso à Justiça e a Mediação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BARRETO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas**. 2. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BUSH, R. A. B.; FOLGER, J. P. **The Dilemmas of Mediation Practice: A Study of Ethical**. Washington: NIDR. 1992.

CAPPELLETTI, Mauro; GRATH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Safe, 1988.

COBB, S. Theories of responsibility. The Social Construction of Intentions of Mediation. **Discourse Processes**, v. 18, n. 2, p. 165-186, 1994.

HABERMAS, Jurgen. **Agir comunicativo e razão descentralizada**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002.

KANT, Immanuel. **Hoffe, Otfried**. Tradução Chistian Viktor Hamm, São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. 2. ed. Tradução Edson Bini. Bauru. São Paulo: EDIPRO, 2008.

MOORE, C. W. **The Mediation Process**. Practical Strategies for Resolving Conflict. San Francisco: Jossey-Bass. 2003.

MORAIS, J. L. B.; SPENGLER, F. M. **Mediação e arbitragem**: alternativa à Jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012.

MÜLLER, F. G.; BEIRAS, A.; CRUZ, R. M. **O trabalho do psicólogo na mediação de conflitos familiares**: reflexões com base na experiência do serviço de mediação familiar em Santa Catarina. Aletheia. Florianópolis, 2009.

MÜLLER, F. G.; CRUZ, R. M.; BARTILLOTTI, C. B.. Competências profissionais do mediador familiar: método e instrumento de avaliação. In: ROVINSKI, S. L. R.; CRUZ, M. (Org.). **Psicologia Jurídica**: perspectivas teóricas e processos de intervenção. São Paulo: Vetor, 2009, p. 221-234.

SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SALES, Lília Maia de Moraes. A família e os conflitos familiares – A mediação como alternativa. **Pensar**, Fortaleza, v. 8, n. 8, p. 55-59, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2008.

ZIMERMANN, David. A influência dos fatores psicológicos inconscientes na decisão jurisdicional: a crise do magistrado. In: ZIMERMANN, David; COLTRO, Antonio Carlos Mathias (Org.). **Aspectos psicológicos na prática jurídica**. Campinas: Millennium, 2007. p. 135

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: O ofício do mediador. Florianópolis: Boiteux. 2004.

WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses: In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (Coord.). **Conciliação e Mediação**: Estruturação da Política Judiciária Nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

# Fidelidade Partidária à Luz da Separação de Poderes: Ativismo Judicial (In)Constitucional?

## - Debate Acerca dos Limites entre o Princípio da Fidelidade Partidária e da Soberania Popular

*Júlia Maia de Meneses Coutinho  
Filomeno Moraes*

### Introdução

A redemocratização brasileira, de que resultou a Constituição Federal de 1988, tornou perceptível um maior cuidado em conservar o homem como cidadão, principalmente no concernente a sua forma de atuar no processo eleitoral e político no Brasil. De tal sorte, aos poucos, se foi observando a busca por uma democracia política pautada na liberdade de expressão, nos direitos de voto e dos cidadãos disputarem os cargos públicos em eleições livres e diretas.

Em adição, para que ocorra a consolidação da democracia, faz-se necessária a existência do elemento primordial das bases populares, ou seja, a soberania popular, capaz de promover a organização democrática e a luta social, haja vista o fato de que, quanto maior a participação popular, menor a distância entre igualdade política e igualdade social. Assim, a soberania popular atua como força motriz da liberdade política.

Tal elemento conduz à observância paralela de um avanço em termos democráticos, no que diz respeito aos principais postos do Executivo e do Legislativo, ocupados mediante eleições de competição ampla, bem como o direito de voto estendido aos analfabetos e jovens de 16 a 18 anos; além disso, o importante componente dos três poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, que são independentes e harmônicos entre si.

Por meio de tais bases democráticas perceptíveis, há de se mencionar, como consequência de tal fato, a noção de que o processo eleitoral aparece como figura da legitimação do poder, mesmo em meio a diversas crises políticas,

pois, apesar de tudo, há um Estado Democrático de Direito e, conforme aborda Bobbio (2000a, p. 435), “o que caracteriza um sistema político democrático não é o princípio de maioria, mas o sufrágio universal, ou, se quisermos, o princípio de maioria aplicada a votações conduzidas com o sufrágio universal”.

Destarte, pode-se inferir que a democracia é um objeto dotado de influência no sistema político-eleitoral brasileiro, capaz de favorecer elementos importantes, como os princípios da soberania popular e da representação, ambos positivados constitucionalmente.

Os princípios cadenciados anteriormente devem manter o equilíbrio do binômio governabilidade e qualidade da democracia, para não incorrer no descrédito lastimável da desmoralização da democracia representativa, consoante apontado por Benevides (2003, p. 84), quando lembra que, “no Brasil, o desprezo pelos partidos só não é maior devido ao desconhecimento das siglas, direcionando-se o desamor diretamente a eles, os políticos e parlamentares, vistos, na melhor das hipóteses, como inúteis; na pior, como corruptos”. Isto garante, pois, que a “história dos partidos políticos brasileiros é acidentada e tumultuada”, (MOTTA, 2008, p. 116). Esse posicionamento deve ser acrescido ao de Sartori (1983, p. 48), na ideia de que

Não se deve encarar os partidos como se fossem representantes perfeitos dos interesses sociais, como eles passivamente refletissem – tal como um espelho – as demandas populares. Na realidade as relações entre as organizações partidárias e a sociedade são mais complexas [...].

Com efeito, a própria cultura brasileira reflete um profundo mal-estar em relação aos partidos e suas estruturas partidárias, pois esses elementos não compartilham de um conjunto de memórias, percepções e critérios (LAMOUNIER, 1989, p. 19). Waldron (2003) expande esse mal-estar, ainda, para a atividade legislativa como um todo (negociata, troca de favores e procedimentos eleitoreiros).

Atuando, sobremaneira, diante dos fatos expressos a modo de intróito, é perceptível que o conceito de fidelidade partidária se relaciona diretamente com a democracia, inclusive inúmeras foram e são as iniciativas postas em tramitação no Congresso Nacional em relação a esse instituto.

## 1. Fidelidade Partidária e Separação de Poderes: Limites e Discussões

A fidelidade partidária é um dos elementos constitutivos da reforma política e, sob esse prisma, Benevides (2003, p. 85) ensina que deve “buscar sempre a maximização da expressão da vontade popular nos processos eleitorais e o aumento da transparência e eficácia dos instrumentos de combate à corrupção”. Assim, a fidelidade partidária surge para oferecer maior equilíbrio ao tripé partido, eleitores e eleitos.

O instituto é um elemento que integraliza a restauração do Legislativo, já que é capaz de ponderar os elementos conflitantes, que permeiam essa realidade: de um lado, a autonomia de vontade pessoal do detentor do mandato eletivo e, do outro, a vontade dos membros de seu partido. De acordo com Mendes, Coelho e Branco (2009, p.821), “parece certo que a permanência do parlamentar na legenda pela qual foi eleito torna-se condição imprescindível para a manutenção do próprio mandato”. Em contrapartida, Clève (2012, p. 79) exprime que “esta não poderá violentar a consciência e nem a liberdade de convicção do parlamentar”. Eis a problemática inicial enfrentada pela Resolução nº 22.610/07, do TSE - essa dicotomia resultante do instituto da fidelidade partidária em detrimento da liberdade do parlamentar - o que justifica a relevância do tema sob análise.

Assim, a discussão problemática que comporta o instituto da fidelidade partidária resulta da Resolução nº 22.610/07, do TSE, que teve origem na Consulta nº 1.398, formulada pelo Partido da Frente Liberal (PFL), atual Democratas (DEM).

Desde a Resolução, o TSE estabeleceu que a titularidade do mandato eletivo pertence ao partido político pelo qual o representante conquistou o mandato, em razão do sistema eleitoral proporcional e da fidelidade como condição indispensável à elegibilidade, amplamente acolhidos pelo entendimento do STF.

O ativismo judicial por parte do STF é justificado, por Capelletti (1993, p. 52), “pela necessidade da busca do Poder Judiciário, como forma de equilíbrio aos demais poderes”. Não obstante, faz-se importante mencionar o posicionamento de Streck (2004, p. 141):



Não se pode confundir, entretanto, a adequada/necessária intervenção da jurisdição constitucional com a possibilidade de decisionismos por parte de juízes e tribunais. Seria antidemocrático. Com efeito, defender um certo grau de dirigismo constitucional e um nível determinado de exigência de intervenção da justiça constitucional não pode significar que os tribunais assenhem da Constituição.

Assim, torna-se evidente o ativismo judicial protagonizado pelo TSE e STF, que, enquanto cuidaram do instituto da fidelidade partidária, criaram uma hipótese de perda de mandato eletivo, que não possuía previsão no ordenamento jurídico nacional, ainda que sob o argumento de interpretação sistemática dos princípios constitucionais relacionados aos partidos políticos e ao sistema eleitoral. Além disso, é questionável se o STF poderia conceder ao TSE - e este exercer - a competência regulamentadora da perda do mandato, como foi feito, inclusive criando hipóteses de justa causa para desfiliação partidária, consoante ocorreu.

Para Mezzaroba (2004, p. 277-278), o instituto da perda do mandato eletivo por infidelidade partidária não está expresso na Constituição Federal de 1988. Com isso, o autor promove a seguinte argumentação:

O mandato está vinculado ao representante, e, portanto, o instituto da fidelidade partidária só pode ser aplicado pelos Partidos de forma limitada, já que o representante só poderá ser punido com, no máximo, a expulsão da agremiação, sem, no entanto, acarretar qualquer prejuízo em relação ao mandato.

Esse fundamento emerge da decisão constitucional de fornecer aos partidos políticos a natureza de Pessoas Jurídicas de Direito Privado, perfeitamente identificada na perspectiva de Knoerr (2009, p. 141) quando defende o argumento de que os partidos não possuem natureza de órgãos estatais e que, por não serem controlados pelo Estado, deixam uma lacuna para se refletir que os “sujeitos da política eram os indivíduos e não os partidos”. Assim sendo, se comportam como elementos desprovidos de integralização estatal, o que pode ser divisado nos ensinamentos de Line (2005, p. 193), quando infere que: “[...] estudiosos, apontando para um declínio na volatilidade eleitoral e na migração partidária, têm tentado estender esse argumento até outras áreas relevantes [...]”. Eis agora o diagnóstico complementar de Leitão (2013, p. 204):

O Texto Constitucional que trata dos partidos políticos garante uma autonomia relativa, ao permitir que sejam criados e até extintos livremente, sem a interferência do Estado, mas essa liberdade de criação é balizada por quatro princípios constitucionais: soberania nacional; regime democrático; pluripartidarismo e direitos fundamentais da pessoa humana [...].

A Resolução nº 22.610/07 do TSE disciplinou os processos de perda de mandato eletivo e de justificação de desfiliação partidária, conforme já mencionado. Pode-se criticá-la, entretanto, primeiramente, à míngua de competência para a sua edição, pois a posição ativista neste caso viola o princípio constitucional da separação de poderes, previsto no art. 2º, CF/88<sup>1</sup>. Assim, o argumento de que o TSE executou apenas o seu poder normativo, sem ferir a separação de poderes, se torna insustentável, em flagrante violação ao art. 22, I, CF/88. Essa situação é observada, consoante a intelecção de Mariano (2011, p. 63), “pela ingerência do Poder Judiciário nas esferas de competência típicas do Executivo e do Legislativo”.

Nessa linha de orientação, aporta-se à crítica de Cerqueira e Cerqueira (2008, p. 284) quando exprimem que

O TSE não pode ser legislador positivo, pois fere a CF/88, só podendo assim ‘legislar’ se se tratar de matéria infraconstitucional reservada a lei ordinária – art. 105 da Lei nº 9.504/97 e Boletim Eleitoral nº 15 de 1990 do TSE, jamais podendo legislar sobre LC (processo civil ou processo eleitoral) ou matéria constitucional, em face do art. 22, I da CF/88.

Oportunamente, destaca-se que a matéria regulamentada pela Resolução nº 22.610/07 foi remetida ao STF por meio do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI’s) nºs 3999 e 4086, segundo o qual a Resolução é

1 Sob a perspectiva do Direito Comparado, na Constituição da República Portuguesa (VII Revisão Constitucional de 2005), alguns dispositivos demonstram noções interessantes. O art. 10, 2, em linhas finais, se preocupa com a democracia política, e conseqüentemente, com a efetivação da soberania popular. O art. 51, I, iguala os partidos políticos as associações (abordadas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1998, pelo art. 5º, XX), trazendo como máxima a sua ampla liberdade de atuação. Já o art. 114, I, traz consigo o sufrágio universal como pedra de toque de todas as relações políticas. Por fim, o art. 164, *caput*, “h”, enfatiza a reserva absoluta de competência legislativa para as associações e os partidos. Tal análise permite constatar a preocupação da Carta Portuguesa com a efetividade da separação de poderes e da soberania popular, em detrimento do instituto da fidelidade partidária.

constitucional até que o Congresso Nacional exerça a competência legislativa que lhe cabe.

Ao relatar as ações já citadas, o ministro Joaquim Barbosa (ADI nº 3999) alertou sobre a importância da compreensão do sistema representativo e da gravidade que representa a destituição de um parlamentar de um mandato que lhe foi outorgado pelo povo, fora da previsão constitucional, de acordo com a seguinte transcrição:

É indispensável ter-se uma compreensão não meramente retórica acerca do sistema representativo, para se compreender a gravidade que representa a destituição de um parlamentar do mandato que lhe foi outorgado pelo povo, fora das hipóteses estritamente previstas na Constituição.

Ao se tomar nota de tais palavras, percebe-se a preocupação com a afronta ao princípio da soberania popular, o que redimensiona um cuidado com a violação do que foi previsto no art. 1º, parágrafo único, CF/88, e da separação de poderes, presente no art. 2º, CF/88, ao se impor a sanção de perda de mandato eletivo para o trânsfuga, porquanto o TSE disciplinou uma matéria adstrita à competência privativa da União (art. 22, I, CF/88).

Daí se faz necessária a fidelidade do mandatário aos cidadãos que o elegeram, pois, do contrário, o que se tem é um gesto de desrespeito à vontade soberana do povo. Portanto, não se trata de uma fidelidade exclusiva ao partido, mas especialmente ao eleitor (COUTINHO, 2013, p. 133). E, ainda, se há de mencionar o fato de que “o mal-estar provocado pelo funcionamento dos partidos e do sistema partidário no Brasil”. (MORAES FILHO, 2009, p. LXXVI), não está somente direcionado ao instituto da fidelidade partidária, mas sim da evolução da política no Brasil.

Assim, a ausência de uma análise que considere a realidade dos partidos políticos brasileiros pode implicar a formação de uma ditadura partidária, ou seja, se tratará a fidelidade partidária como camisa de força, que burla o livre convencimento e reconhece apenas a existência de deveres aos filiados, sem ser necessária uma contrapartida da agremiação partidária, consoante infere Cardoso (1997, p. 62), quando consubstancia a noção de que “[...] deve-se manter permanente vigilância no sentido de se evitar o desvirtuamento das finalidades do partido político e com isso transformar a questão da fidelidade partidária em odioso instrumento de opressão dos filiados”.

A iniciativa reflete a ideia de que o povo é pedra de toque imóvel da soberania popular e que a separação de poderes se tornou elemento de vitalidade para a consecução de um espaço imune às interferências (ACKERMAN, 2007). Esse argumento pode ser complementado pelo posicionamento de Goyard-Fabre (2003, p. 117-118), quando explica que “[...] o governo do povo pelo povo exige que o corpo do povo seja reconhecido como soberano”. Com tais posicionamentos, torna-se pertinente agregar a lição de Soares (2010, p. 87-88), ao mencionar a opinião de que,

[...] Para o cidadão comum, para a sociedade de um modo geral, torna-se bastante difícil compreender o que vale e o que não vale nessa arena de deliberação política. O que está em jogo não é apenas o poder de decisão, de modificação da legislação, mas a própria legitimidade consagrada ao processo legislativo pelos eleitores nas urnas.

A separação de poderes encontrou fundamento em filósofos como Locke, quando a estabelecia como pedra angular do Estado democrático de direito, ocorrendo de forma vertical, haja vista a condição de que o Legislativo se encontrava acima dos demais poderes e que estes se subordinariam a ele. Como contra-argumento, Montesquieu, o mais prestigiado desses intelectuais, promoveu a divisão do Estado nas funções executiva, legislativa e jurisdicional, considerando que a separação de poderes ocorre numa perspectiva horizontalizada, de modo que um poder limitaria o outro (MAUS, 2010). Impende agregar a esse juízo o fato de Dallari (2006, p. 2016) mencionar que Montesquieu concebe tal teoria para “assegurar a liberdade dos indivíduos”. Nesse sentido, o constituinte originário delineou a harmonização entre os poderes de forma coordenada, de modo que não haja luta entre eles, bem na esteira dos ensinamentos de Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 116):

[...] tem por finalidade orientar os intérpretes da Constituição no sentido de que, instituindo a norma fundamental de um sistema coerente e previamente ponderado de repartição de competências, não podem os seus aplicadores chegar a resultados que perturbem o esquema organizatório-funcional nela estabelecido, como é o caso da separação de poderes, cuja observância é consubstancial à própria ideia de Estado de Direito.

Observa-se que as condutas do TSE e do STF são questionáveis da perspectiva legal, o que deságua num grande risco para o princípio da separação de poderes, uma técnica eficaz de limitação do poder político, com suporte nos ensinamentos de Montesquieu (2000, p. 166), ao exprimir que a liberdade política: “só existe quando não se abusa do poder; mas trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites”. Como forma de complementaridade, ressalva-se o posicionamento pertinente de Kant (2003, p. 155), quando reflete a ideia de que

Todo Estado encerra três poderes dentro de si, isto é, a vontade unida consiste de três pessoas (trias políticas): o poder soberano (soberania), na pessoa do legislador; o poder executivo, na pessoa do governante (em consonância com a lei) e o poder judiciário, (para outorgar a casa um o que é seu de acordo com a lei), na pessoa do juiz.

Kant (2003), portanto, não deixa lacunas a respeito da necessidade de sobreposição do Legislativo sobre o Judiciário no caso de questões como esta tratada nesse artigo, pois o Poder Legiferante é o grande portador da vontade coletiva. Esse posicionamento levou Bobbio (2000b, p. 227) a se manifestar nos seus escritos, revelando, oportunamente, que

Apesar da afirmação da subordinação de um poder ao outro, o fundamento da separação dos três poderes é ainda a supremacia do poder legislativo sobre os outros dois poderes: o poder legislativo deve ser superior porque somente ele representa a vontade coletiva.

Jean-Jacques Rousseau (2003, p. 33) acolita essas alegações, ao apadrinhar a noção de que, em um regime democrático, vale a máxima de que “só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado em conformidade com o objetivo de sua instituição, que é o bem comum”. O preceito ora salientado, conduz a outra declaração do Filósofo, acolhida por parte de Ribeiro e Barros (2013, p. 111) nos dias atuais - a de que “só o povo pode ser soberano, pois apenas nele reside a vontade pública”. Importante é salientar, ainda, em relação as prerrogativas asseridas por Jean-Jacques Rousseau (2003, p. 107), assim configuradas:

O princípio da vida política repousa na autoridade soberana. O poder legislativo é o coração do Estado; o poder executivo, o cérebro, que dá movimento a todas as partes. O cérebro pode paralisar-se e o indivíduo

continuar a viver. Um indivíduo torna-se imbecil e vive, mas, tão logo o coração deixar de funcionar, o animal morre.

Traz-se à baila a noção de que os diagnósticos evidenciados por Montesquieu, Kant e Jean-Jacques Rousseau refletem a ideação de que, à luz da separação de poderes, por isso, a instituição judicial da fidelidade partidária exorbitou da esfera de competência funcional do Judiciário, ou seja, a sanção jurídica de destituição de mandato do parlamentar é matéria de cunho legislativo por meio de emenda constitucional. É lícito se acrescer ainda, o pensamento de Rousseau (2003, p. 96), na obra anteriormente mencionada, que, de fato, “não é pela lei que o estado subsiste, mas pelo poder legislativo”.

Destarte, a perda de cargo eletivo, em não passando pelo filtro de constitucionalidade, traz derrocada à separação de poderes, delineada constitucionalmente pelo art. 2º, CF/88 (CLÈVE, 2000). Tal é observado no diagnóstico de Rocha (1995, p. 80), quando verifica ser, “[...] inadmissível que um órgão sem ligações com a vontade popular seja encarregado de traduzir, exprimir, compreender e dar significado a essa vontade” [...].

Vasconcelos (2006, p. 196), ao indagar a respeito da criação de Direito por parte dos juízes, responde a favor da manifestação da soberania popular, conforme se observa nesta transcrição:

[...] A pergunta que se põe, então, é esta: pode o juiz criar Direito? Não hesitariam os racionalistas em respondê-la negativamente, verberando o que lhes parecia desastrosa intromissão do Poder Judiciário nas atribuições privativas do Legislativo. Invocaram, como escudo, a teoria da divisão dos poderes, artigo de fé do Liberalismo triunfador. Aos juízes, para bem aplicar a lei, disse Montesquieu, “bastam-lhe os olhos”. Oculatamente, entretanto, faziam eles o que em público negavam, servindo-se em seus malabarismos da lógica do disfarce. Com efeito, ninguém ousara ainda discrepar, de maneira aberta e franca, de que o poder de criar Direito residia, única e exclusivamente, no corpo do legislativo, caracterizado por John Locke como órgão próprio das manifestações da soberania popular. Com essa preliminar de ordem doutrinária, afastava-se a hipótese da criação judicial do Direito.

E, ainda, se remonta à ideia de que o ativismo judicial encontra limites na própria Carta Magna, conforme aduz Cittadino (2004, p. 108):

Não se pode negar que as Constituições das democracias contemporâneas exigem uma interpretação construtiva das normas e dos princípios que as integram, e, neste sentido, as decisões dos tribunais – especialmente em face de conflitos entre direitos fundamentais – Têm necessariamente o caráter de “decisões de princípio”. No entanto, a despeito do fato da dimensão inevitavelmente “criativa” da interpretação constitucional – dimensão presente em qualquer processo hermenêutico, o que, por isso mesmo, não coloca em risco, a lógica da separação de poderes -, os tribunais constitucionais, ainda que recorram a argumentos que ultrapassem o direito escrito, devem proferir “decisões corretas” e não se envolver na tarefa de “criação do direito”, a partir de valores preferencialmente aceitos.

De acordo com as expressões, é notória a conduta exorbitante do Poder Judiciário, que ocasionou a usurpação de poderes do Legislativo, quando prolatou decisões judiciais sem legitimidade democrática para torná-las aptas à substituição de leis, no tocante ao posicionamento de Carvalho Netto (2004, p. 38), quando exprime proporção do ativismo judicial no caso em apreço:

[...] no paradigma do Estado Democrático de Direito, é de se requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do Direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto.

Resta claro que não se deve discutir que seja o ativismo judicial objeto capaz de promover a efetivação dos direitos fundamentais, no entanto, impõe-se revelar a existência de limites substanciais e formais para a sua prática. Bem assim, não é possível negar que o ativismo judicial é um evento de plano mundial, possuidor de inúmeras causas, de acordo com estudiosos como Tate e Vallinder (1995) e Hirschl (2007); sem se esquecer também dos limites de cada Poder, para que não ocorra um modo de atuação ilegítimo e inconstitucional por parte do Judiciário. Tal reflete, claramente, na visão de Neves (2007, p. 235-236), quando exprime: “a atividade controladora do Judiciário no âmbito da ampliação excessiva de sua competência em questões políticas é fator decisivo para uma crise de funcionalidade e de legitimidade do Estado Democrático de

Direito”. Segue-se de perto, atentando-se para os ensinamentos de Dahl (2012, p. 304), em cuja lição que “quanto mais os quase guardiães [juízes] estendem sua autoridade às questões substantivas, mais eles reduzem o escopo do processo democrático”. Resplandece, por fim, nas preleções de Pogrebinski (2011, p. 5),

A suposta atrofia do Legislativo e do Executivo levaria ainda a uma hipertrofia do Judiciário. [...] Entimema e democracia à parte, estaríamos, assim, de acordo com essas leituras, diante de uma “supremocracia”; termo que se refere à autoridade do Supremo Tribunal Federal (STF) em relação às demais instâncias do Judiciário, bem como à expansão de sua autoridade em detrimento dos demais poderes.

Assim divisado, faz-se necessário acrescentar a orientação de Moraes Filho (2010, p. 122), quando alerta que: “[...] De fato, talvez seja a hora de o Congresso Nacional recobrar-se da inapetência legislativa e deixar para o Poder Judiciário apenas a jurisdição”.

Outro ponto de questionamento da posição do TSE e do STF parte do elemento disposto no art. 55, CF/88, ao disciplinar as situações em que deputados e senadores estarão sujeitos a perda de mandato, conforme as hipóteses revividas nesse dispositivo, sem sequer se referir a desfiliação, com ou sem justa causa, como motivo para perda de cargo eletivo, limitando-se apenas à exclusão do parlamentar da condição de filiado, em casos de oposição às diretrizes político-partidárias, desde que haja a previsão expressa perante o estatuto do partido. Esta ideia é perfeitamente acolhida por Silva (2010, p. 234), ao mencionar que “[...] A Constituição não permite a perda do mandato eletivo por infidelidade partidária”.

Destarte, não há de prosperar o argumento de que o TSE editou a Resolução sob escólio apenas no exercício do seu poder normativo, sem que houvesse afronta ao princípio constitucional da separação de poderes, pois tal ato causou a existência de direitos eleitoral e processual novos, o que invadiu a esfera de competência privativa da União. Por fim, neste sentido, cabe a pertinente indagação de Bercovici (2005, p. 297): “Em quem o cidadão deve confiar: no representante eleito ou no juiz constitucional? Se o legislador não pode fugir à tentação do árbitro, por que o juiz poderia?”



## Conclusão

Este artigo teve como objetivo debater uma das matérias que mais está na ordem do dia, aos cuidados do Direito Eleitoral: a fidelidade partidária, que exprime como consequência a perda de mandato eletivo dos trânsfugas.

O tema é cercado por diversas polêmicas, tendências e descompassos, conforme abordado ao longo do escrito. É a polêmica principal foi propiciada pelo ecoar da “punição”, embora tenha sido tratada de outra forma pelos ministros do TSE, pois recaiu sobre aqueles que efetuassem a troca de partidos, sem justa causa, amplamente acolhida pelo STF. Albuquerque (2013, p. 177) ressalta que “tal decisão é considerada um dos marcos na jurisprudência deste tribunal”. Convém exprimir, *en passant*, as observações de Lima (2003, p. 220), para quem “a jurisprudência dos tribunais constitucionais descumpre a constituição quando aplica entendimentos restritivos aos comandos constitucionais”, a igual do posicionamento refletido por Piçarra (1989, p. 262), quando se expressa desta maneira:

Seja como for, o Estado de Direito contemporâneo, mesmo onde anteriormente procurara institucionalizar-se o Estado de legislação parlamentar, passou a ser generalizadamente um Estado de jurisdição executor da constituição (*verfassungsvoll-ziehender jurisdiktionsstaat*), em que o poder legislativo é limitado por um poder jurisdicional que não dispõe da mesma legitimidade democrática que o primeiro.

A atual Carta Magna brasileira em seu art. 17, § 1º, salientou expressamente a fidelidade e acrescentou que ela deveria contar com o seu estabelecimento nos estatutos dos partidos, ou seja, a sua disciplina e normatização. Como se pode ver, a cassação dos mandatos em consequência da migração partidária não encontra subsídio em nenhuma regra geral, nem mesmo quando se reporta ao art. 55 da CF/88, o qual prescreve a perda de mandato de deputado e senador, no entanto, nem assim, é notada a inclusão da desfiliação em apreço. Cumpre dar vulto, ainda, as palavras de Mezzaroba (2010, p. 54), para quem

A perda do mandato por ato de infidelidade partidária não está prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Conforme reza o caput do art. 15, a cassação de direitos políticos, a sua perda ou suspensão só podem ocorrer nos casos previstos pelo próprio dispositivo constitucional.

Em resposta a Consulta nº 1398, formulada pelo DEM (antigo PFL), o TSE entendeu que o mandato pertence ao partido e não ao eleito. De efeito, tem-se, de um lado da balança, a conscientização acerca do valor e importância dos partidos que desempenham a atividade essencial da representação popular em um regime democrático, em detrimento da ausência de liberdade de convicção e pensamento por parte dos parlamentares, haja vista que o tripé partido, eleitores e eleitos é pedra de toque da soberania popular, pois, ante esse contexto, há que se considerar a fidelidade como violência à consciência e à liberdade de convicção dos parlamentares, já que o instituto comporta também a relação eleitores e parlamentar. E, “em princípio, a democracia, é um regime político em que o povo é o fundamento do poder e o responsável pela tomada de decisões políticas”. (ALMEIDA FILHO, 2014, p. 89).

Ao longo das investigações resultantes da justificativa e problematização expressas pelo tema, buscou-se contribuir para a investigação dos limites da fidelidade partidária ao longo da atividade política brasileira, sob os ditames positivados pela Carta Magna de 1988.

Pretendeu-se trazer na prática a avaliação do instituto, com vistas a perquirir acerca da sua indispensabilidade ao fortalecimento das instituições políticas, bem como para a melhoria da governabilidade e o fortalecimento da democracia, em decorrência da sua estreita relação com a evolução destes instrumentos políticos.

Isto posto, investigou-se o conflito instaurado pela exorbitância da legitimidade democrática por parte do Poder Judiciário, quando este impôs judicialmente a perda de mandato representativo dos trânsfugas.

Levantou-se a hipótese de que a Resolução nº 22.610/07 do TSE, perfeitamente acolhida nos julgados do STF, exorbitou a esfera da separação de poderes, quando se remete à noção de que as matérias eleitorais são de competência privativa da União. Não se há de esquecer, também, que a observância do equilíbrio de atuação do princípio sob relação permite alegar-se que “a separação de poderes é um instrumento para assegurar a liberdade política”. (NEUMANN, 1973, p. 203). Tal fundamento é diagnosticado também por Moraes Filho (2003, p. 156), para quem “o princípio político da separação de poderes é essencial para a liberdade, e de que os poderes devem ser distribuídos de tal forma que as partes essenciais de um não venham a ser esmagadas pelo peso desproporcionado de algumas partes e outros”. Na mesma direção, parece pertinente o diagnóstico

de Piçarra (1989, p.13), ao prescrever a importância da existência de “mecanismos de coordenação e independência”.

Por fim, aspirou-se a colaborar para um juízo de limitação no que concerne à forma de atuação do instituto na atividade política brasileira, sob a égide dos princípios da fidelidade partidária e da soberania popular. Consta-se que, mediante um juízo de ponderação e razoabilidade, o princípio da soberania popular se agiganta em relação ao da fidelidade partidária, no escopo de preservar a fidelidade do mandatário aos cidadãos que o elegeram para evitar o descrédito lastimável propiciado pelo desrespeito à vontade soberana do povo.

## Referências

ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito & Política**: pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático. São Paulo: Conceito Editorial, 2013.

ALMEIDA FILHO, Agassiz. **10 lições sobre Carl Schmitt**. Petrópolis: Vozes, 2014.

ACKERMAN, Bruce. **La nueva división de poderes**. México: FCE, 2007.

BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita. Nós, o povo: reformas políticas para radicalizar a democracia. In: BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita; M. V. KERCHER; F. VANNUCHI (Org.). **Reforma política e cidadania**. São Paulo: Perseu Abramo, 2003. p. 91-119.

BERCOVICI, Gilberto. O impasse da democracia representativa. In: Fernando Luiz Ximenes Rocha; Filomeno Moraes (Org.). **Direito Constitucional contemporâneo**: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 281-303.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. Rio de Janeiro: Campus, 2000a.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant**. São Paulo: Mandarin, 2000b.

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

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta 1.398. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 08 maio 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3999. **Diário da Justiça** n.º 221, Brasília, DF, 20 nov. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 4086. **Diário da Justiça** n.º 221, Brasília, DF, 20 nov. 2008.

BRASIL. **Resolução n.º 22.610/2007**. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/arquivos/tse-resolucao-22-610>>. Acesso em: 07 jul. 2014.

CAPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CARDOSO, José Carlos. **Fidelidade Partidária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI, Marcelo (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte, Mandamentos, 2004. p. 281-311.

CERQUEIRA, Tales Tácito Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua. **Fidelidade partidária & perda do mandato no Brasil: temas complexos**. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Fidelidade Partidária e impeachment: Estudo de Caso**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, Ativismo Judiciário e Democracia. **Alceu**, Brasília, v. 5, n. 9, p. 105-113, dez. 2004.

COUTINHO, Júlia Maia de Meneses. (In)fidelidade partidária e Tribunal Regional Eleitoral do Ceará: tendências e descompassos – estudo de caso de Parlamentar Municipal. In: RODRIGUES, Francisco Lisboa; CUNHA, Jânio Pereira da; COUTINHO, Júlia Maia de Meneses (Org.). **Pautas constitucionais contemporâneas**. Fortaleza: Pouchain Ramos, 2013. p. 119-137.

DAHL, Roberto A. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Harvard University Press, 2007.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: Edipro, 2003.

KNOERR, Fernando Gustavo. **Bases e perspectivas da reforma política brasileira**. Belo Horizonte : Fórum, 2009.

LAMOUNIER, Bolívar. **Partidos e utopias: o Brasil no limiar dos anos 90**. São Paulo: Edições Loyola, 1989.

LEITÃO, Rômulo Guilherme. **Partidos Políticos e a estabilidade política brasileira após 1988: por uma teoria do pluripartidarismo na consolidação democrática brasileira**. 2013. 272p. Tese (Doutorado em Direito Constitucional Público e Teoria Política) – Programa de Pós Graduação em Direito – PPGD, Universidade de Fortaleza, 2013.

LIMA, Matonio Mont’Alverne Barreto. Jurisdição Constitucional: um problema da teoria da democracia política. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MORAES FILHO, José Filomeno de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. **Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 199-251.

LINE, Mona M. Parties as programmatic agents: a test of unconstitutional theory in Brasil. **Party Politics**, Canadá, v. 11, n. 2, p. 193-216, 2005.

MARIANO, Cynara Monteiro. O debate sobre a separação de poderes no pensamento constitucional brasileiro. In: LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; SOARES, Ana Katarina Fonteles; NUNES, Andrine Oliveira; REMÍGIO, Rodrigo Ferraz de Castro; CARMO, Valter Moura do (Org.). **Temas do**

**Pensamento Constitucional Brasileiro**. vol. II. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 63-78.

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo. Saraiva, 2009.

MEZZARROBA, Orides. **Introdução ao Direito Partidário brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MEZZARROBA, Orides. **Partidos Políticos: princípios e garantias constitucionais, Lei 9096/95 – anotações jurisprudenciais**. Curitiba: Juruá, 2010.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES FILHO, José Filomeno de. A propósito dos primeiros 20 anos da Constituição Federal: democracia, república e reforma política. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. LXIX-LXXIX.

MORAES FILHO, José Filomeno de. A judicialização partidário-eleitoral. In: MORAES FILHO, Filomeno. **Contrapontos: Democracia, República e Constituição no Brasil**. Fortaleza: Edições UFC, 2010, p. 121-122.

MORAES FILHO, José Filomeno de. Separação de Poderes no Brasil Pós-88: Princípio Constitucional e Práxis Política. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MORAES FILHO, José Filomeno de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 151-198.

MOTTA, Rodrigo Pato Sá. **Introdução à história dos partidos políticos brasileiros**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

NEUMANN, Franz. **Lo Stato democratico e lo Stato autoritativo**. Bologna: II Mulino, 1973.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Lisboa: Coimbra Editora, 1989.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?** Política, Direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa (VII Revisão Constitucional de 2005)**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt>>. Acesso em: 18 jul. 2014.

RIBEIRO, Alberto; BARROS, Gonçalves de. **O conceito de soberania na filosofia moderna: convite à reflexão**. São Paulo: Discurso Editorial, 2013.

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

ROUSSEAU, J.-J. **O contrato social: princípios do direito político**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SARTORI, Giovanni. **Partidos e sistemas partidários**. Rio de Janeiro: Zahar, 1983.

SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Ativismo Judicial no Brasil: o Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política**. 2010. 193p. Tese (Doutorado em Ciência Política com área de concentração em Instituições) – Programa de Pós Graduação em Ciência Política do Instituto de Estudos Sociais e Políticos – IESP, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica ao Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York and London: New York University Press, 1995.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.





# Direitos Humanos à Luz dos Processos Culturais Históricos: Uma Reflexão a Partir da Constitucionalização dos Direitos Políticos Brasileiros

*Gerardo Clésio Maia Arruda  
Antonio Kevan Brandão Pereira  
Adriana Rossas Bertolini*

## Introdução

Apesar dos cento e vinte e cinco anos da existência do republicanismo no Brasil, a experiência de uma participação ampla, por intermédio do voto livre e secreto, de todos os segmentos da sociedade na política, foi um fenômeno vivenciado esporadicamente. Na verdade, o país se encontra ainda em marcha para a consolidação dos princípios democráticos, se considerarmos que se completam, em 2014, vinte e cinco anos de eleições presidenciais sem interrupções autoritárias, o mais longo período em que um presidente brasileiro passa a faixa presidencial para outro presidente também eleito pelo sufrágio direto.

Nesta trajetória construiu-se uma nação permeada de contradições, que combina a detenção do sétimo Produto Interno Bruto (PIB) mais elevado do planeta com um Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) que a situa na octogésima quarta colocação mundial; uma estrutura social extremada no concernente a distribuição da riqueza, de sorte que, em 2013, verificou-se que 10% da população detinham 40% da renda nacional e 42% limitava-se a 13% (PNUD, 2013, *on-line*). Sobre esta base econômica erigiu-se uma estrutura social apartada em detentores de bens e com acesso a serviços que se assemelham aos dos estratos sociais que se encontram no topo da pirâmide dos países com melhor desempenho no ranking mundial do PIB e do IDH e pessoas destituídas de bens essenciais, garantidores de uma vida digna, alguns afastados até mesmo da possibilidade de alcançar meios que viabilizem esta condição, como

trabalhos exercidos em condições humanas e com remuneração que permita a reprodução social.

Esta realidade remete para o fato de que é uma falácia a afirmação de que a produção da riqueza em si é capaz de promover dignidade a todos que contribuem para sua formação. A ideia desenvolvida no pensamento materialista histórico que assevera ser a riqueza coletivamente construída, mas desigualmente distribuída, aparece na realidade socioeconômica brasileira como fato ainda não enfrentado, uma vez que nos encontramos perante uma desigualdade de grande magnitude que renitentemente permanece desde o período colonial.

Resta uma questão, então, o que ocorreu, por exemplo, na Europa ocidental, onde foi possível combinar o desenvolvimento da sociedade de mercado, garantia das liberdades individuais e a promoção da dignidade humana. Encontramos a resposta, como afirma Alípio CASALI (2009), no fato de que aí se desenrolou uma luta pela conquista dos direitos humanos, que é suposto como sendo natural, mas que se trata de um fenômeno histórico. Os embates que vão se recrudescendo a partir do século XVII, no campo filosófico e no político, desaguararam na objetivação dos ideais de propriedade, liberdade, igualdade e dignidade, positivadas nas Constituições dos Estados Unidos da América e França, no século XVIII; transformaram-se em referência que, nos séculos seguintes, influíram nas Constituições europeias e americanas, assim como para a construção dos direitos sociais e culturais, que se seguiram posteriormente.

Se não cabe ao mundo europeu um olhar que organize linearmente a conquista dos direitos humanos, mais impeditivo torna-se este procedimento aos países colonizados de língua portuguesa e espanhola. Como lembra Roberto DAMATTA (2010), os colonizadores encontravam-se submetidos à força de motivações que os impulsionavam para a defesa dos ideais libertadores e igualitários; porém, simultaneamente, enredados numa busca de ampliação de riqueza que os punham contraditoriamente a exercer um pragmatismo negador destes ideais; de um lado, se colocavam como iconoclastas de uma Europa aristocrática e rigidamente hierarquizada, de outro lado, estendiam e aperfeiçoavam alhures seus símbolos e suas normas instituidoras.

É neste viés que se procura entender aqui as determinações que tornam tão nebulosas as concatenações dos direitos humanos conquistados no Brasil, que, em determinados contextos, combinam a constitucionalização de direitos sociais essenciais, como educação e à negação de direitos políticos primários, como o direito a reunião de pessoas em locais públicos. Assim como,

compreender o que leva as motivações geradoras de avassaladores consensos para a constitucionalização de direitos humanos a se arrefecerem diante de energias igualmente poderosas que arregimentam forças que impedem sua efetivação, de sorte que assistimos, com a promulgação da Constituição de 1988, a positivação de direitos fundamentais, mas que ainda demandam regulamentações e políticas públicas que os concretizem, assim tornando-os realidade vivenciada no cotidiano.

## 1. Direitos Humanos e Processos Culturais Históricos

O caminho para a concretização da idealização dos direitos humanos não desenhou, nem desenhará, um traço retilíneo. Aloísio KROHLING (2009) esclarece que a centralidade do homem enquanto sujeito naturalmente dotada de direitos nasceu das ideias de figuras carismáticas religiosas como Confúcio, Buda, Cristo e Maomé, e foi objeto de reflexão na filosofia dos antigos. Embora, como salienta Antonio Enrique Pérez LUÑO (2005), existem pensamentos que corroboram a ideia de que os direitos humanos emergiram na oposição dos povos ao regime feudal e à formação das relações burguesas.

Não há consenso quanto à existência de um marco temporal acerca da emergência da luta pelos direitos humanos, contudo, é amplo o entendimento de que a busca de sua afirmação esteve desde sempre imerso no universo de contradições que caracterizam o processo civilizatório. Em determinados espaços e tempos evoluiu e retrocedeu quando as condições materiais eram adversas, bem como se assistiu a avanços e involuções em sociedades imersas em crises econômicas. Se europeus ilustrados e cristianizados, precursores na positivação dos direitos humanos torturavam e matavam nas Américas; europeus industrializados e cientificamente modernos, já com os direitos fundamentais endoculturados, condenavam a miséria e negavam direitos políticos a povos do Continente Africano.

A Segunda Guerra foi um evento onde se negou plenamente os direitos humanos, mas pode também ser entendido enquanto momento que liberou forças protecionistas colossais, que desaguou na instituição da Organização das Nações Unidas (ONU) e, por conseguinte, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aos 10 de dezembro de 1948. Mas isto não inaugurou uma

evolução permanente da efetivação dos direitos humanos. A dominação francesa da Argélia, que perdurou até 1962, por exemplo, é a reedição do uso do poder econômico e científico, como instrumentos de coação e de justificação para a violação de direitos, condições necessárias para a espoliação da riqueza do outro. Mais recentemente, a denúncia de tortura na prisão norte-americana de Guantánamo demonstrou que mesmo na sociedade do conhecimento, da telemática e da robótica, ainda convivemos com o espectro dos atentados aos direitos humanos de primeira dimensão.

A evolução dos direitos humanos se dá em meio às contradições que pululam no cerne do processo civilizatório mundial. Esta característica é observada também nos espaços geográficos determinados. De tal maneira que este é um fenômeno que permeia a totalidade e a particularidade da história das coletividades humanas. Isto pode ser exemplificado no fato descrito por Fábio Konder COMPARATO (1999) da escritora francesa Olympe Gouges, que defendeu os direitos políticos da mulher, por intermédio da publicação da Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã, no rastro da Revolução Francesa, e que foi guilhotinada, violentamente coagida junto com as associações femininas direcionadas para a luta da emancipação e dos direitos políticos da mulher.

Estes prolegômenos nos permite asseverar que a conquista dos direitos humanos é uma marcha por atalhos, que em certas ocasiões retrocede e noutras avança celeremente. Eis sua característica marcante, presente na sociedade mundial ou específica, nas sociedades antigas e contemporâneas, nas nações ricas e pobres, desenvolvidas e atrasadas.

Destarte, a história da objetivação dos direitos humanos, de sua positivação no processo civilizatório, seja observado na perspectiva da sociedade mundial ou das sociedades determinadas, é bem melhor apreendida se analisada como resultado do confronto de interesses no cerne de um todo orgânico. Daí, então, que a institucionalização dos direitos fundamentais e sua efetivação devam ser compreendidas como resultado da evolução do processo político-jurídico *vis-à-vis* aos valores morais, uma vez que se constituiu nas influências condicionadas na dinâmica das subestruturas do corpo político. Esta perspectiva é descrita por Antonio Enrique Pérez LUÑO (2005) como fundamentação intersubjetivista, que entende os direitos humanos como derivados de um consenso generalizado que se forja no enfrentamento das necessidades sociais historicamente compartilhadas.

Deduz-se das reflexões de Antonio Enrique Pérez LUÑO (2005), que se apoia no pensamento de Habermas, para tecer detalhes acerca da fundamen-

tação intersubjetivista dos direitos humanos, que tais direitos instituídos nas Constituições resultam de consensos ideais tecidos nas relações sociais. Isto porque as normas - em sentido amplo compreendido como modos de agir, pensar e sentir – são elaboradas nas relações intersubjetivas, que se dão a partir das comunicações mediadas pela linguagem, então, trata-se de consensos erigidos na interação comunicativa dos indivíduos orientados por interesses práticos. Compartilha este entendimento, o antropólogo Clifford GEERTZ (1989), quando explicita que:

Os processos políticos de todos os países são mais amplos e profundos do que as instituições formais destinadas a regulamentá-los. Algumas das decisões mais críticas que concernem à direção da vida não são tomadas nos parlamentos e *presidiums*, mas nos reinos não formalizados do que Durkheim chamou “a consciência coletiva” (GEERTZ, 1989, p. 211).

As interações sociais orientadas por valores que dão legitimação ao processo de dominação social vigente constituem-se na argamassa que dá sentido as ações político-jurídicas. Assim, tem-se que a história da ordenação e efetivação dos direitos fundamentais encontra explicação na luta de interesses das pessoas travadas no cotidiano e que vão construindo e reelaborando os consensos. Porém, sem que haja necessariamente uma coincidência entre consenso idealizado e consenso real; aqui, se compreendendo, consenso idealizado como resultado da racionalização, da institucionalização que se dá por intermédio das normas elaboradas nos confrontos políticos partidários, que podem estar ou não ajustadas aos valores legitimados; enquanto consenso real é entendido como sendo empiricamente verificável nas ações sociais praticadas no cotidiano, que muitas vezes não se orientam – ou se orientam em parte – pelas normas jurídicas. Grosso modo, as normas positivadas são parte de uma conquista, constituindo-se em meio e não em fim, uma vez que se tornam referências a serem alcançadas, mas sem esquecer que esta etapa libera forças para fazer valer o consenso por intermédio de ações concretas, sejam leis ordinárias ou políticas públicas.

## 2. O Longo Amanhecer dos Direitos Políticos Brasileiros

De modo geral, é possível afirmar que direitos políticos são normas jurídicas que possibilitam o exercício da soberania popular, ou seja, são direitos que conferem aos cidadãos a prerrogativa de participar na formação e no comando do governo do Estado. Essa participação implica num processo em que cada pessoa de uma coletividade dispõe do mesmo poder que as outras para influenciar na tomada de decisões públicas. Nesse sentido, os direitos políticos tornam possível a realização do princípio democrático de que a formação e o comando do governo são produtos da vontade coletiva dos cidadãos. Dessa forma, percebe-se, de imediato, que os direitos políticos são imprescindíveis para o desenvolvimento de um regime democrático.

Aqui, nos propomos a investigar como esses direitos se consolidaram no Brasil. Para isso, é necessário observar alguns momentos cruciais da história nacional. De início, é importante ter em mente que o processo de Independência realizado em 1822 não alterou significativamente as estruturas política, social e econômica do período colonial. Sabemos que mesmo após o advento do Império, a sociedade brasileira permaneceu profundamente desigual, marcada pelo autoritarismo político, e que continuava a legitimar a escravidão e o latifúndio. Não há uma alteração no funcionamento das subestruturas sociais, de sorte que se mantiveram os valores orientadores dos comportamentos nas famílias, na religião, no trabalho e nas várias dimensões do estado. Neste sentido, a forma de governo imperial bem mais contribuiu para a consolidação da autoridade já instituída no corpo político da sociedade colonial, isto porque se alicerçava numa autoridade patriarcal de onde se emanava as ordens de uns poucos que orientavam o comportamento da coletividade; autoridade esta quase sempre não contestada, e que, quando contrariada, se manifestava violentamente contra as resistências.

No começo do período imperial foi outorgada uma Constituição para o país que, no dizer de Boris FAUSTO (2008, p. 149), “nasceu de cima para baixo, imposta pelo rei ao povo”. O texto constitucional de 1824 trouxe entre os seus dispositivos as regras relativas ao exercício dos direitos políticos. Tais regras apresentavam restrições e limites no tocante à participação política na medida em que estabeleciam o sufrágio censitário. As eleições eram feitas indireta-

mente, em “dois graus”, como se dizia na época. No primeiro grau, os votantes (“massa dos cidadãos”) escolhiam os eleitores, e estes, em segundo grau, escolhiam os ocupantes dos cargos públicos. Para votar nas eleições, era preciso ter pelo menos 25 anos, e possuir renda líquida anual de “cem mil réis”; nas eleições de segundo grau, podiam votar todos os que estavam aptos a participar nas eleições de primeiro grau, sendo necessário, todavia, ter o dobro da renda, isto é, “duzentos mil réis”. Apesar dessas restrições, alguns analistas apontam que se comparado a outros países, a participação eleitoral no Brasil durante o império foi bastante significativa (CARVALHO, 2010, p. 30) (NICOLAU, 2012, p. 24).

Esse cenário praticamente não foi alterado até o ano de 1881, quando foi aprovada a conhecida “Lei Saraiva”, que instituiu o voto direto, acabando assim com as eleições de primeiro grau. A partir daí, não existiriam mais “votantes”, apenas “eleitores”. A lei também estabeleceu critérios mais rigorosos no que tange à comprovação da renda, o que fez com que muitos eleitores não se habilitassem para votar. Por fim, foi proibido o voto dos analfabetos, o que reduziu drasticamente o número do eleitorado. Esta estratégia resultou numa radical restrição na participação política, pois somente 20% da população adulta masculina eram alfabetizadas, ou seja, os 80% restantes foram excluídos do processo eleitoral. De acordo com Jairo NICOLAU (2012, p. 33), as consequências da lei foram imediatas, e “apenas 142 mil inscreveram-se para votar nas eleições de 1881, o que correspondia a cerca de 1% da população do país”. Vê-se, com isto, que a Autoridade patriarcal, do senhor da Casa Grande, que ordenava o funcionamento da família e do trabalho sem contestações, o instituidor de suas próprias normas orientadoras, transpunha-se para a vida pública; assim, este espaço foi incorporando valores forjados na vida privada das famílias detentoras da riqueza, portanto, o poder exclusivista exercido por um em relação à maioria nas subestruturas culturais passou também a se tornar referência na política partidária.

Com o advento da República, em 1889, e, conseqüentemente, de uma nova Constituição, promulgada em 1891, ocorreram algumas mudanças no tocante à institucionalização dos direitos políticos. O direito de voto não estava mais subordinado a critérios econômicos, como nos tempos do Império. Outra mudança diz respeito à idade mínima para adquirir tal direito, diminuindo de 25 pra 21 anos. Contudo, essas modificações não resultaram numa ampliação significativa do número de eleitores. Os analfabetos continuaram sem votar, assim como as mulheres, alguns setores militares, mendigos, e membros de or-



dens religiosas. Desse modo, o número daqueles que votavam era bem reduzido, e isto pode ser demonstrado a partir do fato de que na primeira eleição popular para presidente da República, em 1894, votaram apenas 2,2% da população (CARVALHO, 2010, p. 40).

Se no plano formal a nossa primeira Constituição republicana acabou com alguns obstáculos para a aquisição dos direitos políticos, é importante frisar que o exercício desses direitos na sociedade da época acontecia de maneira superficial. Como se sabe, a Primeira República ficou caracterizada como “república oligárquica” e também como “república dos coronéis”. Os coronéis controlavam a vida política de uma determinada localidade recrutando eleitores e interferindo nas eleições a partir de meios fraudulentos, principalmente através da coação. Como sistema político, o “coronelismo” sustentava uma complexa rede de relações que se iniciava com o próprio coronel e chegava até o presidente da República, envolvendo compromissos recíprocos (LEAL, 2012, p. 43). As fraudes eleitorais foram agravadas dentro do sistema coronelista; compra de votos, alteração do resultado das eleições, e ameaças físicas, para citar só algumas, eram práticas corriqueiras nesse período. É por isso que não se pode considerar apenas o aspecto formal da lei no que tange à concessão dos direitos políticos; fica claro que no contexto do coronelismo o significado desses direitos perdia muito do seu valor.

Vê-se aí que a passagem do colonialismo para o imperialismo e, por conseguinte, para o republicanismo, foi acompanhado de alterações normativas constitucionais concernentes ao direito político, contudo, o que se observa é a ocorrência de uma positivação que na sua forma denota a existência de uma extensão de direitos políticos, mas que no seu escopo guarda restrições promotoras da exclusão. Os direitos políticos brasileiros, na verdade, foram se instituindo com base nos interesses de um segmento da sociedade, justamente aquele que controlava a riqueza produzida nas relações de trabalho, primeiramente escravocratas. É sabido que jogo político de interesses presentes no processo civilizatório ocidental, principalmente com o amadurecimento do capitalismo comercial e a primeira revolução industrial, influenciou na adoção mais alargada dos fundamentos da sociedade contratualista nos países colonizados. A liberdade para contratar reivindica a liberdade para escolher aqueles que redigirão suas cláusulas, condições e gravames. Na realidade brasileira assistiu-se a implantação destas liberdades em velocidades e densidades desiguais. Mas há aqui algo que funciona como alavanca para os embates que se seguirão, ou seja,

as ideias da sociedade do contrato foram-se intercambiando junto aos valores morais e, assim, dando fôlego a mudança cultural que, em última instância, dá consistência às mudanças na autoridade legitimada e na vida pública.

Não é, portanto, estranho que as forças empregadas no jogo de interesses fossem se acirrando nos embates. Um de seus ápices ocorreu no início da década de 1930, quando se deu uma importante mudança no que diz respeito à extensão dos direitos políticos no Brasil. Em 1933, o Governo Provisório instalado após a “revolução” que pôs fim a Primeira república decidiu realizar eleições para a composição de uma Assembleia Nacional Constituinte. Na ocasião, houve uma ampliação da participação política, e isso se deve a uma importante legislação que fora aprovada um ano antes, o Código Eleitoral de 1932. O novo Código ampliou o corpo político da nação na medida em que concedeu o direito de voto a todos os brasileiros maiores de 21 anos, sem distinção de sexo. O fato é que pela primeira vez “as mulheres conquistavam o exercício da cidadania, o que, além de ter um significado político muito importante, implicava um acréscimo numérico substancial ao corpo de votantes” (GOMES, 1986, p. 16). Porém, é necessário dizer que o Código excluiu do eleitorado os analfabetos, os mendigos, os religiosos de ordens monásticas e aqueles que estivessem servindo como praça em trabalhos militares e policiais. Apesar do avanço, mantiveram-se ainda traços do processo de exclusão com base numa segmentação que separa os aptos dos não aptos.

O novo texto constitucional promulgado em 1934 reduziu para dezoito anos a idade mínima para a aquisição de direitos políticos, e positivou outras normas já expressas no Código Eleitoral. Analisando a participação política vivenciada naquele período, os estudiosos afirmam que as mudanças na legislação representaram um grande avanço em relação à prática eleitoral da Primeira República (NICOLAU, 2012, p. 87). Contudo, a maior barreira para a ampliação da participação política continuava sendo a negação do direito de voto aos analfabetos, visto que estes ainda representavam mais da metade da população (NICOLAU, 2004, p. 36).

É preciso entender que a exclusão dos analfabetos alcança diretamente os trabalhadores, pois uma sociedade de economia agrícola que, posteriormente, incorporou a produção industrial de base tecnológica simplificada, não demandava mão-de-obra escolarizada. Neste sentido, grande parte dos interesses que se antagonizavam aos dos herdeiros dos grandes proprietários de terras, alçados a agroexportadores e, por conseguinte, tornados exportadores de produtos in-

dustriais intermediários, não participavam da vida pública, dado que se encontravam formalmente excluídos do processo político.

Entretanto, um Golpe de Estado pôs fim a esta incipiente experiência democrática iniciada na década de 1930 a partir do advento do Código Eleitoral de 1932 e da Constituição de 1934. Getúlio Vargas, o comandante do Golpe, anunciou em 1937 a entrada em vigor de uma nova Constituição para o país. A Carta de 1937 possuía claramente características autoritárias e antidemocráticas, marcando um início de um novo momento da história nacional que ficou conhecido como “Estado Novo”. O fato é que se iniciava no Brasil uma época ditatorial, na qual o “estado de emergência” foi instaurado, suspendendo assim as liberdades civis e políticas. Vale lembrar que as agremiações partidárias foram extintas e as eleições foram canceladas. Durante o período autoritário do “Estado Novo”, os cidadãos não puderam gozar de direitos políticos e, conseqüentemente, participar na vida política do país.

Fundamentado na legalidade de sua Constituição autoritária, a ditadura “estadonovista” desmoronou as instituições democráticas que foram criadas nos anos anteriores. Dessa forma, não há que se falar em direitos políticos durante esse período, pois, como bem salientou Paulo BONAVIDES (1991, p. 348), “a Constituição de 1937 desmentiu-se ao afastar-se do estado democrático com o cancelamento das eleições e extinção dos partidos, o fechamento do Congresso e outras medidas marcadamente autoritárias”.

Essa fase de retrocesso terminou em 1945, quando os cidadãos brasileiros puderam gozar novamente de direitos políticos e participaram ativamente das eleições daquele ano. No ano seguinte a Assembleia Constituinte eleita apresentava ao país a nova Constituição. É importante perceber que a Carta de 1946 dedicou especial atenção aos direitos políticos, estabelecendo assim uma série de medidas que visavam assegurar os direitos de participação política aos cidadãos. Para Barbosa Lima SOBRINHO (2012, p. 37), “voto secreto, regime de partidos, representação proporcional, instituição da suplência, validade dos diplomas, Justiça Eleitoral para o julgamento de todas as fases do pleito, inclusive a verificação de poderes, são conquistas incorporadas à Carta de 1946”.

A redemocratização iniciada em 1945 e solidificada pela Constituição de 1946 ocasionou uma maior participação dos indivíduos na vida política do país. A despeito da instabilidade que o país atravessou durante o tempo de sua vigência, é inegável que a República inaugurada pela Constituição 1946 representou um divisor de águas na história brasileira, sobretudo no que diz

respeito aos direitos políticos do cidadão. Mesmo com a exclusão dos analfabetos, a participação política aumentou nos anos posteriores à promulgação dessa Carta Constitucional. Além disso, os partidos políticos passaram a se organizar nacionalmente, e as eleições para todos os cargos, tanto no nível federal, como estadual e municipal foram frequentes e diretas.

A este avanço da normatização dos direitos políticos no Brasil, que coincide com o pós-Segunda Guerra e a instituição da ONU e a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, se assistiu a um forte retrocesso que se deu a partir de 1964, quando ocorreu um Golpe de Estado promovido pelos militares que destituiu do poder o presidente João Goulart. Sob o argumento de que a intervenção seria para “restaurar a democracia”, e livrar o país da corrupção e do comunismo, os militares começaram a governar através de decretos claramente autoritários (Atos Institucionais), desmoronando assim a ordem democrática iniciada em 1946.

Logo no início do regime militar, muitos cidadãos tiveram seus direitos políticos cassados arbitrariamente, as eleições presidenciais passaram a ser realizadas de forma indireta, e os partidos políticos existentes até então foram suprimidos. O “bipartidarismo”, criado no contexto autoritário da época, comprometeu seriamente o próprio sentido do direito de organização e atuação partidária. Pouco tempo depois ocorreram novas mudanças na legislação e as eleições diretas para outros cargos do Executivo – governadores dos Estados e prefeitos das capitais – também foram suspensas.

Além de restringir a atividade política, o regime suspendeu também as liberdades civis, instaurando no país uma verdadeira ditadura. Para legalizar a nova ordem autoritária, o regime militar aprovou em 1967 uma nova Constituição para o país. O texto constitucional consagrava alguns direitos políticos, como o direito de sufrágio e também o de organização e atuação em partidos políticos, contudo, o exercício de tais direitos estava comprometido, já que a política de repressão contra os opositores era algo constante. É importante lembrar também que para coibir o avanço da oposição, a legislação eleitoral e partidária foi frequentemente modificada, comprometendo assim a atuação desses grupos.

Essa realidade só mudaria a partir das lutas pela redemocratização do país que se intensificaram no início da década de 1980. Esse processo culminou com a promulgação da Constituição Federal de 1988, marcando assim o início de uma nova fase de consolidação dos direitos políticos no Brasil. Mesmo com algumas limitações e deficiências, é inegável que o atual texto constitucional

representou um avanço, pois reestabeleceu entre nós um Estado Democrático de Direito. Trata-se de uma Constituição que contém inovações relevantes no tocante à ampliação dos direitos civis, políticos e sociais, sendo por isso mesmo chamada de “Constituição Cidadã”.

Especificamente em relação aos direitos políticos, foram consagradas as diferentes modalidades de direito de sufrágio, tais como o direito de votar e ser votado nas eleições, e o direito de votar em plebiscitos e referendos. Nesse ponto, a Constituição de 1988 inovou ao estender o direito de voto às pessoas maiores de dezesseis e menores de dezoito anos e também aos analfabetos, algo que até então nunca tinha ocorrido em nossa história republicana. A incorporação desses sujeitos logo resultou no aumento da participação eleitoral, daí a importância dessa medida.

A Carta de 1988 também estabeleceu outros direitos de participação política, como por exemplo, o direito de organização partidária, garantindo liberdade e autonomia para atuação dos partidos políticos, o direito de iniciativa popular, que corresponde a um mecanismo de participação direta através do qual o povo poderá apresentar projetos de lei ao Legislativo e, por fim, o direito de propor ação popular, que permite a cada cidadão ser parte legítima para invocar a tutela jurisdicional objetivando defender os interesses da coletividade.

Dessa forma, é inegável o fato de que a Constituição de 1988 ampliou o rol de direitos políticos e estendeu tais direitos a um maior número de indivíduos como nunca antes na história nacional. Porém, cabe perguntar o seguinte: será que os direitos políticos expressos na atual Constituição são suficientes para a consolidação da democracia? Sem dúvida, o texto constitucional vigente representa um avanço na conquista dos direitos políticos, contudo, é indispensável que se criem novos mecanismos e formas de participação direta dos cidadãos. A democracia puramente representativa, na qual a participação política resume-se somente na votação em eleições periódicas não é suficiente para atender as novas e constantes demandas da sociedade. Parafraseando Boaventura de Sousa SANTOS (2012), é necessário então democratizar a democracia brasileira que está fundamentada na Constituição de 1988.

## Conclusão

Apesar do fato de que, ao se instituir a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão promulgada na França em 1789, que universalizou a ideia de que todas as pessoas possuem direitos individuais que são inalienáveis e imprescritíveis, no Brasil constituía-se a maior população de escravos, imersos num corpo político marcado pela negação de direitos. Contudo, não se deve desconhecer a importância da luta pelos direitos humanos no plano internacional para a conquista dos direitos políticos nacional. A Constituição brasileira 1946, promulgada no rastro dos movimentos políticos pela democracia, se apresenta como fato denotativo de que há uma relação dialógica entre a instituição dos direitos humanos que ocorre no cerne do processo civilizatório mundial e a dos direitos fundamentais na história política do Brasil.

Sobretudo, as ideias contidas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão influenciou de maneira decisiva o desenvolvimento daquilo que ficou conhecido como “Estado Democrático de Direito”. É possível afirmar que os fundamentos democráticos foram inculcados nos ocidentais a partir do processo de endoculturação ocorrido na passagem de geração a geração, passaram a fazer parte daquilo que comumente se denomina de cultura ocidental. Esse tipo de Estado, como explica José Joaquim Gomes CANOTILHO (2003) fundamenta-se no princípio de “soberania popular”, isto é, de que todo o poder emana do povo. O povo é o titular do poder político, exercendo-o por meio de direitos que são garantidos numa Constituição. Eis aí de onde emerge uma das influências decisivas para os avanços que se verificaram nos direitos políticos brasileiros. O fato de que o Brasil tenha desde sempre se mantido no cerne das relações comerciais, levou-o também a se situar próximo das influências culturais mundiais. Portanto, não haveria como as forças motivadoras que construíram e consolidaram direitos civis, políticos, sociais e culturais deixassem de funcionar aqui como referências de lutas.

A trajetória dos direitos políticos no Brasil é marcada por conquistas e tropeços, por avanços e retrocessos; neste aspecto, guarda semelhança com o movimento de efetivação dos direitos humanos. Por outro lado, dada à influência da cultura local, e reconhecendo que os direitos humanos se concretizam nos estados nacionais, não se poderia ter tido, no Brasil, a constitucionalização dos direitos fundamentais como espelho da instituição dos direitos humanos, entretanto, sua influência é constante, às vezes mais às vezes menos, mas sem-

pre presente. Em 1988, promulgou-se uma Constituição que poderá vir a ser caracterizada no tempo histórico que ainda está por vir como sendo a mais aproximada das idealizações dos direitos humanos. Embora sejam fortes e coerentes às críticas a falta de efetividade de grande parte dos direitos positivados, incluso os direitos políticos, não se pode perder de vista que a referência que antes se tratava de um quadro internacional agora se encontra, enquanto princípio, incrustado no conjunto normativo brasileiro.

Esta constatação, acrescida da importância cada vez mais crescente do Brasil no cenário econômico e político mundial, nos põe diante de uma possibilidade mais ampla de superar a distância sempre percebida entre o plano formal e o real dos direitos políticos, isto é, entre o que estava positivado na lei e o que acontecia concretamente na vida pública do país.

## Referências

BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil**. São Paulo: Paz e Terra, 1991.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

CASALI, Roberto. Introdução. In: KROHLING, Aloísio. **Direitos humanos fundamentais**: dialogo intercultural e democracia. São Paulo: Paulus, 2009.

DAMATTA, Roberto. **Relativizando**: uma introdução á antropologia social. Rio de Janeiro: Rocco, 2010.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: EDUSP, 2008.

GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos Editora S/A, 1989.

GOMES, A. M. C. O Brasil republicano. In: **História da civilização brasileira**. Rio de Janeiro: Difel, 1986.

KROHLING, Aloísio. **Direitos humanos fundamentais: dialogo intercultural e democracia**. São Paulo: Paulus, 2009.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**. São Paulo: Civilização Brasileira, 2012.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

PNUD. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Relatório de Desenvolvimento Humano 2013**. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/arquivos/rdh-2013.pdf>>. Acesso em: 28 jul 2014.

NICOLAU, Jairo. **História do voto no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

NICOLAU, Jairo. **Eleições no Brasil: do império aos dias atuais**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2012.

SOBRINHO, Barbosa Lima. **Constituição brasileira de 1946**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2012.





# Educação Jurídica e a Função Social da Instituições de Ensino Superior: Uma Análise das Profissões Jurídicas na Efetivação dos Direitos Fundamentais

*Dayse Braga Martins  
Danielly Andrade do Vale*

## Introdução

A educação superior de boa qualidade é assegurada pela Constituição Federal de 1988. A referida Carta traz em seu capítulo II, art. 6º, a educação como um Direito social, dispondo em seu art. 205 como “direito de todos, dever do Estado e da família, com a colaboração da sociedade para o desenvolvimento pessoal, cidadão e de qualificação para o mercado de trabalho”. Não resta dúvida que a educação é importante para o desenvolvimento socioeconômico, tanto que o Congresso Nacional aprovou uma lei dispondo que todo o dinheiro dos royalties e metade da quantia do excedente em óleo, que integra a função social, será investido na educação. Segundo a Presidente Dilma Rousseff (PRONUNCIAMENTO, 2013), o petróleo, que é uma riqueza finita, será transformado em um tesouro indestrutível: a educação de alta qualidade, fonte de uma sociedade mais justa e com melhor distribuição de renda. Em dados específicos, 75% do lucro do pré-sal será investido na educação<sup>1</sup>.

A educação superior, ministrada pelas Universidades, deve basear-se na realidade social, já que as universidades, além de transmitir conhecimento, deve ser fonte de novas perspectivas, questionamentos, atuando como formadoras de profissionais éticos e comprometidos com as questões sociais. Desta forma, nota-se a importância das Universidades para fomentar a inclusão, a igualdade, enfim, o desenvolvimento da sociedade e dos profissionais.

---

1 Pronunciamento da Presidenta Dilma em 21 de outubro de 2013.

Quanto ao ensino jurídico promovido pelas Universidades, verifica-se a importância da implementação de projetos que levem os graduandos a atuarem junto à comunidade, disseminando conhecimentos e verificando de que maneira podem prestar um serviço que ajude no melhoramento da justiça.

O Ministério da Educação, por meio da Resolução CNE/CES nº 9/2004, dispõe sobre o ensino jurídico, pondo como dever do curso de Direito a formação de profissionais habilitados a desenvolverem sua função de forma adequada e crítica, vez que, conforme o art. 1º, §2º da LDB - Lei nº 9.394/1996, a educação escolar deverá vincular-se ao mundo do trabalho e à prática social.

A profissão ética é a atividade desenvolvida de forma respeitosa e adequada em função de outrem. Além da realização pessoal e econômica, o bom profissional deve ser solidário, preocupado com as transformações sociais e com a dignidade da pessoa humana. O profissional jurídico deve ser sujeito reto, ter um bom desempenho profissional e estar apto para defender e efetivar os direitos fundamentais dos cidadãos.

Desta forma, no decorrer deste trabalho, responde-se a determinados questionamentos, tais como: qual a função social das Universidades? Como o ordenamento jurídico brasileiro tutela o ensino jurídico? Qual o papel dos profissionais do direito para a efetivação dos direitos fundamentais?

A justificativa para este trabalho é desenvolver estudo sobre o assunto, de modo a servir para uma melhor compreensão de toda sociedade e do Estado sobre a educação jurídica e a importância das universidades para a formação de profissionais comprometidos com a efetividade dos direitos fundamentais.

Tem-se, então, como objetivo geral: abordar a educação jurídica e a função social das Universidades. E como objetivos específicos: verificar a efetividade dos direitos fundamentais pelas profissões jurídicas; estudar a função social das Universidades no contexto socioeconômico; identificar como o ordenamento jurídico brasileiro tutela o ensino jurídico; e analisar qual o papel dos profissionais do direito para a efetivação dos direitos fundamentais.

Em relação aos aspectos metodológicos, as hipóteses foram investigadas através de pesquisa bibliográfica. No que tange ao tipo, é pura, em razão de sua única finalidade consistir na ampliação dos conhecimentos, proporcionando nova posição acerca do assunto. Quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva, posto que buscará definir, explicar e esclarecer o problema apresentado, e exploratória, objetivando aprimorar as ideias, buscando maiores informações sobre o tema em estudo.

## 1. A Universidade e sua Função Social

A educação é essencial para o desenvolvimento humano, seja intelectual, científico ou artístico. É por meio da educação que o indivíduo é preparado para o exercício da cidadania e qualificado para o mercado de trabalho. A educação é um direito social previsto no art. 6º da Constituição Federal de 1988. Os direitos sociais são direitos fundamentais de segunda dimensão. Não resta dúvida de que a educação é importante para o desenvolvimento socioeconômico. Esclarece Vieira (2010) que esta colabora pra o desenvolvimento, devido à influência que exerce sobre a pobreza e a renda, não devendo ser vista apenas como formadora de capital humano. De acordo com Ferraz (2013, p. 97):

O direito à educação é positivado nos textos constitucionais de modo geral e consagrado na Constituição da República do Brasil de 1988. Nesta, o direito à educação constitui direito fundamental, qualificado como direito social. É direito que desponta como direito de segunda geração, protegido de modo especial após as grandes guerras mundiais. Alguns ressaltam que tal configuração se cristaliza com a transformação do modelo de Estado para o Estado Social Democrático de Direito.

Segundo a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), 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. É um dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tendo por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e a educação de formação e informação.

Desta forma, nota-se que a educação está amplamente vinculada ao desenvolvimento socioeconômico de um país, bem como ao fortalecimento do Estado Democrático de Direito. Para Badr (2011), o ensino, oferecido pelo poder público e pela iniciativa privada, é de grande importância para a Democracia, já que a finalidade do Estado Democrático de Direito, em nosso país, é o desenvolvimento da nação, com a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Com a globalização, houve também uma nova exigência no mercado de trabalho: a mão de obra qualificada. Com os novos meios de comunicação e

informações, o mercado de trabalho está exigindo profissionais especializados, aptos às novas demandas. O papel da Universidade é muito mais que ensinar, uma vez que preparar os futuros profissionais para o mercado de trabalho é de suma importância para o crescimento econômico.

Vale ressaltar que a universidade não deve se limitar à formação de profissionais para o mercado de trabalho. Deve, também, estimular o conhecimento dos problemas enfrentados pela sociedade e o papel do profissional como objeto de melhorias e solução para esses problemas. Teixeira (1976, p.280) assinala:

Daí, então, a educação - e quando falo em educação, compreende-se sempre educação escolar, - precisar ser, tanto num país subdesenvolvido, quanto nos países desenvolvidos, eficiente, adequada e bem distribuída, significando por estes atributos: que deve ser eficaz, isto é, ensine o que se proponha a ensinar e ensine bem: que ensine o que o indivíduo precisa aprender e, mais, que seja devidamente distribuída, isto é, ensine as pessoas algo de suficientemente diversificado e variado da vida moderna e dar a todos os educadores reais oportunidades de trabalho.

De acordo com a LDB, art. 43, a educação tem as seguintes finalidades:

Art. 43. A educação superior tem por finalidade:

I - estimular a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo;

II - formar diplomados nas diferentes áreas de conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira, e colaborar na sua formação contínua;

III - incentivar o trabalho de pesquisa e investigação científica, visando ao desenvolvimento da ciência e da tecnologia e da criação e difusão da cultura, e, desse modo, desenvolver o entendimento do homem e do meio em que vive;

IV - promover a divulgação de conhecimentos culturais, científicos e técnicos que constituem patrimônio da humanidade e comunicar o saber através do ensino, de publicações ou de outras formas de comunicação;

V - suscitar o desejo permanente de aperfeiçoamento cultural e profissional e possibilitar a correspondente concretização, integrando os conhecimentos que vão sendo adquiridos numa estrutura intelectual sistematizadora do conhecimento de cada geração;

VI - estimular o conhecimento dos problemas do mundo presente, em particular os nacionais e regionais, prestar serviços especializados à comunidade e estabelecer com esta uma relação de reciprocidade;

VII - promover a extensão, aberta à participação da população, visando à difusão das conquistas e benefícios resultantes da criação cultural e da pesquisa científica e tecnológica geradas na instituição.

Bittar (2006, p.70) dispõe:

Aí se vê como objetivo educacional aprimorar a consciência ética e a formação do estudante como pessoa humana, livre de paradigmas socializadores e capazes de provocar-se o adestramento mental. A educação libertadora, aquela educação que se deseja para o Brasil, é a capaz de provocar a libertação do povo de sua condição de, sob imperativos de baixa estima e dominação, ser considerado apaziguado para servir as grandes potências econômicas.

Desta forma, nota-se que a universidade vai além de repassar conhecimento, preocupando-se em formar profissionais críticos, que tenham compromisso com a comunidade e com o desenvolvimento humano, o que, por sua vez, fomenta o exercício da cidadania e efetiva o Estado Democrático de Direito.

## **2. Ensino Jurídico**

Quanto ao ensino jurídico promovido pelas Universidades, verifica-se a importância da implementação de projetos que levem os graduandos a atuarem junto à comunidade, disseminando conhecimentos, verificando de que maneira podem prestar um serviço que ajudem no melhoramento da justiça, ao mesmo tempo em que fomentem o desenvolvimento de habilidades, competências e atitudes para o exercício profissional. Neste sentido, esclarece Machado (2009, p.37):

[...] a universidade contemporânea engloba a proposta de se constituir no espaço (a) da produção do saber; (b) da pesquisa; (c) da transmissão da cultura; (d) do ensino das profissões; (e) do desenvolvimento social; e (f) da formação do cidadão. É por isso que se vê na universidade um *lócus* pluralista de saber, de cultura, de contestação, de crítica etc. Afirma-se que a universidade atua esta assentada no tripé: ensino, pesquisa, extensão, a serem exercidos com plena liberdade didática, científica e financeira, tendo em vista alguns objetivos sociais a serem atingidas.

Vale ressaltar que existem algumas polêmicas em torno do ensino jurídico. Primeiramente, é notório destacar que só uma grade curricular não tem eficácia para um ensino humanístico, pois a universidade, além de preocupar-se com o futuro profissional, deve ter esse *animus* de mudança, de bem comum. Naline (2011) afirma que é a profissão uma atividade desenvolvida em benefício próprio e que tem como função social atender as necessidades do bem alheio, bem como a necessidade própria do profissional, ou seja, é a satisfação mútua. A formação de profissionais críticos que não se detenham apenas no tecnicismo de interpretar leis e códigos é de suma importância para a democracia e, conseqüentemente, para uma sociedade mais justa, já que esses profissionais analisarão os direitos de acordo com aspectos históricos e sociais.

Outro ponto importante a ser destacado é que o ensino jurídico tem tomado o cunho de mercadoria, em que o curso de Direito tem sido visto como fonte de lucro, e não como um instrumento de mudança e efetivação da justiça. Em consonância, Machado (2009, p.63) afirma:

É notório que a ação da indústria cultural se faz sentir também no campo do direito com óbvias implicações tanto na produção do saber quanto na formação cultural do bacharel em direito. Esse fenômeno se verifica, primordialmente, pelo processo acelerado de privatização do ensino jurídico no país, como acabamos de ver. Essa privatização intensa levou o ensino jurídico a um grau de mercantilização que não mais se compatibiliza nem mesmo com as dimensões éticas do próprio direito. Vale dizer, a busca desenfreada do lucro pelos empresários da educação, no campo do ensino jurídico, acaba por negar a própria ideia de direito enquanto expressão ética do justo, do equitativo, do certo e do bom.

Afirma-se que o ensino jurídico está em crise e que o motivo não é apenas o grande número de universidades, mas, sim, a forma como essas ensinam,

despreparadas para explicar e transmitir o conhecimento, e os estudantes de Direito acabam absorvendo a cultura legalista, ou seja, detêm as normas estabelecidas, deixando de lado essa visão mais crítica, tornando-se bacharéis despreparados para o mercado de trabalho. Aldeodato (2013) aponta os principais motivos desse problema enfrentado pelo ensino jurídico, quais sejam: o baixo nível do corpo docente, em que há muitos profissionais despreparados; o baixo nível do corpo discente, neste caso, o referido autor lembra a ineficiência do vestibular para a entrada dos alunos no ensino superior; a ineficiência do insucesso e sucesso dos alunos no vestibular, após o ingresso no ensino superior; a proliferação do mercantilismo no ensino jurídico, pois os cursos de direito tornaram-se um negócio lucrativo; e a precariedade do ensino de primeiro e segundo graus.

Sábias palavras do referido autor, pois as teses apresentada pelo mesmo são muito coerentes. A fragilidade dos alunos começa no ensino fundamental e médio e perdura ao longo do ensino superior. A maioria dos alunos sai da escola sem escolher a profissão a que são vocacionados, procurando, antes, as profissões que tenham maior retorno financeiro, pelo menos que se espera ter, e ao ingressarem no ensino superior, deparam-se com instituições despreparadas, que não cultivam e semeiam um ensino humanístico de qualidade.

### **3. As Profissões Jurídicas na Defesa dos Direitos Fundamentais**

A Carta Magna aferiu aos profissionais jurídicos legitimidade para resguardar os direitos assegurados na própria Constituição, gerando a ideia de que são meios para as mudanças sociais, mais precisamente para a efetivação dos Direitos Fundamentais.

Naline (2011) afirma que a profissão é uma atividade desenvolvida em benefício próprio e tem como função social atender às necessidades do bem alheio, bem como a necessidade própria do profissional, ou seja, é a satisfação mútua. A formação de profissionais críticos, que não se detenham apenas no tecnicismo de interpretar leis e códigos, é de suma importância para a democracia e, conseqüentemente, para uma sociedade mais justa, já que analisarão os direitos de acordo com aspectos históricos e sociais. Desta forma, far-se-á um



estudo sobre os direitos fundamentais, sua definição, classificação e previsão na Constituição Federal de 1988, bem como das profissões jurídicas.

Os Direitos Fundamentais são todos os direitos previstos na Constituição Federal, que protegem a pessoa humana. Vale ressaltar que segundo o §1º do art. 5º, as normas que definem os direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata, possibilitando, assim, uma maior efetivação desses direitos.

A aplicabilidade imediata da norma é, sim, um meio de efetivação e celeridade dos direitos fundamentais, contudo, vale frisar que os profissionais jurídicos são de suma importância para essa eficácia.

Neste sentido, destacam-se as principais profissões jurídicas, dentre elas, a de advogado, membro do Ministério Público, Juiz de Direito e Delegado, que têm a função precípua de fomentar o acesso à justiça aos cidadãos, conforme se depreende da leitura do texto a seguir.

### **3.1. Advogado Público e Privado**

Advogar vem do latim *ad vocare*, significando falar por alguém, requerer, defender um direito, seja individual ou coletivo. Os advogados são muito importantes para a manutenção da justiça, já que são representantes, mandatários, dos cidadãos. Segundo Souza Filho (2003), a advocacia é uma profissão letrada de grande respeitabilidade social. No exercício de sua profissão, o advogado precisa ser competente para desempenhar bem a função dada pelo seu cliente, devendo ser fiel, diligente, correto.

A advocacia, embora ligada à defesa dos interesses particulares, é considerada serviço público que tem função social, sendo o advogado indispensável à administração da justiça, conforme estabelecido constitucionalmente e no Estatuto da OAB:

Art. 133 CF /88 - O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Art. 2º Estatuto da OAB.

O advogado é indispensável à administração da justiça.

§1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce a função social.

Outro ponto a ser destacado é a relação advogado e cliente. O advogado deve desempenhar-se da defesa dos interesses do cliente e para isso deve ter vocação, deve gostar do que faz e procurar a melhor maneira possível para cumprir com o dever com o qual foi incumbido, Mamede (2003, p.36) dispõe:

O trabalho do advogado é parcial por essência. Sua função é tomar a posição da parte que representa, expressar seus valores e interesses, argumentar a seu favor. O advogado é a competência jurídica que se empresta ao cidadão, permitindo que sua posição seja expressa de forma técnica, hábil, a ser acatada pelo julgador. No amplo leque das opiniões, dos enfoques possíveis das referências, o advogado deve trabalhar para demonstrar uma realidade que seja favorável a seu cliente. Isso não é um favor, mas é a função, lembrando-se de que essa atuação é equilibrada pela existência de outros advogados que igualmente trabalham a favor de seu cliente, todos fornecendo subsídios para aqueles a quem cumpre a função de julgar. A sociedade em seu todo ganha com essa atuação, pois, generalizada, atende a todos, garantindo a cada um o direito de ser ouvido, de agir juridicamente, mesmo que desconheça as leis e a teoria jurídica.

O advogado é regulado pelo Estatuto da OAB (EOAB) e pelo Código de Ética e Disciplina do Advogado (CED). O EOAB está disposto na Lei Federal nº 8.906/1994, que dispõe sobre o *jus postulandi*, prerrogativas do advogado, sua inscrição na OAB, honorários infrações disciplinares, causas de impedimentos e incompatibilidade, a possibilidade de associação, estrutura do próprio órgão, bem como o processo disciplinar. O CED, por sua vez, é ato administrativo do Conselho Federal da OAB, delimitando os deveres do advogado.

É relevante salientar a importância do advogado público. O defensor público, por exemplo, é essencial na defesa dos necessitados. O Art. 134 CF/88 estabelece que a “defensoria pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados na forma do Art. 5º, LXXIV.” É de se ressaltar que a Defensoria Pública é regulada pela Lei complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994.

Pelo exposto, verifica-se que o advogado, seja privado, seja advogado público, exerce um importante papel na promoção dos direitos fundamentais. Considerável, ainda, frisar a importância do advogado público como meio de

terem, os necessitados, os direitos constitucionalmente previstos efetivados, já que, na maioria das vezes, são os que mais sofrem com a lesão e descumprimento daqueles direitos.

### **3.2. Ministério Público**

O Ministério Público é disciplinado pela Lei Complementar nº 75, de 20 de Maio de 1993, pela Lei nº 8.625, de 1993, e pela Carta Magna. Estas estabelecem ser uma instituição essencial à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, ou seja, é atividade essencial para a promoção da justiça. Sobre este assunto, afirma D'Alva Souza (2003,p. 107):

Difícilima, pois, a correta e eficiente diretriz profissional do Promotor de Justiça, pois postula pela justiça dentro de um sistema de normas legais e jurídicas arcaicas e injustas, algumas, inclusive, imorais. Nesse cenário contraditório e antitético, há que defender a lei, o interesse público e a justiça.

A Constituição Federal estabeleceu, ainda, os princípios basilares do Ministério Público, em seu Art. 127, §1º: “São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional”. O Ministério Público abrange o Ministério Público dos Estados e o Ministério Público da União, que engloba o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar e o do Distrito Federal e Territórios.

O Art. 129 e seus respectivos incisos dispõe sobre a função do Ministério Público, qual seja: “I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VII - exercer o con-

trole externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedadas a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”.

O membro do MP é essencial ao acesso à justiça. Exemplo a ser citado é a legitimidade para propor ação civil pública que, como afirma Magalhães (2002, p. 106), “é um instrumento e uma garantia para a defesa dos direitos metaindividuais, que efetiva os direitos fundamentais e possibilita o acesso à justiça”. Enfim, a presença do Ministério Público é essencial à promoção da justiça, já que seus membros são legítimos defensores da sociedade, protegendo o cidadão e contribuindo para a efetivação dos direitos fundamentais.

### **3.3. Juiz de Direito**

O exercício do magistrado é regulado pelo Código de Ética da Magistratura, que foi aprovado na 68ª sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça no dia 06 de agosto de 2008, nos autos do processo nº 200820000007337. O Juiz de Direito representa o Estado e tem a função de aplicar a lei vigente, solucionando os conflitos de forma imparcial, correta, célere e justa em prol do cidadão. O Código de ética da Magistratura Nacional dispõe, em seu Art. 3º, que a atividade judicial deve desenvolver-se de modo que garanta e fomente a dignidade da pessoa humana, assegurando e promovendo a solidariedade e a justiça.

Os arts. 1º e 2º do referido código estabelecem que o exercício da magistratura deva ser compatível com o que está previsto no código, e que é obrigação do magistrado primar pela Constituição da República e pelas leis, afim de que seja concretizado o Estado Democrático de Direito. São sábias as palavras de Langaro (1996, p. 76):

Antes de tudo, uma consciência capaz de discernir o justo do injusto, o lícito do ilícito, de ser sensível e aguda, fundamentalmente reta. Uma consciência de tal ordem exige uma vida austera e digna, pública e privada. Três qualidades devem reunir-se em um magistrado: a possibilidade, a independência e a cultura. Para que possa o magistrado ser independente, preciso é que ele se possa considerar isento de influência

e de opressão do Poder Executivo. Somente pela independência e integridade do magistrado, que geram a imparcialidade, é que se poderá ter uma organização judiciária boa e eficiente. Se, assim, a integridade, a imparcialidade e a probidade dos juízes constituem condições e qualidades essenciais ao magistrado, é preciso, também, que ele seja ilustrado, isto é, culto, tendo conhecimento do direito, para bem saber julgar. A imparcialidade é resultado, ao mesmo tempo, da inteligência e da moralidade. Pressupõe a existência de um espírito de lealdade, de retidão, de desinteresse, pois a moderação é o apanágio do verdadeiro magistrado, além da prudência, inspirada no saber, da sabedoria de espírito e da simplicidade, evitando a sobranceira e a vazia solenidade. De outra parte, é indispensável possuir tino vivaz e sagacidade, qualidade esta que implica outra de igual importância, a de compreender as lides e as situações e de adivinhar por um simples indício. Isso significa, como se percebe, o requisito do discernimento, pela qual o espírito percebe e distingue os fatos e sua interpretação. Essas qualidades, reunidas numa só pessoa, caracterizam, sem dúvida, um autêntico magistrado.

Diante do exposto, nota-se a importância do magistrado a par do contexto social, que aplique a lei de forma coerente e precisa, que ajude na construção de uma sociedade mais harmônica, bem como na efetividade do Estado Democrático de Direito.

### **3.4. Delegado**

O cargo de Delegado de Polícia só pode ser exercido por Bacharel em Direito. De acordo com a Lei nº 12.830, de 20 de Junho de 2013, Art. 3º, é-lhe dispensado o mesmo tratamento protocolar que recebem os magistrados e os membros da Defensoria Pública. A polícia judiciária possui natureza jurídica. Desta forma, estabelece o Art. 2º: “As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

A profissão de delegado exige desses profissionais, além do conhecimento técnico, muita força de vontade, coragem, perspicácia, senso crítico. Santos (2014, *online*) afirma:

Quem pensa que as atribuições do delegado de polícia se resumem a atos investigativos, engana-se redondamente. Além de presidir o inquérito policial, o delegado de polícia lavra auto de prisão em flagrante e Termo Circunstanciado, arbitra fiança de ofício para os crimes com pena máxima até 4 anos, apreende e restitui objetos relacionados com o crime, requisita as perícias, representa por programas de proteção às vítimas e testemunhas, garante as primeiras medidas de proteção às vítimas de violência doméstica, além de determinar de ofício outros procedimentos previstos no Código de Processual e Leis esparsas, sempre primando pela legalidade e garantias constitucionais. Por conseguinte, o delegado de polícia exerce funções de natureza probatória, cautelar e coercitiva, as quais auxiliam a justiça criminal.

Isso posto, verifica-se que a profissão de delegado é necessária para garantir o direito fundamental à segurança pública, tendo em vista que ajudará na responsabilização daqueles que violaram a lei e trouxeram prejuízo para outrem, sendo fundamental, em certos casos, para o desempenho do Ministério Público, do advogado e do próprio juiz, já que é responsável pela colheita de provas que podem fundamentar a decisão do magistrado. Além do mais, é meio para a garantia da segurança pública, que é um direito de todos.

## Conclusão

Como visto, a educação é um direito social, previsto constitucionalmente. É por meio da educação que o indivíduo é preparado para o mercado de trabalho e para o exercício da cidadania. Notório destacar, ainda, que esta é importante para o desenvolvimento socioeconômico, devido ser fonte primeira para um bom emprego e, conseqüentemente, uma boa renda.

Para a finalidade deste trabalho, é de tamanha relevância esclarecer que a função social das universidades não se limita a repassar conhecimento, pois estas devem ser fontes de novas perspectivas, questionamentos, e formadoras de profissionais éticos, comprometidos com as questões sociais, não devendo, pois, deter-se apenas no tecnicismo das leis. Assim, observa-se que as universidades são importantes para o desenvolvimento humano, o fomento da cidadania e a efetividade do Estado Democrático de Direito.

O ensino jurídico brasileiro é disciplinado de acordo com a Resolução CNE/CES nº 9 de 2004, o qual determina que o curso de graduação em Direito deva se dar de forma sólida, geral, axiológica e humanista, colaborando, desta forma, para o desenvolvimento da cidadania, devendo, assim, implementar projetos que levem o graduando a atuar junto à comunidade, expandindo o conhecimento e promovendo o melhoramento da justiça.

Conclui-se, então, que a educação jurídica deve se dar de forma qualificada e humanística, devendo, pois, a universidade formar profissionais aptos a atuarem no mercado de trabalho e engajados na defesa dos direitos fundamentais, resultando em uma dupla satisfação: destacando-se, pois, a promoção da efetividade de direitos (social) e a formação técnica, adequada pra fins de realização profissional do egresso (individual).

## Referências

ALDEODATO, João Maurício. A OAB e a massificação do ensino jurídico. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; SHANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini; COUTO, Monica Bonnetti (Org.). **Educação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 565-576.

BADR, Eid. **Curso de direito educacional: o ensino superior brasileiro**. Curitiba: CRV, 2011.

BITTAR, Eduardo C. B. **Estudos sobre ensino jurídico: pesquisa, metodologia, dialogo e cidadania**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2006.

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

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994. Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **DOU** de 5 de julho de 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm)>. Acesso em: 06 maio 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.024, de dezembro de 1961. Lei de diretrizes e bases da educação. **DOU** de 27 de dezembro de 1961. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4024.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4024.htm)>. Acesso em: 06 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da Educação Nacional. **DOU** de 23 de dezembro de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm)>. Acesso em: 20 out. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.830, de 20 de Junho de 2013. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. **DOU** de 21 de junho de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm)>. Acesso em: 06 maio 2014.

\_\_\_\_\_. **Código de ética da Magistratura nacional**. Aprovado na 68ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, do dia 06 de agosto de 2008, nos autos do Processo nº 200820000007337). Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/programas/publicacoes/codigo\\_de\\_etica\\_da\\_magistratura\\_nacional.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/publicacoes/codigo_de_etica_da_magistratura_nacional.pdf)>. Acesso em: 20 out. 2013.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 9**, de 29 de setembro de 2009. Institui as diretrizes curriculares Nacionais do curso de graduação em Direito e de outras providências. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/>>. Acesso em: 20 out. 2013.

FERRAZ, Ana Candida da Cunha. Educação em direito humanos: pressupostos para o exercício da cidadania. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; SHANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini; COUTO, Monica Bonnetti (Org.). **Educação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 87-101.

LANGARO, Luis Lima. **Curso de Deontologia jurídica**. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MAGALHÃES, Ednéa Teixeira. **A função Institucional do Ministério Público e a defesa dos Direitos Individuais Homogêneos**. Fortaleza: Pouchain Ramos, 2002.

MAMEDE, Gladston. **A advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil**. 2. ed. rev. e aum. de acordo com o novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Atlas, 2003.



NALINE, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRONUNCIAMENTO da Presidenta da República em rede nacional sobre o leilão do Campo de Libra. **Portal do Planalto**. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-oplanalto/discursos/discursos-da-presidenta/pronunciamento-da-presidenta-da-republica-dilma-rousseff-em-rede-nacional-de-radio-e-televisao-sobre-o-leilao-do-campo-de-libra>>. Acesso em: 05 nov. 2013.

SANTOS, Alexandre Cesar dos. Delegado de Polícia: cargo de carreira jurídica. **Publ. Associação dos delegados de policia do estado de São Paulo, 2014**. Disponível em: <[http://www.adpesp.org.br/artigos\\_exibe.php?id=289](http://www.adpesp.org.br/artigos_exibe.php?id=289)>. Acesso em: 27 mar. 2014.

SOUZA FILHO, Oscar d'Alva e. **Ética individual e Profissional** (Princípios da razão feliz). 3. ed. Rio de Janeiro: ABC, 2003.

TEIXEIRA, Anísio Spinola. **Educação no brasil**. 2. ed. São Paulo: Nacional; Brasília: INL, 1976.

VIEIRA, Patrícia Ribeiro. Aspectos do desenvolvimento e da efetividade do direito à educação no Brasil. **Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial**, Brasília, v.7, n.2, p.213-264, jul./dez. 2010.

# Uma Epistemologia da Política Criminal Racional e Democrática

*Marcus Alan de Melo Gomes*

## 1. O Atraso Epistemológico da Política Criminal

Desde que Bebel estabeleceu, nos primeiros anos do século XX, o conceito de tipo, muito se evoluiu na dogmática penal. O progresso da sistematização da técnica jurídico-penal é, sem dúvida, um dado indiscutível. Muito embora deva-se reconhecer que os discursos de legitimação do direito penal - da justificativa retributivista do positivismo às pretensões preventistas dos funcionalismos mais recentes (Roxin e Jakobs, sobretudo), passando pelo ideário securitarista da defesa social, de resto ainda sensivelmente arraigado no modelo punitivo da pós-modernidade - nunca tenham confirmado sua validade por resultados positivos constatáveis, não há como negar que a dogmática deu passos de significativa relevância no caminho da esquematização, pelo menos teórica, do controle penal. Noções como as de taxatividade e anterioridade da lei e de responsabilidade penal subjetiva e causal, para ficar apenas em dois importantes exemplos, são uma herança desse período e fruto ainda das aspirações burguesas de limitação do poder político que inspiraram o liberalismo iluminista.

O mesmo pode ser dito relativamente à criminologia. A etiologia criminológica lombrosiana, produto de uma pseudoneutralidade da investigação científica do crime, de base exclusivamente empírica, é hoje não mais do que uma referência histórica. A visão do criminoso como um indivíduo que padece de uma patologia, nata ou adquirida, e que precisa, portanto, de tratamento (terapia), não resistiu à orientação política do Estado de Bem Estar, que logo estabeleceu metas correccionalistas para a delinquência. Estas foram sucedidas - e suplantadas - pelas perspectivas sociológicas que progressivamente renunciaram a qualquer esforço de identificação das causas da criminalidade, concentrando-se na compreensão dos processos de criminalização como resultado da dinâmica de exclusão social e das relações de dominação econômica entre classes. A cri-

minologia crítica é, por assim dizer, a grande vedete desse ciclo, que encontra atualmente resistência teórica nas abordagens atuariais, focadas na remoção de fatores situacionais de estímulo ou facilitação do crime.

Sem embargo da permanente tensão que marca os momentos de simultaneidade histórica desses diferentes enfoques dogmáticos e criminológicos, bem como do esforço argumentativo que cada uma dessas correntes de pensamento precisa desprender para ganhar algum tempo de sobrevivência teórica, é inquestionável que em tais campos do saber penal há um incessante embate de perspectivas que faz com que a dogmática e a criminologia estejam sempre a caminhar, ainda que muitas vezes não se saiba exatamente para onde.

A política criminal tem sido a ausente não notada desse gradual amadurecimento epistemológico. Na verdade, mais parece que desde que Von Liszt a tratou como disciplina científica, concebendo-a como o conjunto de critérios balizadores de uma luta eficaz contra o crime - inspirado pela visão determinista segundo a qual o criminoso é alguém perigoso, cujos impulsos para violação da norma devem ser controlados mediante uma intervenção terapêutica (psiquiatria) que corrija fatores individuais de desvio (SÁNCHEZ, 2000, p. 15-16) - nenhum outro esforço significativo de definição teórica, de manejo de ferramentas metodológicas e de identificação de suas funções ocorreu. Não de modo prevaiente, ao menos. Se, por um lado, sua natureza política tende a tornar instável seu objeto e mutáveis os seus fins, dificultando destarte qualquer iniciativa de conceituação mais duradoura, por outro, há que se admitir a premente necessidade de que, num mundo que vive a contraditória e invariável expansão do poder punitivo em contextos democráticos, a política criminal tenha seu papel definido com rigor epistemológico. Afinal de contas, para que ela serve? Prevenir crimes? Reduzir os danos individuais (vítima) e coletivos (sociedade) causados pela delinquência? Ela é capaz disso? Seria ela, ao fim e ao cabo, não mais do que uma forma de aprofundar a exclusão social de determinados estratos sociais marginalizados? Ou a política criminal deve ser o muro que impede o avanço da ação punitiva do Estado?

As respostas a essas perguntas são, ademais, condicionantes do próprio método da política criminal. A racionalidade, associada a valores humanistas como a dignidade, a liberdade e a igualdade, constitui pressuposto das decisões democráticas em matéria penal. Se o que se pretende, portanto, é que a política criminal seja racional e democrática, é indispensável que as decisões políticas sobre controle social sejam precedidas de análise e indicação crimi-

nológica, ao invés de serem tomadas, como costumam ser, por razões meramente casuísticas e utilitaristas.

## 2. O Fracasso da Política Criminal no *Welfare State*

As causas recentes, desde a perspectiva histórica, para as atuais oscilações da política criminal no ocidente podem ser encontradas na desestruturação do Estado de Bem Estar.

A política criminal *welfarista*, fruto do ideal de promoção dos direitos sociais, se baseava na premissa correccionalista e ressocializadora. Pensava-se que a solução para o problema social da delinquência estava no tratamento do criminoso, a partir da identificação das causas (sociais, psicológicas, emocionais etc) do comportamento desviado. A melhor alternativa para a prevenção do crime era, portanto, corrigir os fatores que o provocavam, em especial a precária socialização ou adaptação social do condenado. O *welfarismo* penal investia no crescimento econômico como importante elemento preventivo, e reservava ao Estado, nos casos em que não se lograsse evitar o crime, tanto o monopólio do castigo como o tratamento do criminoso. Foi nesse modelo de controle penal que surgiram as penas indeterminadas, os exames criminológicos de avaliação do grau de periculosidade, as medidas de segurança, a liberdade condicional, a justiça de menores, mecanismos, todos eles, inspirados no propósito de eliminar as variáveis causais do desvio e na possibilidade de readaptação social do condenado.

O projeto correccionalista representou uma ruptura com o retribucionismo tão atrelado aos excessos de poder do Antigo Regime. Nada obstante, a crítica que se instalou sobre ele já na década de 70 do século passado implicou, de certo modo, um retorno ao discurso retributivista, que renasceu fortalecido diante da inquestionável incapacidade do *welfarismo* penal de realizar os resultados preventivos a que se propunha. As pretensões do programa ressocializador foram consideradas falaciosas, pois, em nome do tratamento do criminoso, incorria-se em abusos que violavam seus direitos. Viram-se, escondidas por trás do paternalismo correccionalista, simples opressão política e dominação social (MARTÍN, 2007, p. 58). Foi nesse ambiente de questionamentos da eficácia do sistema penal então vigente que perspectivas críticas da criminologia floresce-

ram e conquistaram espaço, impulsionadas por uma análise ideológica, de viés marxista, da dinâmica de controle social, suas funções e instrumentos<sup>1</sup>.

Muito embora essa modificação de horizontes seja produto, de certo modo, de uma profunda virada cultural que afetou a sensibilidade social sobre o tema da delinquência, é indispensável reconhecer que o panorama político-econômico mundial nos primeiros anos da década de 80 do século XX também interferiu, determinadamente, nos rumos tomados pela política criminal nos países europeus e, de resto, também no continente americano. Nesse sentido, devem ser considerados fatores importantes, segundo Martín (2007, p. 59-62): as mudanças da sensibilidade social em relação à viabilidade do *Welfare State*, sobretudo em razão de uma crescente insatisfação da classe média com os gastos em políticas sociais, que resultavam, ao final, inúteis, e prejudicavam seus interesses econômicos; as mudanças econômicas provocadas pela elevada despesa pública com programas sociais que, somada à crise do petróleo ocorrida na década de 70, resultaram em recessão econômica, marcada por uma política de redução de salários e supressão de benefícios sociais; a intensificação da mobilidade demográfica, tanto entre países quanto neles, internamente, e, nesse caso, com especial destaque para a formação de guetos nos bairros pobres e periféricos de grandes cidades, como, por exemplo, nas do norte dos Estados Unidos, para as quais houve uma grande migração de negros do sul; o progresso tecnológico, que alimentou a comercialização de novos equipamentos portáteis de uso pessoal e doméstico (telefones, computadores etc), além da redução dos controles situacionais em novos ambientes de consumo, como os estabelecimentos *self service*, circunstâncias que contribuíram para o aumento da criminalidade patrimonial; e, por fim, o novo contexto político em que governos de vários países, influenciados pela política interna de Margaret Thatcher, na Inglaterra, e de Ronald Reagan, no Estados Unidos, e para se protegerem dos efeitos recessivos da crise do Estado de Bem Estar, tornaram-se liberais na economia e conservadores no social, adotando medidas que aprofundaram o desemprego e as desigualdades sociais, com reflexos no crescimento de uma criminalidade específica, notadamente o tráfico de drogas e os crimes patrimoniais violentos.

Esse novo quadro sócio-político-econômico afetou a política criminal nos países europeus e americanos, revestindo-a de um caráter eminentemente re-

---

1 Dentre essas, a análise teoricamente mais robusta e seguramente a mais difundida é a da criminologia crítica, de Alessandro Baratta.

pressivo. À intensificação do sentimento de medo do crime correspondeu uma maior demanda por segurança pública, impulsionada por um processo de vitimização abstrata. Formou-se um espírito securitarista que gerou também novas e maiores exigências de proteção, não apenas em relação ao crime, mas também quanto aos perigos inerentes ao novo modelo global de organização social (BAUMAN, 1999) e aos riscos provocados pela vida pós-moderna (BECK, 1998).

Alguns autores qualificam essa nova sociedade como contraditória e esquizofrênica (MARTÍN, 2007, p. 66). Nela prevalecem duas estratégias político-criminais: o *associacionismo preventivo* e a *segregação punitiva*, as quais geram medidas de reação ao crime pautadas por metas de segurança pública estabelecidas a partir de expectativas sociais de controle e repressão. Busca-se, com a implementação de respostas punitivistas, acalmar o nervosismo coletivo e amenizar uma espécie de angústia geral provocada pelo medo de se tornar vítima, uma verdadeira purgação do sentimento de insegurança.

A inquietude social relacionada ao crime é potencializada pelos *mass media* que, num mundo globalizado onde a informação circula em volume e velocidade sem precedente histórico, aproveitam-se do fetichismo que envolve alguns temas usualmente ligados à delinquência (violência, dominação, vitimização, sofrimento, culpa etc) para vender notícia. O neoliberalismo reanimou a indústria cultural de que se ocupou a primeira geração da Escola de Frankfurt (ADORNO; HORKHEIMER, 1985) e reelaborou o espetáculo proporcionado pelas imagens (DÉBORD, 1997), dando, assim, novo fôlego à mercantilização do crime e tornando-a mais lucrativa ainda. Confortavelmente acomodados no lugar de *watchdog* da democracia, os meios de comunicação de massa não rejeitam o oportunismo de repelir as alegações de domesticação ideológica do público com o argumento – em regra, deturpado – da liberdade de imprensa.

A esquizofrenia da sociedade atual a fez egoísta e delirante, uma sociedade em que se teme não se sabe exatamente o que, e na qual é preciso eleger um bode expiatório, alguém que possa ser responsabilizado pelo sentimento de insegurança coletiva. Surgem, então, “inimigos” (ZAFFARONI, 2007), que são transformados em alvo de uma política criminal desprovida de qualquer epistemologia, que se faz no dia-a-dia sem método e sem vinculação aos valores democráticos de liberdade e igualdade. Uma política criminal que perde espaço para uma verdadeira privatização do controle penal.

### 3. Política Criminal e Expansão Punitiva no Contexto Neoliberal

A análise que se pretende aqui realizar parte de uma premissa vinculante: a política criminal deve ser considerada uma espécie do gênero política de estado. Seu objeto, entretanto, é o que irá diferenciá-la sensivelmente de todas as outras manifestações de poder oficial: o controle penal. Ele é a espinha dorsal dos discursos de legitimação da repressão penal, o argumento persuasivo responsável por moldar o senso comum a respeito de ideias baseadas em *slogans* de efeito como “combate ao crime”, “luta contra a delinquência”, e que alimentam modelos estritamente reativos, a exemplo dos “tolerância zero” e “lei e ordem”.

A validade daquela premissa pode ser comprovada pela constatação de que a política criminal interfere até mesmo em setores de monopólio estatal também dotados de força coativa, como é o caso do poder de cobrar tributos, quando esses parecem não ter instrumentos suficientemente eficazes para alcançar seus fins. O emprego de mecanismos repressivos, notadamente na etapa de criminalização secundária<sup>2</sup>, para que haja mais efetividade na arrecadação de impostos é a maior evidência dessa realidade.

Rodríguez ressalta a estreita relação entre a política em geral e a política criminal em particular, reconhecendo que esta seguirá sempre as escolhas de governo. Um condicionamento que explica, de certo modo, porque, mesmo em Estados democráticos cuja ordem constitucional estabelece o respeito à legalidade e aos direitos fundamentais, pode haver uma política criminal autoritária. As decisões políticas de governo representam sempre uma opção ideológica (2001, p. 35-36).

Todavia, não são apenas fatores políticos que interferem nas pautas político criminais. O controle penal reflete também as concepções culturais, a organização social, a herança antropológica e a dinâmica econômica das sociedades. Todos são componentes que contribuem, com maior ou menor rele-

---

2 É o que se percebe, por exemplo, com a criação cada vez mais frequente de unidades policiais com atribuição de investigar crimes fiscais, assim como de órgãos judiciais com competência para processar e julgar esses delitos. Note-se que a lei brasileira regula expressamente a extinção da punibilidade quando o imposto devido é pago, e a qualquer tempo, antes ou depois do oferecimento da denúncia, conforme também estabelecido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (v.g., HC 81.929-0, Primeira Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 27/02/2004).

vância, a depender de cada momento histórico vivido, para a definição de um paradigma repressivo. Não há como compreender, portanto, os movimentos de intensificação punitiva das últimas três décadas – especialmente no Brasil e outros países da América Latina, ainda periféricamente situados em relação ao centro do poder político e econômico no mundo – sem que sejam tomados em conta aqueles múltiplos fatores. Assim, as transformações nos modelos de policiamento, o esvaziamento do campo destinado à segurança pública, as novas formas de resolução judicial dos conflitos baseadas na busca do consenso, as recentes teorias criminológicas de fundo atuarial, o crescimento da segurança privada, a atenção reservada à vítima em todas as esferas do controle penal (criminalização primária e secundária), as perspectivas funcionalistas da dogmática penal, todos precisam ser analisados como partes de um todo, dentes de uma engrenagem maior que depende de um harmônico encaixe desses elementos para funcionar eficazmente.

Um peso significativo na definição dessas mutações relacionadas ao controle penal é representado pelo ideário econômico neoliberal. A noção de livre mercado alcançou as entranhas do poder político, conduzindo um afastamento dos Estados não apenas da gestão da economia, mas também de setores da vida social até então considerados monopólio público. O fracasso do *Welfare State* fez ressuscitar os princípios do liberalismo a partir da década de setenta do século XX, mas com uma insistência especial na redução de gastos com direitos sociais. Vieram, então, as privatizações de serviços públicos essenciais, a liberação da economia potencializada por um mercado global, e o enforcamento financeiro da assistência social.

No âmbito do controle penal, isso produziu uma nova realidade em que a gestão pública foi substituída pela gestão privada dos conflitos, seja com fins supostamente preventivos, seja para alcançar uma maior previsibilidade das decisões na esfera judicial. Vivemos em uma sociedade urbana marcada pela proliferação de condomínios residenciais fechados e pela utilização de mecanismos tecnológicos de vigilância (*v.g.*, alarmes, sistemas de registro de imagem etc) em ambientes públicos e privados. Serviços que têm um preço, e caro. A segurança tornou-se, assim, um negócio, e um negócio lucrativo.

Ao mesmo tempo, a lei vem paulatinamente delegando aos próprios envolvidos a resolução do conflito penal. Incidentes processuais que permitem ajustes sobre a acusação ou a pena abreviam a decisão judicial e a tornam mais previsível e menos disponível ao juiz. Prevalece igualmente na etapa judicial da



persecução penal o raciocínio de que o controle penal ganha em eficácia quando submetido a um critério de custo  $x$  benefício: fragilizam-se garantias penais e processuais (legalidade, culpabilidade, presunção de inocência, contraditório, ampla defesa etc) em favor da rapidez e previsibilidade do desfecho do conflito. Busca-se, todavia, um resultado que, de alguma forma, tenha expressão punitiva. Como regra, os acordos para resolução do conflito no processo penal devem ter por conteúdo uma consequência jurídica repressiva, ainda que seja considerada de natureza leve (penas pecuniárias e não privativas de liberdade). A absolvição nunca constitui uma possibilidade de acordo.

Essa metamorfose do controle penal – de seus instrumentos e armas, mas não de seus fins, ressalte-se – se dá ao gosto de uma política criminal desprovida de recursos metodológicos, sem rédeas, sem prumo. Não há como guiá-la. A falta de uma teoria do conhecimento a seu respeito a deixa acéfala. Sua origem, sua estrutura e sua filosofia são ignoradas. Ela avança pela história do homem a passos incertos, caminhando na direção que lhe é apontada pelas forças políticas da ocasião. Por tal motivo, os limites constitucionais ao poder punitivo acabam não representando uma barreira concreta à eleição de recursos repressivos meramente simbólicos, ademais de lesivos aos direitos fundamentais (liberdade, inviolabilidade do domicílio, da vida privada, da imagem etc). A constituição se torna uma peneira, incapaz de conter totalmente a passagem de medidas de controle penal inspiradas no eficientismo. Trata-se de algo grave e que compromete perigosamente o Estado democrático de direito. Neste, há um marco de atuação legítima para a política criminal, há parâmetros de *dever ser*. Não se pode, portanto, incorrer na ingenuidade de tomar por válida qualquer escolha político-criminal simplesmente por ser “realista”, por atender a exigências concretas de momento, sempre fugazes e deturpadas por pressões securitaristas. É um engano pensar, em matéria de controle penal, que episódios relacionados à violência ou que, por qualquer razão, alimentem o medo do crime, justificam fundamentar o universo do *dever ser* no mundo do *ser* (RODRÍGUEZ, 2001, p. 37).

## 4. Política Criminal Racional e Democrática: O Aporte Criminológico

A política criminal constitui um sistema que se autodefine. É ela a responsável pelo estabelecimento de marcos penais gerais, regras de incidência do

controle penal, bem como pela própria definição dos fatos que produzirão consequências penais (SÁNCHEZ, 2000, p. 23-24). Nesse sentido, cria seu próprio objeto e nele pode interferir a qualquer instante, seja para ampliá-lo, seja para reduzi-lo (criminalização primária).

Essa política criminal autodefinidora sujeita-se às instabilidades ideológicas próprias do exercício do poder político. Sua *racionalidade* dependerá, portanto, do maior ou menor grau de sujeição que apresentar em relação aos princípios e valores democráticos.

Nessa linha de pensamento, um primeiro aspecto a ser destacado é a multiplicidade de recursos de que pode se valer a política criminal, vários deles – certamente a maior parte – desprovidos de natureza repressiva.

Por outro lado, o direito penal é produto da política criminal, e nesta se esgota. A principal conclusão que pode ser extraída dessa relação de incompleta correspondência entre a política criminal e o direito penal é a possibilidade de serem buscadas alternativas não penais para o problema da delinquência, com amplos efeitos preventivos, fora do campo normativo. Um exemplo emblemático dessa constatação está na disciplina legal reservada ao tráfico e consumo de drogas, que já apresenta, em alguns países, uma disparidade significativa<sup>3</sup>.

O ponto sensível da interação entre a política criminal e o direito penal está na definição de critérios limitativos do emprego da resposta penal. O que autoriza e o que desautoriza a criminalização de um comportamento? Há condutas que devem ser obrigatoriamente reprimidas? E, ao contrário, haveria aquelas que estariam imunes ao controle penal? É possível falar de um marco de indisponibilidade da política criminal?

São questões complexas e cujas respostas demandam uma reflexão que vá além do horizonte meramente normativo. Mas, se a pretensão, por ora, é não ultrapassar as margens teóricas do direito, parece perfeitamente possível reconhecer que, assim como qualquer outra decisão política, aquelas que envolvem o controle penal também se sujeitam a um referencial jurídico que baliza exatamente a racionalidade do sistema. No Estado democrático de direito, essa racionalidade é representada por dois valores inseparáveis da cultura ocidental

---

3 A título de exemplo, vale mencionar que em Portugal o consumo e a posse de *cannabis sativa* para consumo foram descriminalizados pela Lei nº 30/2000, há quase quinze anos, portanto.

humanista: a realização plena dos direitos fundamentais<sup>4</sup> e o respeito ao Estado de direito. Trata-se de ideais de legitimação axiológica que conflitam com qualquer forma de opressão social ou individual (RODRÍGUEZ, 2001, p. 27).

Pode-se dizer, então, que a preservação desses valores dependerá de uma política criminal epistemologicamente orientada, e que encontre no saber criminológico sua principal inspiração. Em sociedades democráticas, a criminologia não pode ceder espaço ao discurso securitarista da eficiência da repressão. Cabe a ela, diversamente, instrumentalizar as decisões políticas de modo a conter o poder punitivo de fora para dentro, com medidas não penais que, todavia, produzam efeitos sobre o fenômeno criminal. Para isso, o referencial normativo e os limites axiológicos que inspiram o próprio sistema jurídico são indispensáveis. Como bem ressalta Anitua, o que as diferentes abordagens redutivas do poder punitivo têm em comum é seu embasamento nos direitos humanos (2008, p. 741), cuja essência é representada por valores de respeito ao homem e à sua dignidade construídos historicamente, e que não deixariam de existir pela simples falta de previsão legal.

Destarte, é perfeitamente possível estabelecer, sim, limites à política criminal, sejam eles de natureza jurídica (constitucionais, sobretudo), ou tenham eles fundo material, neste caso, limites estabelecidos pelo saber criminológico.

Qualquer programa político criminal que pretenda ser democrático e evitar ou, ao menos, amenizar os efeitos de exclusão social do controle penal deve partir de uma abordagem racional da delinquência. Compreendê-la como a experiência social que é, e na qual interferem, conforme já ressaltado, macrofatores (culturais, econômicos etc) e microfatores (psicológicos, emocionais etc). Assim, o processo de criminalização primária deve pressupor uma etapa de análise da realidade sobre a qual se pretende intervir, com a contribuição dos saberes que se preocupam com o crime. Para isso é necessário, por exemplo, que o processo legislativo seja instruído com informações empírico-sociais sobre o universo humano que será alcançado pela norma penal; dados sobre as necessidades sociais cuja satisfação se espera, bem como sobre as consequências sociais de uma provável intervenção penal; coleta sis-

---

4 O termo “direitos fundamentais” é aqui empregado como fundamento de legitimidade do sistema jurídico, extraído dos textos constitucionais democráticos e que deve orientar a atuação do poder público. Revestem-se de características também inerentes aos direitos humanos previstos em declarações e convenções internacionais: universalidade, igualdade, indisponibilidade, atribuição legal e natureza constitucional.

tematizada de informações sobre as expectativas dos grupos de pressão ou que representem interesses de segmentos sociais afetados; análise do impacto econômico para implementação da lei penal (RODRÍGUEZ, 2001, p. 47), além de outros subsídios que, a depender do caso concreto, tenham relevância para a escolha racional dos instrumentos de controle.

Imagine-se, ainda a título de exemplo, a decisão político-criminal sobre experiências humanas complexas e multifacetadas, como as que são qualificadas de pedofilia, homofobia ou xenofobia. A tendência, nesses casos – como vem ocorrendo no Brasil – é que as escolhas políticas sejam embaladas pelo populismo e resultem simplesmente em mais repressão penal. Isso significa, no campo da criminalização primária, novos tipos penais ou agravamento dos já existentes, respostas penais mais contundentes (prisão), flexibilização de garantias penais e processuais. O debate político criminal, em tais hipóteses, deveria estar necessariamente focado em aspectos criminológicos desses fenômenos, a fim de que a escolha dos instrumentos de controle penal pudesse se dar de modo racional. Seguramente, outras opções políticas menos reativas surgiriam, legitimando-se, destarte, a decisão que viesse a ser tomada, pois estaria ela precedida de um embate democrático de ideias a partir de reflexões criminológicas sobre a questão.

Uma breve comparação: na seara do direito ambiental vê-se uma preocupação crescente com a realização de estudos técnicos prévios e com o recolhimento de dados a respeito das intervenções humanas significativas no meio ambiente. A maior ou menor intensidade do impacto ambiental das ações do poder público é um elemento determinante na definição da política ambiental. Não faz sentido que cautela semelhante não exista com a política criminal, cujos efeitos lesivos à dignidade humana podem ser bem mais significativos do que certos danos ao meio ambiente.

## Conclusão

Um dos saltos históricos mais significativos para a racionalização<sup>5</sup> teórica do direito penal foi dado com sua evolução epistemológica. A principal conse-

---

5 A racionalização do direito penal tem a ver com a sistematização do saber que o produz, com a definição de uma metodologia própria e dos instrumentos de que pode ele se valer. Assim, por exemplo, a percepção vigente nas sociedades democráticas de que a pena de morte não é uma consequência

quência desse processo foi a secularização do saber penal, seu afastamento dos valores religiosos, seu divórcio – ao menos dogmático – da ideia de culpa no sentido judaico-cristão. É bem certo, há que se reconhecer, que a racionalização epistemológica do direito penal não caminhou, nem avança, de modo linear, constante, uniforme. Ao contrário, sujeita-se a frequentes interrupções, retrocessos e rupturas (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 106), a ponto de o modelo de mínima intervenção (*ultima ratio*) nunca se haver concretizado em nenhum país, e estar aparentemente longe de se realizar, se é que algum dia isso ocorrerá. Por outro lado, é igualmente inegável que a sistematização do direito penal, com a definição de suas categorias jurídicas, seus fundamentos epistemológicos e seu método, produz um certo efeito de represamento dos espasmos punitivos. Em resumo: a situação poderia ser pior.

De igual modo, o estabelecimento de uma epistemologia própria proporcionou à criminologia abandonar as explicações metafísicas da delinquência para compreendê-la como uma experiência humana complexa, um fenômeno talhado por interações sociais múltiplas - inclusive de dominação ideológica - nas quais interferem substancialmente as decisões de poder. Somente assim o crime deixou de ser visto como uma manifestação de forças malignas do além ou uma escolha do homem determinada por feitiços de bruxas.

A política criminal não encontrou ainda esse caminho. O vácuo epistemológico faz dela a cartola de um mágico, da qual pode surgir qualquer surpresa inusitada que arranque aplausos do público. Ela permanece sendo a área do controle penal em que vale tudo, e em que o tudo corresponde a decisões casuísticas que geram medidas meramente utilitaristas para atender ao propósito do populismo penal de promover a catarse coletiva. Uma manipulação das concepções sobre a resposta oficial à delinquência, alcançada mediante propostas de mais controle e repressão, que se convertem no senso comum e são sufocantemente alimentadas pelo discurso do medo e da insegurança pública.

---

jurídica aceitável em nossos dias é também fruto das barreiras epistemológicas impostas ao direito penal. Isso não quer dizer, obviamente, que não haja pressões de ordem ideológica e política para uma ruptura com esses limites epistemológicos, o que permitiria que a resposta penal fosse empregada à maneira dos regimes de exceção, sem critérios, sem técnica, sem parâmetros metodológicos. Parece não haver dúvida, entretanto, que o prevailecimento de tais pressões implicaria um recuo do direito penal ao período histórico em que aos Tribunais do Santo Ofício da Inquisição Católica cabia a aplicação do castigo aos hereges. Ao se falar em *racionalidade* do direito penal está-se, portanto, a referir à sua esquematização dogmática, à definição de sua técnica, à sua teorização.

Sem uma epistemologia que estabeleça seu método, imponha sua técnica, defina seu objeto, a política criminal vagueia errantemente por entre forças dos mais variados vieses ideológicos. Vive um perene estado de tensão que compromete a própria essência da ideia de democracia: a busca de saídas para os problemas sociais a partir da apresentação de alternativas no palco político (parlamentos, órgãos executivos e justiça) e da harmonização de posições conflitantes. Ao contrário, há uma crescente aceleração do processo legislativo, com o esvaziamento do debate parlamentar (RIPOLLÉS, 2007, p. 80), de modo que providências de cunho eficientista possam rapidamente acalmar o alarme social. No âmbito executivo, sem parâmetros político-criminais delineados, os governos restringem-se a intensificar providências repressivas que reafirmam o caráter seletivo do controle penal (policciamento reativo-repressivo, vigilância de espaços públicos e privados, controle de circulação de pessoas etc). A justiça criminal, por sua vez, curva-se à flexibilização das garantias penais e processuais todas as vezes em que isso facilita o desfecho condenatório, sem preocupar-se com a efetivação do modelo acusatório de processo.

A crise do Estado de Bem Estar e a nova conformação político-econômica surgida com o neoliberalismo provocaram mudanças sociais profundas e reforçaram a cultura do controle. Uma epistemologia da política criminal não pode ignorar essa tendência expansiva da repressão penal. Na verdade, seu papel é estabelecer uma metodologia e fixar critérios para que a decisão política caminhe em sentido inverso, qual seja, o da contenção do punitivismo.

Desse modo, a racionalização da política criminal depende da definição de um marco epistemológico inspirado, num primeiro instante, na criminologia para as questões que envolvem a compreensão da delinquência como uma relação de poder e de controle que resulta em exclusão social e dominação ideológica; num segundo momento, e para o que afeta a sistematização do direito penal, esse marco deve ser orientado pelos valores democráticos de liberdade e igualdade, de tal sorte que a dogmática tenha instrumentos para repelir os espasmos repressivos que alimentam a expansão punitiva. Um paradigma epistemológico, por assim dizer, dialético, que permita a construção de conhecimento crítico sobre essa forma tão particular de exercício do poder político.

## Referências

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1985.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan-Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos-Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

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

DÉBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Derecho penal: introducción**. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000.

MARTÍN, Víctor Gómez. Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal. In: PUIG, Santiago Mir; BIDASOLO, Mirentxu Corcoy (Dir.); MARTÍN, Víctor Gómez (Coord.). **Política criminal y reforma penal**. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2007. p. 55-103.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **La política criminal en la encrucijada**. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2007.

RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga. **Política criminal**. Madrid: Colex, 2001.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **Política criminal y persona**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

# A Dignidade Humana como Limite ao Poder Constituinte Originário

*Gabriela Natacha Bechara  
Horácio Wanderlei Rodrigues  
Leilane Serratine Grubba*

## Introdução

A história da humanidade parece ser a história da luta pela vida comunitária e pela limitação do poder, fruto do pensamento humano, que frente à necessidade de coexistência, adotou, ao longo do tempo, diferentes formas de governo e de organização da vida. Os primeiros agrupamentos humanos, principalmente os primitivos, deram origem à vida em sociedade, que por sua vez proporcionou novos contornos e complexidades à vida humana.

Na contemporaneidade, os estados democráticos ocidentais se caracterizam, com base de sua estrutura jurídico-normativa, como Estados Constitucionais de Direito. Esse modelo – estado constitucional – reflete a transição de um modelo de estado absolutista para um modelo de estado de Direito, demonstrando o caminhar do pensamento jurídico atual. Esse caminhar se deu principalmente a partir das revoluções americana e francesa, e também da crise do início do século XX deflagrada pela Primeira Guerra Mundial e logo após, pela Segunda Guerra, que deu azo à novas formas de pensar e valorizar o ser humano e à criação da Organização das Nações Unidas, por meio da Carta da ONU de 1945, e à Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948.

As reflexões sobre os crimes contra a humanidade que foram cometidos e acerca do papel do direito na sociedade, fazem com que a discussão sobre os direitos humanos alcance renovado fôlego, e inspiram constituições que instituem mecanismos de proteção à dignidade da pessoa humana. Tendo em vista a importância atribuída à dignidade como valor inerente ao ser humano e a sua proteção no direito internacional, o artigo tem por objeto a consideração da dignidade humana como limite ao poder constituinte originário.



O artigo, no estudo do objeto proposto, em primeiro lugar analisa a dignidade da pessoa humana e a sua proteção internacional. Em seguida, investiga o poder constituinte originário, o seu histórico, sua conceituação e características. Por fim, debate a possibilidade de perceber a dignidade humana como limite ao poder constituinte originário.

## 1. A Dignidade da Pessoa Humana

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. (KANT, 2004, p. 65)

A maioria dos estados democráticos contemporâneos foram reconhecendo em suas constituições, em maior ou menor grau, núcleos mínimos de garantia e proteção aos direitos e liberdades individuais. Essa transformação nas constituições atuais tem como base o princípio da dignidade humana, desenvolvido a partir da evolução da ideia jusnaturalista de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é possuidor de alguns direitos naturais inalienáveis, que uma vez positivados, tornam-se direitos fundamentais.

O jusnaturalismo crê na existência de um direito natural, que se fundamenta na própria natureza do ser humano, podendo esse direito natural ser positivado em normas jurídicas. Nesse sentido, o direito positivado, em especial os Direitos Humanos, deriva (ou deveria derivar) de um núcleo imutável e natural – o direito natural.

Segundo Norberto Bobbio, o jusnaturalismo parte de uma hipótese de estado de natureza, em que os direitos são poucos e essenciais, para tentar justificar racionalmente certas exigências, que vão se ampliando cada vez mais. Segundo o supracitado autor:

O estado de natureza era uma mera ficção doutrinária que devia servir para justificar, como direitos inerentes à própria natureza do homem (e, como tais, invioláveis por parte dos detentores do poder público, inalienáveis pelos seus próprios titulares e imprescritíveis por mais longa que fosse a duração da violação ou alienação), exigências de liberdade

provenientes dos que lutavam contra o dogmatismo das Igrejas e contra o autoritarismo dos Estados (BOBBIO, 1992, p. 74)

A discussão acerca da proteção à dignidade humana e sua positivação nas constituições, por sua vez, só ganhou relevo definitivo com o fim da Segunda Guerra Mundial. O pós-guerra foi um período de transição, em que o mundo jurídico refletiu sobre as consequências da adoção de um modelo jurídico que prega a obediência à normas e leis, independente de seu conteúdo moral.

Conforme essa visão do que se poderia chamar de positivismo jurídico, tendo em vista a existência de um pluralismo e de um relativismo moral não é possível estabelecer critérios que permitam atribuir validade ao direito com base em seu conteúdo, mas apenas com base em sua forma.

Para George Marmelstein, em prol da superação tanto do modelo jusnaturalista quanto do positivismo jurídico tradicional, surge o pós-positivismo, ou ainda, positivismo ético, cujo principal objetivo é inserir no mundo jurídico a questão dos valores, a fim de atender as complexidades da vida moderna. Segundo o autor:

Tudo levaria a crer que o desprestígio do positivismo faria renascer as doutrinas baseadas no direito natural: se o direito positivo não foi suficiente para garantir o justo e evitar a legalização do mal, o direito natural seria a solução. Mas não foi assim. Na verdade, o que houve foi uma releitura ou reformulação do direito positivo clássico. Ao invés de se pensar um direito acima do direito estatal (direito natural), trouxeram-se os valores, especialmente o valor dignidade da pessoa humana, para dentro do direito positivo, colocando-os no topo da hierarquia normativa, protegidos de maiorias eventuais. O direito natural, na verdade, positivou-se. (MARMELSTEIN, 2008, p. 10)

O Estado renasce, portanto, com novo propósito<sup>1</sup>, tendo como fundamento máximo o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio a partir do qual gravita toda a estrutura legal hodierna e que se relaciona à autonomia da vontade e à integridade física e moral do indivíduo, valores relacionados a vida digna em sociedade. Segundo o professor Fábio Konder Comparato:

---

1 Como consequência desse novo posicionamento, surgem na Europa os primeiros Estados de bem-estar social.

[...] parte mais bela e importante de toda a História: a revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais. (COMPARATO, 2004, p. 1)

Com efeito, segundo o professor Fábio Konder Comparato, existem cinco fases quando se fala na elaboração do conceito de pessoa. A primeira se dá com o nascer da escrita e posteriormente com sua vinculação ao religioso e na figura de Deus como modelo de pessoa para todos os homens. A segunda ocorre no início do século VI, quando os escritos de Boécio influenciam Santo Tomás, culminando em uma concepção medieval de pessoa composta por substância espiritual e corporal, vindo a influenciar a concepção do princípio da igualdade entre os seres humanos. A terceira fase advém da filosofia kantiana, em que há uma oposição ética entre pessoas e coisas, em que o ser humano é um fim em si mesmo, e não um meio. O ser humano, em sua vontade racional, tem autonomia, dignidade, e não preço como as coisas. A quarta fase da elaboração do conceito de pessoa relaciona-se com a descoberta do mundo dos valores, em que o homem em sua autonomia faz escolhas valorativas. Finalmente, a última fase ocorre no século XX, em que a filosofia da vida e o pensamento existencialista acentua o caráter único, inigualável e irreprodutível da personalidade individual. (COMPARATO, 2004, p. 12-27)

O caráter único e insubstituível de cada ser humano, portador de um valor próprio, veio demonstrar que a dignidade da pessoa existe singularmente em todo indivíduo; e que, por conseguinte, nenhuma justificativa de utilidade pública ou reprovação social pode legitimar a pena de morte. (COMPARATO, 2004, p. 31)

Enfatizando sua origem religiosa e sua relação com a filosofia kantiana, Luís Roberto Barroso argumenta que a dignidade da pessoa humana é o valor e o princípio subjacente ao grande mandamento, de origem religiosa, do *respeito ao próximo*. Segundo a exposição de Barroso (2010, p. 250), todas as pessoas são iguais, tem dignidade e tem direito a tratamento igualmente digno.

Ante o exposto, parece plausível considerar, então, a dignidade humana sob duas perspectivas. A primeira se relaciona com o jusnaturalismo, que considera a dignidade humana como um direito inerente a todos os seres humanos pelo simples fato de terem nascido humanos. A segunda perspectiva seria aquela que considera a dignidade humana como um direito consensualmente acordado pelos países que fazem parte da Organização das Nações Unidas (ONU), transparecendo a ideia da dignidade como um valor construído em um determinado tempo e espaço. Corroborando com essa forma de perceber a dignidade humana, Bobbio esclarece que

Trata-se, certamente, de um fundamento histórico e, como tal, não absoluto: mas esse fundamento histórico do consenso é o único que pode ser factualmente comprovado. A Declaração Universal dos Direitos do Homem pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores. (BOBBIO, 1992, p. 27)

A construção de um consenso relacionado a importância da proteção à dignidade da pessoa humana faz remeter ao monismo defendido por Hans Kelsen em sua obra *Teoria pura do direito*, ao apontar para a unidade existente entre o Direito Internacional e o Direito estadual (interno). Kelsen se contrapunha a concepção dualista que vê diferenças entre o Direito Internacional e o interno, independentes entre si, considerando-a insustentável, pois as normas internas e internacionais são igualmente válidas. (KELSEN, 2006, p. 364)

Outrossim, independente da perspectiva a se considerar sobre a origem da dignidade humana como fundamento do direito contemporâneo, fica clara a importância que a sua proteção angariou ao longo das últimas décadas no cenário internacional, vindo a influenciar um vasto corpo de proteção jurídica que, conforme será demonstrado a seguir, ganha elevada densidade.

## 2. A Dignidade Humana Segundo o Direito Internacional

*“Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos.” (Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 1º).*

As atrocidades cometidas contra os seres humanos durante a Segunda Guerra Mundial elevaram a preocupação com a dignidade humana a um novo patamar. Genocídios, assassinatos em massa, discriminações raciais generalizadas e o extermínio étnico de milhões de pessoas<sup>2</sup>, torturas e assassinatos de prisioneiros de guerra, violência sexual contra mulheres, as bombas atômicas lançadas nas cidades japonesas de Hiroshima e Nagasaki, bem como outros crimes evidenciaram a fragilidade da raça humana.

Ao emergir da 2ª Guerra Mundial, após três lustros de massacres e atrocidades de toda sorte, iniciados com o fortalecimento do totalitarismo estatal nos anos 30, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da História, o valor supremo da dignidade humana. O sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens, segundo a lição luminosa da sabedoria grega, veio aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos. (COMPARATO, 2004, p. 55)

Do confronto com a real possibilidade de extinção, brota o consenso quanto à necessidade de se proteger e garantir a existência humana. Inicia-se a construção de um movimento histórico de ampliação e aprofundamento de direitos, transformando a consciência ética coletiva dos envolvidos.

O legado do Holocausto para a internacionalização dos direitos humanos, portanto, consistiu na preocupação que gerou na consciência coletiva mundial da falta que fazia uma arquitetura internacional de proteção desses direitos, com vistas a impedir que atrocidades daquela monta jamais viessem a novamente ocorrer no planeta. Viram-se os Estados obrigados a construir toda uma normatividade internacional eficaz em que o respeito aos direitos humanos encontrasse efetiva proteção. O tema, então, tornou-se preocupação de interesse comum dos Estados, bem como um dos principais objetivos da sociedade internacional. (MAZZUOLI, 2013, p. 862)

Dessa maneira, com o fim da Segunda Guerra Mundial inaugura-se um movimento de proteção internacional que transforma a dignidade da pessoa humana no princípio norteador do Estado de Direito, retirando do direito in-

---

2 Estima-se que foram 11 milhões de mortos, majoritariamente judeus (6 milhões) e em menor medida contra ciganos, povos eslavos e pessoas com deficiência física e/ou mental.

terno a exclusividade da proteção ao homem. As Nações Unidas nasceram a partir do objetivo de proteger a dignidade inerente do ser humano e a paz no mundo. É o que demonstra o preâmbulo da Carta das Nações Unidas de 26 de junho de 1945:

Nós, os povos das nações unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla. (NAÇÕES UNIDAS, 1945).

Com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, e a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>3</sup> em 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral da ONU, em Paris, França, parece ter se iniciado a proteção internacional dos direitos básicos do ser humano, ensejando inúmeros tratados e pactos internacionais. Com a Declaração de 1948, o valor dignidade da pessoa humana ganhou especial justificação, uma vez que apoiado no consenso internacional.

Os princípios previstos na Declaração, ainda que não revestidos de obrigatoriedade e apenas de recomendação, ganharam *status* de direito internacional costumeiro. Em seu preâmbulo a Declaração de 1948 considera o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis como o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Em seu artigo inaugural, a Declaração determina que “Todos os seres humanos 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” (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

3 A Declaração está disponível em [http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm). Acesso em junho de 2014.

Retomando os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa, a Declaração reconhece internacionalmente tais princípios, revelando sincero esforço na preservação da própria raça humana, enumerando duas espécies de direitos: direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais ao prever a proteção da liberdade individuais, melhoria das condições de vida, proteção do trabalho, direito de asilo, proteção de minorias étnicas e religiosas, entre outros.

A Declaração de 1948 foi precedida em apenas um dia pela Convenção Internacional sobre a prevenção e repressão do crime de genocídio<sup>4</sup>, em 9 de dezembro de 1948, entrando em vigor em 12 de janeiro de 1951. A Convenção externaliza a preocupação internacional com o crime de genocídio:

Considerando que a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, na sua Resolução n.º 96 (I), de 11 de Dezembro de 1946, declarou que o genocídio é um crime de direito dos povos, que está em contradição com o espírito e os fins das Nações Unidas e é condenado por todo o mundo civilizado;

Reconhecendo que em todos os períodos da história o genocídio causou grandes perdas à humanidade;

Convencidas de que, para libertar a humanidade de um flagelo tão odioso, é necessária a cooperação internacional;

Acordam no seguinte:

Artigo 1.º As Partes Contratantes confirmam que o genocídio, seja cometido em tempo de paz ou em tempo de guerra, é um crime do direito dos povos, que desde já se comprometem a prevenir e a punir. (NAÇÕES UNIDAS, 1948b)

Dezoito anos após a aprovação da Declaração, em 16 de dezembro de 1966, no intuito de assegurar os direitos por ela previstos, chegou-se finalmente a aprovação de dois importantes pactos: o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

---

4 A Convenção encontra-se disponível no seguinte endereço: [http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/convenca....crime\\_genocidio.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/convenca....crime_genocidio.pdf). Acesso em junho de 2014.

Outros importantes exemplos de documentos internacionais são a Convenção de Genebra de 1949 sobre a Proteção das Vítimas de Conflitos Bélicos, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural de 1972, a Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher de 1979, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos de 1981, a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos Ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984, a Convenção sobre o Direito do Mar de 1982, a Convenção sobre a Diversidade Biológica de 1992, entre outros.

O sistema global de proteção, composto por documentos internacionais que versam tanto sobre questões de caráter geral quanto específico, combina-se com um sistema de proteção regional, pertencentes aos sistemas de proteção americano, europeu e africano, perfazendo um sistema de proteção em torno da dignidade.

Estabelece-se, portanto, uma tendência internacional em torno da proteção da dignidade humana. Essa tendência parece ser o reflexo de um conjunto de novos valores em que a proteção do ser humano possui um papel central. Assim o sistema de proteção aos direitos se expande, se acumula e se fortalece, onde o direito internacional atua em conjunto com o direito interno para promover a proteção da dignidade humana:

[...] o direito internacional e o direito interno longe de operarem de modo estanque ou compartimentalizado, se mostram em constante interação, de modo a assegurar a proteção eficaz do ser humano. Como decorre de disposições expressas dos próprios tratados de direitos humanos, e da abertura do direito constitucional contemporâneo aos direitos internacionalmente consagrados, não mais cabe insistir na primazia das normas do direito internacional ou do direito interno, como na doutrina clássica, porquanto o primado é sempre da norma – de origem internacional ou interna – que melhor proteja os direitos humanos [...]. (TRINDADE, 2003, p. 40)

Cançado Trindade (2003, p. 41-43) defende que os direitos não são mais estáticos e compartimentalizados, existindo uma coincidência de propósitos



entre direito interno e internacional, ressaltando a natureza complementar de todos os direitos. Ao defender o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o autor se posiciona no sentido de que o mesmo:

[...] tem se desenvolvido nas últimas cinco décadas e meia a partir das premissas básicas de que os direitos humanos são inerentes ao ser humano, e como tais antecedem a todas as formas de organização política, e de que sua proteção não se esgota – não pode se esgotar - na ação do Estado. No presente domínio deste *direito de proteção*, as normas jurídicas são interpretadas e aplicadas tendo sempre presentes as necessidades prementes de proteção das supostas vítimas. Trata-se de uma interpretação *pro homine*, orientada à condição das vítimas, e que reclama a humanização dos postulados tanto do direito internacional como do direito público interno. (TRINDADE, 2003, p. 45)

Cançado Trindade defende a existência de um “núcleo básico de direitos inderrogáveis” (2003, p. 81), que se pauta na elevação da condição humana como direito inerente e inalienável. Para o autor, há uma crença sedimentada coletivamente na dignidade inerente à pessoa humana (2003, p. 37), que se torna o denominador comum no atual estágio evolutivo.

### 3. O Poder Constituinte

*O poder constituinte estará sempre condicionado pelos valores sociais e políticos que levaram à sua deflagração e pela ideia de Direito que traz em si.* (BARROSO, 2010, p. 115)

A história das Constituições é uma história de limitação do poder, de proteção dos direitos individuais frente ao poderio do Estado. A história constitucional tem importantes momentos como a concessão da Magna Carta em 1215, a *Petition of Rights* de 1628, a Constituição norte-americana de 1787, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e a Constituição francesa de 1791, que apesar de efêmera, inaugura o movimento constitucional europeu que se espalha, a partir daí, para outros continentes.

Nesse sentido, é a Revolução Francesa que dá azo ao desenvolvimento da teoria do poder constituinte<sup>5</sup>. Inspirado nos ideais liberais e traduzindo a esperança dos revolucionários, o abade de Chartres, Emmanuel Joseph Sieyès, em sua obra *Que é o Terceiro Estado?*,<sup>6</sup> lança manifesto contra a ordem de privilégios em vigor na França absolutista, alçando o povo a um novo patamar de legitimidade política, uma vez que confere ao povo a titularidade do poder constituinte, retirando do domínio monárquico e clerical a legitimidade de estabelecer a ordem jurídica.

O poder constituinte pode ser conceituado como um poder fundante, uma potência criadora que estabelece uma nova ordem jurídica fundamental sobre o qual repousará todo o ordenamento jurídico do Estado.<sup>7</sup> Tem a finalidade, portanto, de elaborar as regras da nova Constituição.

Para Paulo Gustavo Gonet Branco, o poder constituinte originário “[...] é a força política consciente de si que resolve disciplinar os fundamentos do modo de convivência na comunidade política.” (MENDES; BRANCO, 2011, p. 117)

É através do poder constituinte originário que é criada a Constituição que servirá como parâmetro para todas as normas infraconstitucionais. É a partir dele que se definem as regras de organização da nova sociedade, se estabelece o regime político do Estado, seu sistema de Governo, a instituição dos demais poderes, a criação dos principais órgãos da administração pública, entre outros.

A respeito da ocorrência do exercício do poder constituinte originário, de acordo com Goffredo Telles Junior:

A elaboração e promulgação de uma Constituição se verifica em dois casos, a saber: 1) no caso de abolição do absolutismo, e consequente

5 Nesse sentido, importante a distinção que faz Paulo Bonavides quando alerta que não se deve confundir poder constituinte com a sua teoria. Para o constitucionalista, “Poder constituinte sempre houve em toda sociedade política. Uma teorização desse poder para legitimá-lo, numa de suas formas ou variantes, só veio a existir desde o século XVIII, por obra da sua reflexão iluminista, da filosofia do contrato social, do pensamento mecanicista antihistoricista e antiautoritário do racionalismo francês, com sua concepção de sociedade.” (BONAVIDES, p. 141)

6 O livro foi lançado em 1788, transformando o Abade Sieyès no arauto teórico da Revolução Francesa (1789). Nele o autor, influenciado pela doutrina do direito natural, se insurge contra uma ordem de privilegiados (clero e a nobreza) em defesa do que chama de Terceiro estado, ou seja, todos as demais pessoas. Mais informações em: SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: que é o Terceiro Estado?*. 3. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

7 A doutrina estabelece uma distinção entre o poder constituinte originário, objeto do presente trabalho, e poder constituinte derivado ou de reforma, sobre o qual não nos debruçaremos aqui.

instalação do Estado de Direito; 2) no caso de rompimento com as estruturas constitucionais de um Estado de Direito vigente, e consequente criação de novas estruturas constitucionais.” (2006, p. 134)

No mesmo sentido Celso R. Bastos adverte:

O Poder Constituinte só é exercido em ocasiões excepcionais. Mutações constitucionais muito profundas marcadas por convulsões sociais, crises econômicas ou políticas muito graves, ou mesmo por ocasião da formação originária de um Estado, não são absorvíveis pela ordem jurídica. Nesses momentos, a inexistência de uma Constituição (no caso de um Estado novo) ou a imprestabilidade das normas constitucionais vigentes para manter a situação sob a sua regulação fazem eclodir ou emergir este Poder Constituinte, que, do estado de virtualidade ou latência, passa a um momento de operacionalização do qual surgirão novas normas constitucionais. (2002, p. 27)

Como principais características do poder constituinte originário tem-se o fato de ele ser inicial, ilimitado juridicamente (ou autônomo) e incondicionado. Ele é inicial porque dá origem à nova ordem constitucional, da qual se deriva a ordem jurídica a ser estabelecida, que só existe a partir dele. Autônomo por não se subordinar a nenhum outro poder, uma vez que rege a si mesmo. Incondicionado por não depender ou se subordinar a condições anteriores ou a regras de forma.

É inicial, porque está na origem do ordenamento jurídico. É o ponto de começo do Direito. Por isso mesmo, o poder constituinte não pertence à ordem jurídica, não está regido por ela. Decorre daí a outra característica do poder constituinte originário – é ilimitado. Se ele não se inclui em nenhuma ordem jurídica, não será objeto de nenhuma ordem jurídica. O Direito anterior não o alcança nem limita a sua atividade. Pode decidir o que quiser. De igual sorte, não pode ser regido nas suas formas de expressão pelo Direito preexistente, daí se dizer incondicionado. (MENDES; BRANCO, 2011, p. 118-119)

Estabelece-se ainda como titular do poder constituinte originário o povo. No entanto, sua titularidade não deve ser confundida com o seu exercício, que é realizado através de representantes em seu nome.

Corroborando esse entendimento, Uadi Lammêgo Bulos entende que o poder constituinte originário é um poder de fato, metajurídico ou extrajurídico.

[Ele brota] [...] das relações *político-sociais*, porque seu fundamento reside nas necessidades econômicas, culturais, antropológicas, filosóficas e, até, da vida em sociedade.

O poder constituinte originário não tem como referencial nenhuma norma jurídica que o precedeu. Posta-se acima do plano legislativo; afinal, é a produção legiferante do Estado que se lastreia nele. Resultado: o ordenamento jurídico nasce a partir do momento em que ele cria a constituição.

Então o poder constituinte originário é um poder preexistente à ordem jurídica, sendo desnecessário haver preceitos normativos para regulamentá-lo. (BULOS, 2012, p. 397)

Sem embargo, posicionamentos mais recentes tem refutado o caráter jurídico ilimitado do poder constituinte originário, afastando seu caráter onipotente e argumentando que existem limites ao seu exercício, não sendo totalmente descompromissado.

Nesse sentido é que se alude ao respeito à situação histórica da comunidade política, aos ideais de Justiça, ao Direito Internacional, a um Direito Natural, a grupos de pressão (presentes em toda Assembleia Constituinte), a crenças ou a uma realidade social subjacente limitadora (normalidade na teoria do jurista HERMANN HELLER), ou a princípios superiores de convivência humana. (TAVARES, 2006, p. 40).

A Constituição retira seu fundamento da Sociedade em que esta inserida. Nesse sentido, o poder constituinte originário, através da Assembleia Constituinte, convocada com o fim de elaborar uma Constituição, deverá obedecer aos anseios dessa sociedade, sendo inspirada pelos ideais de sua convocação. A esse respeito, importante ensinamento de Goffredo Telles Junior, quando sustenta:

[...] a Assembleia é convocada para o fim de elaborar uma Constituição. Mas a Constituição que a Assembleia Constituinte deve produzir não é *qualquer* Constituição. É, isto sim, uma Constituição conforme

aos anseios da coletividade, ou seja, uma Constituição consagradora das concepções atuais dominantes de normalidade. (2006, p. 137-138)

Dessa forma, alguns doutrinadores como J. J. Gomes Canotilho e Luís Roberto Barroso vem rejeitando a compreensão do poder constituinte originário como ilimitado, juridicamente desvinculado. É o que ensina o constitucionalista português Canotilho:

A doutrina actual rejeita esta compreensão. Desde logo, se o poder constituinte se destina a criar uma constituição concebida como organização e limitação do poder, não se vê como esta “vontade de constituição” pode deixar de condicionar a vontade do criador. Por outro lado, este criador, este sujeito constituinte, este povo ou nação, é estruturado e obedece a padrões e modelos de conduta espirituais, culturais, éticos e sociais radicados na consciência jurídica geral da comunidade e, nesta medida, considerados como “vontade do povo”. Além disso, as experiências humanas vão revelando a indispensabilidade de observância de certos princípios de justiça que, independentemente da sua configuração (como princípios suprapositivos ou como princípios supralegais mas intra-jurídicos) são compreendidos como limites da liberdade e onipotência do poder constituinte. Acresce que um sistema jurídico interno (nacional, estadual) não pode, hoje, estar out da comunidade internacional. Encontra-se vinculado a princípios de direito internacional (princípio da independência, princípio da autodeterminação, princípio da observância de direitos humanos). (CANOTILHO, 2003, p. 81)

Paulo Gustavo Gonet Branco entende que o caráter ilimitado deve ser entendido em termos, pois “haverá limitações políticas inerentes ao exercício do poder constituinte” (2011, p. 119).

Se o poder constituinte é a expressão da vontade política da nação, não pode ser entendido sem a referencia aos valores éticos, religiosos, culturais que informam essa mesma nação e que motivam as suas ações. Por isso, um grupo que se arrogue a condição de representante do poder constituído originário, se se dispuser a redigir uma Constituição que hostilize esses valores dominantes, não haverá de obter o acolhimento de suas regras pela população, não terá êxito no seu empreendimento revolucionário como poder constituinte originário. Afinal, só é dado falar em atuação do poder constituinte originário se o grupo que diz

representa-lo colher a anuência do povo, ou seja, se vir ratificada a sua invocada representação popular. Do contrário, estará havendo apenas uma insurreição, a ser sancionada como delito penal. Quem tenta romper a ordem constitucional para instaurar outra e não obtém a adesão dos cidadãos não exerce poder constituinte originário, mas age como rebelde criminoso. (MENDES; BRANCO, 2011, p. 119)

Luís Roberto Barroso também entende que o poder constituinte, ainda que político e não subordinado, não é ilimitado ou incondicionado. “Pelo contrário, seu exercício e sua obra são pautados tanto pela realidade fática como pelo Direito, âmbito no qual a dogmática pós-positivista situa os valores civilizatórios, os direitos humanos e a justiça.” (BARROSO, 2010, p. 111).

Se a teoria democrática do poder constituinte se assenta na sua legitimidade, não há como imaginá-lo como um poder ilimitado. O poder constituinte estará sempre condicionado pelos valores sociais e políticos que levaram à sua deflagração e pela ideia de Direito que traz em si. Não se trata de um poder exercido em um vácuo histórico, nem existe norma constitucional autônoma em relação à realidade. O poder constituinte, portanto, é também um *poder de Direito*. Ele está fora e acima do Direito posto preexistente, mas é limitado pela cosmovisão da sociedade – suas concepções sobre ética, dignidade humana, justiça, igualdade, liberdade – e pelas instituições jurídicas necessárias à sua positivação. Fora daí pode haver dominação e outorga, mas não constitucionalismo democrático. (BARROSO, 2010, p. 115)

Dessa forma, o poder constituinte originário, como fundamento maior de validade, não é, na prática, ilimitado. Existem limites ao seu exercício que surgem sob diferentes aspectos: sociológicos, filosóficos, religiosos, políticos, econômicos, culturais etc. Assim, ainda que em desconformidade com a teoria originalmente proposta, o poder constituinte originário deve observar as ideologias, os anseios e valores dominantes em sua sociedade.

Por derradeiro, importa salientar que ganha relevo as inúmeras transformações pelas quais tem sofrido o direito, que passa a abarcar em seu bojo diversas garantias, internas e externas, através da incorporação de variados tratados internacionais de direitos humanos. Outrossim, o fenômeno da abertura constitucional, em que a Constituição assimila as complexidades das relações

sociais, políticas e econômicas da sociedade é cada vez mais presente e deve ser respeitado sob pena de perda da legitimidade da lei maior.

## 4. A Limitação do Poder Constituinte pelo Princípio da Dignidade Humana

*[...] mesmo se a ideia de Direito é de democracia pluralista, o órgão encarregado de fazer a Constituição formal não goza de uma margem de liberdade plena [...]. (MIRANDA, 2009, p. 212)*

Frente aos acontecimentos que deram outro alcance à proteção da dignidade da pessoa humana, essa ideia, como princípio, se torna o valor norteador das Constituições contemporâneas. Corroborando, nesse sentido, a definição de Constituição elaborada por Dalmo de Abreu Dallari:

A Constituição é a declaração da vontade política de um povo, feita de modo solene por meio de uma lei que é superior a todas as outras e que, visando a proteção e a promoção da dignidade humana, estabelece os direito e as responsabilidades fundamentais dos indivíduos, dos grupos sociais, do povo e do governo. (DALLARI, 1984, p. 21-22)

Enfatizando a importância da dignidade humana, Dallari defende uma concepção mais abrangente, completa e precisa da Constituição, que deve, tendo em vista sua evolução, ultrapassar suas origens históricas e objetivos iniciais. Para o autor:

O respeito pela dignidade da pessoa humana deve existir sempre, em todos os lugares e de maneira igual para todos. O crescimento econômico e o progresso material de um povo têm valor negativo se forem conseguidos à custa de ofensas à dignidade de seres humanos. O sucesso político ou militar de uma pessoa ou de um povo, bem como o prestígio social ou a conquista de riquezas, nada disso é válido ou merecedor de respeito se for conseguido mediante ofensas à dignidade e aos direitos fundamentais dos seres humanos (DALLARI, 1998, p. 9).

Dessa forma Dallari sustenta que a finalidade mais importante de uma Constituição é a proteção e a promoção da dignidade humana, que deve ser

igualmente protegido para “[...] impedir que uns dominem os outros e para evitar que existam desigualdades sociais profundas e permanentes. A dignidade de cada ser humano é um valor supremo [...]” (DALLARI, 1984, p. 25)

Observa-se que o Direito Constitucional ganha novos contornos com a elevação do princípio da dignidade da pessoa humana a valor máximo, passando a dotar as novas constituições de elevada carga axiológica, obviamente como uma resposta lógica aos horrores da Segunda Guerra Mundial. Conforme Bonavides:

A dignidade da pessoa humana desde muito deixou de ser exclusiva manifestação conceitual daquele direito natural metapositivo, cuja essência se buscava ora na razão divina ora na razão humana, consoante professavam em suas lições de teologia e filosofia os pensadores dos períodos clássico e medievo, para se converter, de último, numa proposição autônoma, do mais subido teor axiológico, irremissivelmente presa à concretização constitucional dos direitos fundamentais. (BONAVIDES, 2003, p. 231)

Em sua defesa da dignidade humana, Paulo Bonavides argumenta que:

[...] nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana.

Quando hoje, a par dos progressos hermenêuticos do direito e de sua ciência argumentativa, estamos a falar, em sede de positividade, acerca da unidade da Constituição, o princípio que urge referir na ordem espiritual e material dos valores é o princípio da dignidade da pessoa humana.

A unidade da Constituição na melhor doutrina do constitucionalismo contemporâneo só se traduz, compreensivelmente, quando tomada em sua imprescritível bidimensionalidade, que abrange o formal e o axiológico, a saber, forma e matéria, razão e valor. (BONAVIDES, 2003, p. 233)

Por sua vez, Cançado Trindade, ao argumentar acerca do fenômeno da abertura constitucional, defende que:

Já não mais se justifica que o direito internacional e o direito constitucional continuem sendo abordados de forma estanque ou compartimentalizada, como o foram no passado. Já não pode haver dúvida de que as grandes transformações internas dos Estados repercutem no plano inter-



nacional, e a nova realidade neste assim formada provoca mudanças na evolução interna e no ordenamento constitucional dos Estados afetados. (TRINDADE, 2003, p. 508)

Em seguida, Cançado Trindade afirma que

É alentador que as conquistas do direito internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no direito constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista. (TRINDADE, 2003, p. 514)

Trata-se de uma reaproximação do direito com os valores imperantes na sociedade, ensejando o fenômeno da abertura constitucional. Seguindo esse novo posicionamento, ocorre o fenômeno da reconstitucionalização na Europa, processo que redefiniu o lugar da Constituição e a influência do Direito Constitucional sobre as instituições contemporâneas.

A essa aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia deu-se diferentes nomes, como *Estado Democrático de Direito* e *Estado Constitucional de Direito*. A principal referência do movimento de reconstitucionalização da Europa é a Lei Fundamental de Bonn, a Constituição alemã de 1949, seguida pela instalação do Tribunal Constitucional Federal em 1951, a Constituição da Itália, de 1947 e sua Corte Constitucional em 1956, a redemocratização e reconstitucionalização de Portugal (1976) e Espanha (1978), agregando valor e reconhecendo a força normativa das constituições em face a obsoleta interpretação da mesma como documento mais político do que jurídico e “subordinado às circunstâncias do Parlamento e da Administração.” (BARROSO, 2010, p. 245-246).

De tal sorte, estabeleceu-se uma tendência pelas já citadas Constituição da Itália, de 1947, e pela Lei Fundamental da Alemanha, de 1949, que priorizam a dignidade da pessoa humana e se estabeleceram como modelo para os textos constitucionais pós-positivistas.

Nas últimas décadas, a dignidade humana tornou-se um dos maiores exemplos de consenso ético do mundo ocidental, sendo mencionada em incontáveis documentos internacionais, em constituições nacionais, leis e decisões judiciais. No plano abstrato, poucas ideias se equiparam a ela

na capacidade encantar o espírito e ganhar adesão unânime. (BARROSO, 2012, p. 129).

Por conseguinte, consubstanciada às exigências fáticas das realidades em que se inserem, as constituições incorporam demandas específicas em conjunto com a proteção da dignidade da vida humana, estabelecendo direitos e garantias no intuito de evitar futuras lesões sistemáticas. A norma passa a incorporar valores de forte caráter ideológico, valores estes que vigoram tanto na seara interna quanto na seara internacional:

A Constituição, como lei básica, é princípio formal a que todo cidadão pode e deve recorrer. Por isso, a Carta Magna não pode ser apenas um espelho da sociedade e de suas relações, mas deve expressar as aspirações e os ideais dos cidadãos, deve apontar sempre para o que o conjunto dos indivíduos encara como o objetivo último da vida em comum. Todos temos o direito de nos rebelar contra qualquer espécie de coerção e abuso de poder, em qualquer instância em que se manifestem: nossa arma chama-se Constituição. Ela é a resposta à exigência também de Montesquieu, há mais de dois séculos: “Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. (BONAVIDES; ANDRADE, 2006, p. 487)

Assim, considerando-se que o surgimento de uma Constituição reflete em seu bojo, historicamente, certos direitos, tem-se como consequência da incorporação do princípio da dignidade da pessoa humana como valor norteador do Estado Constitucional de Direito a limitação do poder constituinte originário. Quer dizer, se assumirmos que a dignidade humana inerente é valor fundamental do Estado Constitucional de Direito, então essa dignidade humana é um limite ao poder constituinte originário. Essa limitação ocorre quando do estabelecimento da nova ordem jurídica, uma vez que deve se harmonizar com os direitos e garantias conquistados ao longo das últimas décadas.

Dessa forma, a constituinte ao dar vazão aos anseios e demandas de sua população, deve também agir em consonância com o cenário internacional, pautado pelo respeito e proteção aos direitos humanos. Conforme expõe Luís Roberto Barroso:

Uma última limitação que a doutrina passou a reconhecer de maneira praticamente unânime nos últimos tempos decorre dos princípios

do direito internacional e, especialmente, dos direitos humanos. Após a Segunda Guerra Mundial, notadamente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, passou-se a reconhecer aqueles direitos como um patamar mínimo a ser observado por todos os Estados na organização do poder e nas suas relações com seus cidadãos. A face virtuosa da globalização é a difusão desses valores comuns, o desenvolvimento de uma ética universal. Uma das questões cruciais do Direito, na atualidade, é equacionar, de maneira equilibrada, a tensão entre o universalismo – isto é, o reconhecimento de que há um conjunto mínimo de direitos universais, que devem proteger as pessoas contra a violência e a opressão – e o multiculturalismo, que procura resguardar a diversidade dos povos e impedir a hegemonia das culturas que se tornaram mais poderosas em determinada quadra histórica. (BARROSO, 2010, p. 115-116)

Ao dissertar sobre a matéria, o ilustre constitucionalista português Jorge Miranda (2009, p. 213) sustenta que “[...] a ideia de Direito, precede a regra de Direito, o valor comanda a norma [...]”. O autor defende que o poder constituinte:

Não é poder soberano absoluto - tal como o povo não dispõe de um poder absoluto sobre a Constituição – e isso tanto à luz de uma visão jusnaturalista ou na perspectiva do Estado de Direito como na perspectiva da localização histórica concreta em que se tem de pronunciar o órgão nele investido. O poder constituinte está sujeito a limites. (MIRANDA, 2009, p. 233)

Para Miranda (2009, p. 234), o poder constituinte está sujeito a “[...] padrões e modelos de conduta espirituais, culturais, éticos e sociais radicados na consciência jurídica geral da comunidade [...]”. Distinguindo categorias de limites materiais ao poder constituinte, Jorge Miranda caracteriza como pertencente aos limites transcendentess<sup>8</sup>, os direitos fundamentais imediatamente conexos com a dignidade da pessoa humana. Normas que os ofendessem seriam inválidas ou ilegítimas pois “[...] negar a sujeição do poder constituinte a determinados valores jurídicos equivaleria a destruir as bases éticas e convivenciais da própria comunidade. E, para o reconhecer, nem é necessário sequer apelar ao Direito natural.” (MIRANDA, 2009, p. 235)

---

8 “Os limites transcendentess são os que, antepondo-se ou impondo-se à vontade do Estado [...] provêm de imperativos de Direito natural, de valores éticos superiores, de uma consciência jurídica colectiva (conforme se entender). (MIRANDA, 2009, p. 235)

Portanto, ainda que teoricamente proposto como ilimitado, o poder constituinte vê-se vinculado às expectativas e demandas da sociedade na qual está inserido, também atenta a proteção dos direitos da pessoa humana, bem como a certos valores da sociedade internacional. Tal sociedade, além do respeito aos direitos e anseios nacionais, deve respeitar os direitos básicos de liberdade, igualdade e fraternidade, em que o respeito a dignidade física representa papel fundamental na estrutura social, política, econômica e cultural condicional, limita sua atuação completa e plenamente livre, configurando, a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, conforme trabalhado no decorrer do artigo, fica evidente o relevo adquirido pela dignidade humana. A dignidade humana como valor fundamental do atual Estado Constitucional de Direito parece se revelar ainda um limite ao poder constituinte originário. Esse limite transparece tanto na perspectiva jusnaturalista, que considera a dignidade humana um direito inerente (natural) ao ser humano, que se impõe independentemente de constar em qualquer texto jurídico, quanto pela perspectiva histórica, que considera a dignidade humana um direito construído, fruto de uma escolha feita pela humanidade e configura um direito internacional que se coloca hierarquicamente acima do direito interno de cada Estado.

Assim, tanto sob o ponto de vista que aceita a visão jusnaturalista da dignidade humana como um direito natural quanto sob o ponto de vista que não aceita e defende a construção de um consenso, é possível afirmar o princípio da dignidade humana como um limite ao poder constituinte originário.

## Conclusão

A construção internacional de proteção da dignidade humana, bem como a exposição realizada neste artigo sobre a perda da característica ilimitada do poder constituinte original parece sustentar a dignidade humana como limite ao poder constituinte originário, seja sob a perspectiva jusnaturalista, seja sob a perspectiva de construção histórica.

A sociedade hodierna insere-se num tempo em que deve respeitar o atual grau de consenso alcançado pela dignidade humana na sociedade nacional e na comunidade internacional, conforme as normativas das Nações Unidas.

À luz dessas observações, parece que a dignidade da pessoa humana se configura num valor universalmente aceito, de extrema importância na interpretação constitucional, uma vez que se tornou o epicentro da teoria dos direitos fundamentais. Essa elevação a superprincípio deu-se após as atrocidades da Segunda Guerra, que colocaram em dúvida a própria sobrevivência da humanidade, exigindo uma reorganização da sociedade como um todo e essa reorganização se deu com base na dignidade da pessoa humana.

Por conseguinte, em face dessa valorização, não há que se falar em poder constituinte originário ilimitado quando da instituição de uma nova constituição, tendo em vista o respeito aos princípios e valores preponderantes na sociedade atual, bem como a harmonia do ordenamento interno com o cenário internacional. Em suma, se assumirmos que a dignidade humana, inerente ou construída, é valor fundamental do Estado Constitucional de Direito, então a dignidade humana é um limite ao poder constituinte originário.

## Referências

BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 101, n. 919, p. 127-198, maio 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica e por uma repolitização da legitimidade**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História constitucional do Brasil**. 8. ed. Brasília: OAB, 2006.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e constituinte**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KELSEN, HANS. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. São Francisco, 1945. Disponível em: : <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm).> Acesso em junho de 2014.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm).> Acesso em junho de 2014.

NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Internacional sobre a prevenção e repressão do crime de genocídio**. Paris, 1948b. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/convenca....crime\\_genocidio.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/convenca....crime_genocidio.pdf)>. Acesso em junho de 2014.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa: que é o Terceiro Estado?** 3. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **Iniciação na ciência do direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

# O Direito à Educação no Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Ana Maria D'Ávila Lopes  
Beatriz Saldanha Lima Rodrigues

## Introdução

As atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial evidenciaram a necessidade de envolver toda a sociedade mundial na salvaguarda dos direitos de todos os seres humanos, sem restringir essa tarefa à ordem jurídica interna de cada Estado. Foi essa constatação a que deflagrou a elaboração dos primeiros documentos internacionais de direitos humanos, cuja titularidade é reconhecida a todo ser humano, independentemente de qualquer particularidade individual ou social.

Para conferir eficácia a esses documentos, criou-se um sistema global, no âmbito da Organização das Nações Unidas e três sistemas regionais: europeu, interamericano e africano, colocando o ser humano na categoria de sujeito de direito internacional.

O Estado brasileiro, além de ser parte do sistema global, compõe o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, criado em 1948, na Carta da Organização dos Estados Americanos. Dentre seus principais documentos, citam-se: a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (1948); a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) e o Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1998), sendo seus principais órgãos a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Desde sua criação, o Sistema Interamericano atua na defesa e promoção dos direitos humanos. Dentre essas, merece destaque a proteção conferida ao direito à educação que, apesar de ser um direito social, foi previsto com eficácia imediata no art. 13 do Protocolo de São Salvador (OEA, *on-line*). Essa proteção especial atribuída à educação foi explicitada na Opinião Consultiva nº 17/2002,



influenciando a atividade jurisdicional e legislativa não apenas do próprio Sistema, mas também dos seus Estados-membros.

Nesse contexto, o presente trabalho visa analisar os aspectos legislativos e jurisdicionais do direito à educação no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, como forma de contribuir para o aprimoramento da ordem jurídica brasileira, considerando que, desde 1998, o Brasil reconhece a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Para tal, inicialmente, os aspectos básicos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos serão desenvolvidos, objetivando clarificar o marco conceitual de nosso trabalho. Posteriormente, a Opinião Consultiva n° 17/2002 será analisada, destacando-se a relevância conferida ao direito à educação. Finalmente, duas decisões proferidas pela Corte Interamericana serão expostas buscando evidenciar os avanços concretos alcançados em matéria do direito à educação.

## 1. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) teve seu marco inicial na IX Conferência Internacional dos Estados Americanos realizada em Bogotá, em abril de 1948. Foi nessa ocasião que se aprovou a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (DADH), constituindo o primeiro documento dessa natureza no mundo.

Com a finalidade de promover a observância dos direitos humanos contidos na DADH, criou-se, em 1959, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

Dez anos mais tarde, aprovou-se a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), entrando em vigor apenas em 1978. Na CADH, ampliaram-se as competências da CIDH e instituiu-se a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Ambas as instituições atuam hoje conjuntamente na defesa e na promoção dos direitos humanos nas Américas.

A CIDH possui sede em Washington D.C e está composta por sete membros, eleitos pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) de uma lista proposta pelos Estados-membros. Tais membros atuam de forma pessoal, isto é, apesar de serem de algum desses Estados, não os representam.

Dentre as principais competências da CIDH, podem citar-se as de receber, analisar e investigar, inclusive *in locu*, petições individuais de violações aos

direitos humanos. Compete também à CIDH, remeter os casos à jurisdição da Corte IDH, emitir relatórios sobre o cumprimento dos direitos humanos na região e recomendar aos Estados-membros a adoção de medidas para a melhor proteção desses direitos.

Já a Corte IDH, composta também por sete juízes naturais dos Estados-membros da OEA, tem sua sede em São José da Costa Rica.

A Corte IDH tem competência para julgar o Estado-membro que violar os direitos humanos previstos na CADH, proferindo sentença judicial fundamentada, definitiva e inapelável.

Além dessa competência contenciosa, a Corte IDH tem também competência consultiva, exercida quando algum Estado-membro da OEA, ou órgão enumerado no Capítulo X da Carta da OEA, realiza consulta acerca da interpretação da CADH ou de qualquer outro tratado de direito humano aplicável em algum dos Estados-membros da OEA (LOPES; DIÓGENES, 2012).

A competência da Corte IDH para emitir opiniões consultivas encontra-se prevista no art. 64.1 da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos,

#### Artigo 64º

1. Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhe compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

[...] (OEA 1969, *on-line*).

Apesar de os dois tipos de competência, a contenciosa e a consultiva, possuírem natureza jurisdicional (Opinião Consultiva nº 03 de 1983) não devem ser confundidas. Assim, no parágrafo 33 da Opinião Consultiva nº 17 de 2002 (OC-17/2002), a Corte IDH enfatizou que,

[I]a competencia consultiva de la Corte difiere de su competencia contenciosa en que no existen “partes” involucradas en el procedimiento consultivo, y no existe tampoco un litigio [por] resolver. El único propósito de la función consultiva es “*la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en*

*los Estados americanos*”. El hecho de que la competencia consultiva de la Corte pueda ser promovida por todos los Estados Miembros de la O.E.A. y órganos principales de ésta establece otra distinción entre las competencias consultiva y contenciosa de la Corte (CORTE IDH, 2002, *on-line*).

As opiniões consultivas não são meras especulações acadêmicas, conforme afirmado pela própria Corte IDH (2002, *on-line*), no parágrafo 35 da OC-17/2002, mas se justificam pelo benefício concreto que podem trazer para a proteção internacional dos direitos humanos, considerando, especialmente, seu caráter vinculante, segundo consta no parágrafo 60 da Opinião Consultiva nº 18 de 2003 (OC-18/2003),

todo lo que se señale en la presente Opinión Consultiva se aplica a los Estados Miembros de la OEA que han firmado indistintamente la Carta de la OEA, suscrito la Declaración Americana, la Declaración Universal, han ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, independientemente de que hayan o no ratificado la Convención Americana o alguno de sus protocolos facultativos (CORTE IDH 2003, *on-line*).

Não há, portanto, dúvida da relevância das opiniões consultivas na tarefa de auxiliar os Estados no cumprimento do compromisso internacional de salvaguardar os direitos humanos, conforme expressamente apontado pela Corte IDH no parágrafo 34 da OC-17/2002,

Al afirmar su competencia sobre este asunto, el Tribunal recuerda el amplio alcance de su función consultiva, única en el derecho internacional contemporáneo, la cual constituye “un servicio que la Corte está en capacidad de prestar a todos los integrantes del sistema interamericano, con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales” referentes a derechos humanos, y de ayudar a los Estados y órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso (CORTE IDH 2002, *on-line*).

Assim, em matéria do direito à educação, a OC-17/2002 tem contribuído para ratificar a essencialidade desse direito ao afirmar sua importância para uma vida digna e para a diminuição da situação de vulnerabilidade em que as crianças se encontram por serem pessoas em desenvolvimento.

## 2. O Direito à Educação na Opinião Consultiva N° 17/2002 (OC-17/2002)

A OC-17/2002 foi emitida em 28 de agosto de 2002, para atender a solicitação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) de esclarecer a interpretação do art. 8 (garantias judiciais) e do art. 25 (proteção judicial) da Convenção Americana de Direitos e Deveres do Homem (CADH) em relação aos direitos das crianças (CORTE IDH 2002, *on-line*).

Além do esclarecimento interpretativo dessas normas processuais, na OC-17/2002 foram também formulados importantes entendimentos sobre os contornos jurídicos de proteção dos direitos humanos das crianças no continente americano, incluindo o direito à educação. Dentre esses, apresentam-se, a seguir, aqueles com maior relevância ao tema desenvolvido no presente trabalho:

a) no parágrafo 23, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) reafirmou sua competência para interpretar qualquer tratado de direitos humanos aplicável em qualquer Estado-membro da CADH, incluindo os tratados que não fazem parte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH). Esse entendimento já tinha sido fixado na OC-1/1982 (OEA 1982, *on-line*).

Afirmou, também, que as crianças se encontram protegidas pelas normas do direito internacional, as quais formam um *corpus iuris*, devendo este “ser utilizado como fuente de derecho por el Tribunal para establecer ‘el contenido y los alcances’ de las obligaciones que ha asumido el Estado a través del artículo 19 de la Convención Americana” (parágrafo 24).

Lembrou, ainda, que em oportunidades anteriores, como no Caso Villarán Morales e outros v. Guatemala ou Niños de la Calle (CORTE IDH, 1999, *on-line*), a Corte IDH tinha utilizado a Convenção Internacional dos Direitos das Crianças para fixar o conceito de criança (parágrafo 23);

b) no parágrafo 28, advertiu que, em 1969, quando a CADH foi elaborada, a teoria vigente concebia as crianças como objetos de proteção, e não como sujeitos de direitos. A Corte IDH reconheceu, portanto, a necessidade de abandonar essa concepção ultrapassada e preconceituosa e adaptar o SIDH aos novos paradigmas teóricos preconizados pela Doutrina da Proteção Integral<sup>1</sup>;

1 A Doutrina da Proteção Integral foi desenvolvida nos anos 1980 durante os trabalhos de elaboração da Convenção Internacional dos Direitos das Crianças, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 1989. Foi graças a essa Doutrina que as crianças deixaram de ser tratadas

c) no parágrafo 42, definiu criança como toda pessoa menor de 18 anos, esclarecendo que, apesar das crianças não puderem exercer de forma pessoal e direta seus direitos subjetivos, deveriam ser considerados sujeitos de todos os direitos inalienáveis e inerentes à pessoa humana (parágrafo 41);

d) no parágrafo 53, asseverou que a proteção internacional das crianças visa ao desenvolvimento harmonioso da sua personalidade e ao desfrute dos direitos que lhes são reconhecidos. Nesse sentido, cabe ao Estado adotar as medidas necessárias para a implementação desses direitos, assim como apoiar a família na sua função natural de proteger as crianças que fazem parte dela;

e) no parágrafo 55, concluiu que o tratamento diferenciado concedido às crianças não constitui *per se* um tratamento discriminatório, mas cumpre o papel de garantir o pleno exercício dos direitos que lhes são reconhecidos;

f) nos parágrafos 56 e 57, a Corte IDH manifestou que o princípio do interesse superior, que regula toda a normatividade relativa aos direitos das crianças, encontra-se fundado na dignidade do ser humano. Com base nesse princípio, crianças devem dispor de oportunidades e serviços para que possam desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente, de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade, conforme disposto no art. 2º da Declaração Universal dos Direitos das Crianças de 1959 (ONU, 1959, *on-line*);

g) nos parágrafos 60 e 61, reforçou o direito das crianças de receberem “cuidados especiais”, conforme proclamado no Preâmbulo da Convenção dos Direitos das Crianças de 1989 (ONU 1989, *on-line*) e no art. 19 da Convenção Americana sobre os Direitos e Deveres do Homem de 1969 (OEA 1969, *on-line*).

Em ambos os casos, a necessidade de conferir cuidados especiais, ou adotar medidas especiais, deve considerar as características particulares de cada situação, ou seja, o grau de fragilidade, imaturidade ou inexperiência da criança;

h) no parágrafo 62, confirmou que a adoção de medidas especiais constitui uma obrigação do Estado, da família, da comunidade e da sociedade, conforme o disposto no art. 15 do Protocolo de São Salvador (OEA 1988, *on-line*);

---

como objetos de proteção para passar a ser consideradas sujeitos de não apenas todos os direitos que lhes são assegurados às outras pessoas, mas também de direitos especiais devido à situação especial de desenvolvimento na qual se encontram. A Doutrina da Proteção Integral descansa sobre dois princípios fundamentais: o princípio do interesse superior ou do melhor interesse e o princípio da absoluta prioridade (LOPES; DIÓGENES, 2012).

i) no parágrafo 65, afirmou que, para a efetiva proteção das crianças, toda decisão do Estado, da sociedade ou da família que envolva a limitação de qualquer direito, deve levar em consideração o interesse superior da criança, devendo cingir-se rigorosamente às disposições que regulam a matéria;

j) no parágrafo 84, salientou que, dentre as medidas especiais de proteção das crianças, o direito à educação destaca-se ao garantir a possibilidade de gozar uma vida digna e contribuir para prevenir situações desfavoráveis para a criança;

k) no parágrafo 88, enfatizou-se que é por meio da educação que se supera a vulnerabilidade das crianças.

Da leitura desses parágrafos, verifica-se a mudança paradigmática introduzida no SIDH pela Corte IDH por meio da OC-17/2002 ao passar a considerar as crianças como sujeitos de direitos e atribuir à educação o caráter de essencialidade para a garantia de uma vida digna e para a superação da situação de vulnerabilidade em que as crianças se encontram por serem pessoas em desenvolvimento (parágrafo 84 e 88 da OC-17/2002).

Essa forma de conceber a educação é a que vem sendo adotada pela Corte IDH nas suas decisões, conforme exposto no seguinte tópico, cujo modelo se espera possa influenciar o ordenamento jurídico brasileiro.

### **3. O Direito à Educação na Jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos**

Antes de passar a analisar dois casos emblemáticos decididos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), alguns aspectos normativo-conceituais em torno do direito à educação devem ser precisados.

Assim, com a finalidade de atribuir imperatividade à Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 (DADH), a Organização dos Estados Americanos (OEA) aprovou dois instrumentos normativos diferentes: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, ou Pacto de São José da Costa Rica (CADH), e o Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1998, ou Protocolo de São Salvador (PSS).

A elaboração de dois instrumentos normativos para regular os direitos humanos evidencia a opção política da OEA de acompanhar o posicionamento majoritário da doutrina jurídica que atribui eficácia imediata aos direitos civis

e políticos (DCP) e eficácia progressiva aos direitos econômicos, sociais e culturais (DESC). Todavia, na própria CADH (OEA 1969, *on-line*), estabeleceu-se expressamente o desenvolvimento progressivo deste segundo grupo de direitos:

### Capítulo III - DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

#### Artigo 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.

Trata-se de uma opção que já tinha sido adotada pela própria Organização das Nações Unidas (ONU) que, em 1966, aprovou o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PDCP) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PDESC) para conferir normatividade à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH).

São fortes e constantes as críticas contra a ONU e a OEA por essa escolha na medida em que não apenas contradiz o caráter indivisível, indisponível e interdependente dos direitos humanos (conforme explicitamente propugnado na Conferência de Viena de 1993), mas evidencia também a submissão desses órgãos às pressões políticas dos Estados que, de alguma maneira, buscam eximir-se da responsabilidade de garantir os DESC.

A mais grave consequência da atribuição do caráter progressivo aos DESC é a negação da sua justiciabilidade, isto é, a possibilidade de poderem ser exigidos jurisdicionalmente, haja vista impedir a responsabilização de um Estado pelo seu descumprimento.

No âmbito do SIDH, verifica-se, entretanto, uma situação particular que merece destaque. No art. 19.6 do PSS (OEA 1988, *on-line*), estabelece-se a competência excepcional da Corte IDH para dirimir casos envolvendo dois direitos sociais: a liberdade sindical e a educação,

## Artigo 19

## Meios de proteção

[...]

6. Caso os direitos estabelecidos na alínea a do artigo 8, e no artigo 13, forem violados por ação imputável diretamente a um Estado Parte deste Protocolo, essa situação poderia dar lugar, mediante participação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, quando cabível, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, à aplicação do sistema de petições individuais regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

[...]

Essa exceção confirma a relevância do direito humano à educação, previsto no art. 13 do PSS (OEA 1988, *on-line*),

## Artigo 13

## Direito à educação

1. Toda pessoa tem direito à educação.
2. Os Estados Partes neste Protocolo convêm em que a educação deverá orientar-se para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e deverá fortalecer o respeito pelos direitos humanos, pelo pluralismo ideológico, pelas liberdades fundamentais, pela justiça e pela paz. Convêm, também, em que a educação deve capacitar todas as pessoas para participar efetivamente de uma sociedade democrática e pluralista, conseguir uma subsistência digna, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades em prol da manutenção da paz.
3. Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem que, a fim de conseguir o pleno exercício do direito à educação:



*Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional*

- a. O ensino de primeiro grau deve ser obrigatório e acessível a todos gratuitamente;
  - b. O ensino de segundo grau, em suas diferentes formas, inclusive o ensino técnico e profissional de segundo grau, deve ser generalizado e tornar-se acessível a todos, pelos meios que forem apropriados e, especialmente, pela implantação progressiva do ensino gratuito;
  - c. O ensino superior deve tornar-se igualmente acessível a todos, de acordo com a capacidade de cada um, pelos meios que forem apropriados e, especialmente, pela implantação progressiva do ensino gratuito;
  - d. Deve-se promover ou intensificar, na medida do possível, o ensino básico para as pessoas que não tiverem recebido ou terminado o ciclo completo de instrução do primeiro grau;
  - e. Deverão ser estabelecidos programas de ensino diferenciado para os deficientes, a fim de proporcionar instrução especial e formação a pessoas com impedimentos físicos ou deficiência mental.
4. De acordo com a legislação interna dos Estados Partes, os pais terão direito a escolher o tipo de educação a ser dada aos seus filhos, desde que esteja de acordo com os princípios enunciados acima.
5. Nada do disposto neste Protocolo poderá ser interpretado como restrição da liberdade dos particulares e entidades de estabelecer e dirigir instituições de ensino, de acordo com a legislação interna dos Estados Partes. (grifo nosso).

Da leitura do art. 13.2 do PSS, desprende-se que a OEA repetiu a fórmula adotada pela ONU na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH). Nesse documento, a educação é concebida não apenas como um direito, mas também como um instrumento de construção de direitos. Assim, no Preâmbulo (ONU 1948, *on-line*), declara-se que é por meio do ensino e da educação que os direitos e liberdades serão promovidos,

A Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos 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. (grifo nosso).

Já no art. 26, a educação é prevista como um direito, devendo objetivar o pleno desenvolvimento da personalidade humana e o fortalecimento do respeito dos direitos do homem e das liberdades fundamentais,

Art. 26

I) **Todo o homem tem direito à instrução**. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnica profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

II) A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

[...] (grifo nosso)

Esse duplo papel da educação, como direito e instrumento de efetivação de outros direitos, foi também acolhida no art. 13, §1º no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (ONU 1966, *on-line*).

Da leitura desses documentos internacionais, desprende-se a importância atribuída à educação para a consolidação dos direitos humanos<sup>2</sup>. Esse é o entendimento adotado pela Corte IDH em diversos casos concretos, a exemplo do Caso Villagrán e outros v. Guatemala (CORTE IDH 1999, *on-line*) e do Caso Instituto de Reeducação do Menor vs. Paraguai (CORTE IDH 2004, *on-line*),

2 Impende, entretanto, assinalar que, até hoje, nenhum Estado tem sido responsabilizado pela violação do direito à educação, no âmbito do SIDH. Nos casos em que o descumprimento do direito à educação tem sido levantado, a Corte IDH tem se limitado a salientar a importância desse direito para uma existência digna e a construção do projeto de vida, mas sem sancionar o Estado pela sua violação (Cf. BREGAGLIO LAZARTE, 2013).

nos quais a Corte IDH ressaltou a importância da educação para a garantia de uma vida digna, conforme passaremos seguidamente a expor.

### **3.1. Caso Villagrán e outros (meninos de rua)**

#### **V. Guatemala (1999)**

No dia 15 de setembro de 1994, o Centro por la Justicia y el Derecho Internacional e a Casa Alianza denunciaram, perante a CIDH o Estado de Guatemala, a morte de cinco jovens e a negação da justiça desse caso. No dia 20 de setembro do mesmo ano, a CIDH abriu o caso com o n.º 11.383 (parágrafo 5).

No dia 22 de fevereiro de 1996, a CIDH colocou-se a disposição das partes para buscar uma solução amistosa (parágrafo 18), mas sem resultados positivos. Desse modo, no dia 16 de outubro de 1996, a CIDH aprovou o Relatório n.º 33/96 (parágrafo 29), cujas recomendações não foram satisfatoriamente atendidas pelo Estado.

Diante disso, a CIDH denunciou o Estado de Guatemala perante a Corte IDH no dia 30 de janeiro de 1997 (parágrafo 35).

Na sentença proferida no dia 19 de novembro de 1999, a Corte IDH afirmou que tinha sido provado que as vítimas, cinco meninos que moravam nas ruas no setor conhecido como Las Casetas (parágrafo 76), foram sequestradas por policiais no dia 15 de junho de 1990 (parágrafo 128 e 142).

Após sequestrados e torturados (parágrafo 159 e 160), os cinco meninos foram mortos e seus corpos foram abandonados em um parque da cidade. Quando os corpos foram encontrados, as autoridades demoraram a identificá-los e a notificar aos familiares (parágrafo 173), agravando ainda mais seu sofrimento (parágrafo 174).

Perante esses fatos, a Corte IDH afirmou que, quando um Estado viola os direitos de crianças em situação de risco, como no caso dos meninos de rua, comete uma dupla agressão. Assim, a primeira agressão deu-se quando o Estado não foi capaz de garantir a essas crianças as condições mínimas para uma vida digna, impedindo o pleno e harmonioso desenvolvimento da sua personalidade, e frustrando seu projeto de vida. A segunda agressão aconteceu quando o Estado sequestrou as crianças, atentando contra sua integridade física, psíquica e moral e, ainda, contra seu direito à vida.

191. A la luz del artículo 19 de la Convención Americana la Corte debe constatar la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado Parte en dicha Convención el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo. **Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los “niños de la calle”, los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el “pleno y armonioso desarrollo de su personalidad”<sup>33</sup>**, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida. (grifo nosso).

Dessas linhas, verifica-se que o conceito de vida usado pela Corte IDH vai além da obrigação do Estado de não privar arbitrariamente a vida de alguém (LEÃO, 2009, p. 299). O conceito de vida estende-se, passando a compreender o acesso às condições necessárias para uma existência digna.

144. El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. **En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna.** Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él (grifo nosso).

Condições que abrangem não apenas os direitos civis e políticos, mas também os econômicos, sociais e culturais, dentre os que se inclui o direito à educação.

4. El deber del Estado de tomar medidas positivas se acentúa precisamente en relación con la protección de la vida de personas vulnerables

e indefensas, en situación de riesgo, como son los niños en la calle. La privación arbitraria de la vida no se limita, pues, al ilícito del homicidio; se extiende igualmente a la privación del derecho de vivir con dignidad. **Esta visión conceptualiza el derecho a la vida como perteneciente, al mismo tiempo, al dominio de los derechos civiles y políticos, así como al de los derechos económicos, sociales y culturales, ilustrando así la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos.** (grifo nosso).

Foi com base nesses argumentos que a Corte IDH condenou o Estado de Guatemala pela violação dos arts. 4, 7, 5.1, 5.2, 8.1, 19 e 25, todos em conexão com o art. 1.1 da CADH, e dos arts. 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura (OEA, 1985, *on-line*).

### **3.2. Caso Instituto de Reeducação do Menor Vs. Paraguai (2004)**

No dia 14 de agosto de 1996, o Centro por la Justicia y el Derecho Internacional e a Fundación Tekojojá denunciaram o Estado do Paraguai perante a CIDH, pelas condições desumanas a que estavam sendo submetidos os internos do Instituto de Reeducação de Menores Coronel Panchito López.

[...] este Instituto representó el mantenimiento de un sistema de detención contrario a todos los estándares internacionales relativos a la privación de libertad de niños, debido a las supuestas condiciones inadecuadas bajo las cuales estaban reclusos éstos, a saber: sobrepoblación, hacinamiento, insalubridad, falta de infraestructura adecuada, así como guardias carcelarios insuficientes y sin capacitación adecuada (CORTE IDH 2004, *on-line*) .

Dias depois, em 27 de agosto de 1996, a CIDH abriu o caso com o n.º 11.666 e colocou-se à disposição das partes para chegar a uma solução amistosa, conforme estabelecido nos arts. 44 a 51 da CADH. Ao longo dos quase quatro anos seguintes, foram realizadas diversas reuniões entre as partes, buscando melhorar as condições de vida dos internos. No decorrer dessas negociações, aconteceram três incêndios no Instituto, provocando lesões corporais graves em diversos internos e a morte de outros.

Diante dessas circunstâncias, a CIDH deu por encerrado o processo de solução amistosa. No dia 3 de dezembro de 2001, a CIDH aprovou o Relatório nº 126/2001, cujas recomendações não foram satisfatoriamente atendidas pelo Estado. Como consequência disso, no dia 20 de maio de 2002, a CIDH denunciou o Estado do Paraguai, perante a Corte IDH, pelas mortes e lesões corporais de internos do Instituto de Reeducação de Menores.

Na sentença emitida no dia 2 de setembro de 2004, a Corte IDH afirmou que as pessoas privadas de sua liberdade tinham o direito de viver em condições de detenção compatíveis com a sua dignidade pessoal, estando o Estado obrigado a garantir-lhes o direito à vida e à integridade pessoal (parágrafo 151).

Desse modo, o Estado deve assumir uma série de responsabilidades e tomar diversas iniciativas especiais para garantir aos internos as condições necessárias para desenvolver uma vida digna e contribuir para o gozo efetivo daqueles direitos que não podem ser restringidos ou daqueles cuja restrição não deriva necessariamente da privação de liberdade e que, dessa forma, não é permitida (parágrafo 153).

No caso específico, tratando-se de crianças, o Estado tem, além das obrigações que possui frente a todas as pessoas, a obrigação adicional de respeitar o artigo 19 da CADH. Desse modo, o Estado deve assumir sua posição de garantidor dos direitos com maior cuidado e responsabilidade, adotando medidas especiais orientadas no princípio do interesse superior da criança (parágrafo 160).

Deve, portanto, o Estado garantir o desenvolvimento da criança (parágrafo 161),

[...] El Comité de Derechos del Niño ha interpretado la palabra “desarrollo” de una manera amplia, holística, que abarca lo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social<sup>165</sup>. Mirado así, un **Estado tiene, respecto de niños privados de libertad y, por lo tanto, bajo su custodia, la obligación de, inter alia, proveerlos de asistencia de salud y de educación, para así asegurarse de que la detención a la que los niños están sujetos no destruirá sus proyectos de vida.** (grifo nosso)

Nesse parágrafo, a educação aparece como necessária para a realização do projeto de vida, visão que é reforçada no parágrafo 174,

174. Está también probado que el Estado no brindó a los niños internos la educación que éstos requerían y a la cual aquél estaba obliga-

do, tanto en razón de la protección del derecho a la vida entendido en el sentido señalado anteriormente, como por la disposición del artículo 13 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El programa educativo que se ofrecía en el Instituto era deficiente, ya que carecía de maestros y recursos adecuados (supra párr. 134.12). Este incumplimiento del Estado causa consecuencias todavía más serias cuando los niños privados de libertad provienen de sectores marginales de la sociedad, como ocurre en el presente caso, pues ello les limita sus posibilidad (grifo nosso).

A Corte IDH concluiu que o Estado não tinha criado as condições nem tomado as medidas necessárias para que os internos do Instituto tivessem e desenvolvessem uma vida digna enquanto se encontravam privados da sua liberdade (parágrafo 177), responsabilizando-o, portanto, pela violação do direito à vida e à integridade pessoal consagrados nos arts. 4.1, 5.1, 5.2 y 5.6 da CADH em relação ao arts. 1.1 e 19 (parágrafo 340 e ss.)

## Conclusão

O presente trabalho objetivou analisar os aspectos legislativos e jurisdicionais do direito à educação no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, como forma de contribuir para o aprimoramento da ordem jurídica brasileira, considerando que, desde 1998, o Brasil reconhece a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Desse modo, verificou-se que, influenciada pelo processo de internacionalização dos direitos humanos, a Organização dos Estados Americanos instituiu um dos sistemas regionais de direitos humanos mais importantes do mundo. Trata-se do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, cujos principais instrumentos jurídicos são a Declaração dos Direitos e Deveres do Homem de 1948, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (ou Pacto de São José da Costa Rica); e o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988 (ou Protocolo de São Salvador).

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos encontra-se estruturado em dois órgãos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Além de competência contenciosa, a Corte Interamericana pode também emitir opiniões consultivas para o esclarecimento da interpretação das normas contidas nos instrumentos jurídicos que fazem parte do Sistema Interamericano, assim como de qualquer outro tratado sobre direitos humanos que se aplique diretamente em qualquer Estado-membro.

Dentre as opiniões consultivas, em relação à temática abordada no presente trabalho, merece destaque a Opinião Consultiva nº 17/2002, por ter afirmado a essencialidade do direito à educação para a garantia de uma existência digna e a construção do projeto de vida.

Essa qualidade do direito à educação foi expressamente afirmada pela Corte Interamericana no Caso Villagrán Morales v. Guatemala de 1999 e no Caso Instituto de Reeducação do Menor v. Paraguai de 2004.

Apesar de ser um direito social, a educação, junto com a liberdade sindical, são os dois únicos direitos sociais judicializáveis perante a Corte Interamericana, evidenciando, ainda mais, a sua relevância para uma vida digna.

## Referências

LAZARTE, Renata Bregaglio. ¿Verdadera indivisibilidad? las consecuencias de las judicialización indirecta de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; MAUÉS, Antonio Moreira (Org.). **A eficácia nacional e internacional dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 257-289

(CORTE IDH) CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Instituto de Reeduación del Menor vs. Paraguay**, 2004. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_112\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf)>. Acesso em: 21 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. **Opinião Consultiva OC- 18/2003 de 17 de septiembre agosto de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos**. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_18\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf)> Acesso em: 20 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. **Opinião Consultiva OC- 17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos**. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf)> Acesso em: 20 jul. 2014.



\_\_\_\_\_. **Caso Villagrán Morales y otros v. Guatemala (Caso Niños de la Calle)**, 1999. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_63\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf)>. Acesso em: 21 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. **Opinión consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982, solicitada por el Perú**. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_1\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_1_esp.pdf)> Acesso em: 19 jul. 2014.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; DIÓGENES, Thanara. A opinião Consultiva OC-17/2002 da Corte Interamericana de Direitos Humanos e os direitos sexuais e reprodutivos de crianças e adolescentes. In: ANNONI, Danielle (Org.). **Direito internacional dos direitos humanos: homenagem à Convenção Americana de Direitos Humanos**. São Paulo: Conceito Editorial, 2012, p. 7-19.

LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. **La construcción jurisprudencial en los sistemas europeo y interamericano de protección de los derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.

(ONU) ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Viena e Programa de Ação (1993)**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>>. Acesso em: 15 jul. 2014

\_\_\_\_\_. **Convenção Internacional dos Direitos das Crianças de 1989**. Disponível em: <[http://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10120.htm](http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm)>. Acesso em: 13 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. **Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declarações-e-Tratados-Internacionais-de-Proteção/pacto-internacional-dos-direitos-economicos-sociais-e-culturais-1966.html>>. Acesso em: 19 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. **Declaração Universal dos Direitos das Crianças de 1959**. Disponível em: <[http://www.mp.rs.gov.br/infancia/documentos\\_internacionais/id90.htm](http://www.mp.rs.gov.br/infancia/documentos_internacionais/id90.htm)> Acesso em 13 de julho de 2014.

\_\_\_\_\_. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <[http://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm)>. Acesso em: 13 jul. 2014.

(OEA) ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. 1988. **Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. “Protocolo de San Salvador”. Disponível em: <[http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo\\_de\\_San\\_Salvador.htm](http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm)>. Acesso em: 16 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. **Convenção Americana para Prevenir e Punir Tortura de 1985**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/cartagena.htm>>. Acesso em: 17 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969**. Disponível em: <[http://search.oas.org/defaultpt.aspx?k=convenção americana direitos humanos&s=All+Sites](http://search.oas.org/defaultpt.aspx?k=convenção+americana+direitos+humanos&s=All+Sites)> Acesso em: 18 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/oea/oadcl.htm>>. Acesso em: 17 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. **Carta da Organização dos Estados Americanos de 1948**. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/q.Carta.OEA.htm>> Acesso em: 07 jul. 2014.



# Hotel Ruanda e os Direitos Humanos: O Genocídio Visto no Cinema

Leilane Serratine Grubba  
Horácio Wanderlei Rodrigues  
Gabriela Natacha Bechara

## Introdução

Em 1994, durante aproximadamente 100 dias, 800 mil pessoas, em sua maioria civis, foram massacradas em Ruanda. Foram exterminados os membros da minoria *tutsi*, por extremistas étnicos *hutus*. O episódio, que ficou conhecido como o genocídio ruandês de 1994, foi retratado pelo filme *Hotel Ruanda* (*Hotel Rwanda*), em 2004, dirigido por Terry George.

Este artigo tem por objeto o genocídio ruandês e busca realizar uma análise desse fato histórico de violação aos direitos humanos, partindo de sua versão cinematográfica, com base na Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (ONU), de 1948. A conexão entre o fato histórico, o cinema e o direito (direitos humanos), presente neste artigo, utiliza uma metodologia aberta, conforme proposto por Feyerabend (2007).

Considerando o filme *Hotel Ruanda* como ponto de partida da descrição dos fatos ocorridos, se realiza uma análise do *direito no cinema*, ou seja, dos fatos e do direito como representados em um filme com objetivos artísticos, bem como essas representações enquanto interpretações e manifestações críticas do universo jurídico e seus problemas.

O artigo realiza, nesse sentido, uma análise da violação dos direitos humanos perpetrada no genocídio ruandês de 1994, considerando a representação desse momento histórico nos termos em que é apresentada no cinema, destacando que a publicização do caso, realizada através do filme, permitiu uma maior reflexão crítica sobre os acontecimentos.

## 1. Apontamentos do Filme *Hotel Ruanda*

*Hotel Ruanda* é um filme dirigido por Terry George, lançado em 22 de dezembro de 2004. Foi estrelado por Don Cheadle, Nick Nolte, Joaquin Phoenix, Desmond Dube e Sophie Okonedo. É uma coprodução da Itália, Reino Unido e África do Sul. Todas as informações apresentadas nesta seção 2 dele foram retiradas.

O filme retrata o genocídio perpetrado pelo exército *hutu* e pela milícia *interahamwe* contra os *tutsis* e *hutus* dissidentes. Dessa forma possibilita o conhecimento desse fenômeno histórico esquecido por milhares de pessoas, dando visibilidade aos problemas mundiais relativos às violações da dignidade humana e dos direitos humanos. Por retratar o momento histórico de maneira realista, o filme, ademais, possibilita a impressão de proximidade ao conflito, permitindo uma melhor reflexão a respeito do genocídio de 1994.

O filme é baseado na história real de Paul Rusesabagina, personagem principal do filme. Paul é gerente de um hotel da empresa belga Sabina, o Les Milles Collines, localizado em Kigali, capital de Ruanda. Paul Rusesabagina, de origem étnica *hutu*, abrigou no hotel 1.268 pessoas, dentre elas *tutsis* e *hutus*, durante a perseguição aos *tutsis*, em 1994.

O filme se inicia com um relato importante para a compreensão da história ruandesa, principalmente da história que ocasionou o genocídio étnico: o relato da Rádio do Poder *Hutu* (RTRM), sobre o motivo pelo qual os *hutus* odeiam os *tutsis*. Ele diz: “leia a história, os *tutsis* se aliaram aos colonos belgas, roubaram as terras *hutus* e nos açoitaram. Ruanda é terra dos *hutus*, somos a maioria, e vamos aniquilar os rebeldes da Frente Patriótica de Ruanda”. Diante disso, a RTRM conclama os *hutus* a matarem os *tutsis*.

A RTRM, nesse sentido, faz referência ao tempo em que os belgas priorizaram, política e economicamente, a etnia *tutsi* e durante o qual os *hutus*, que numericamente eram a maior parte da população, foram excluídos do processo socioeconômico do país. É interessante a narrativa para perceber como a colonização de Ruanda ocasionou uma cisão entre as diversas etnias do país.

Essa rádio, criada no início de 1990, é denominada Radio Télévision Libre des Mille Collines (RTLML), fundada e mantida por extremistas que pregavam a destruição dos *tutsis* e a fundação do jornal Kangura, para servir ao extremismo e ao ódio racial. (PAULA, 2011, p. 32).

O filme também mostra que, em Kigali, Ruanda (1994), aproximava-se o prazo final estabelecido pelas Nações Unidas para o acordo de paz entre *hutus* e *tutsis*. Nessa época os conflitos se acirravam. O filme também mostra a violência que começa a ser perpetrada pelos *hutus* contra os *tutsis*. Mesmo os *tutsis* sem filiação política começaram a ser perseguidos.

Essa diferença étnica que ocasionou a perseguição, ademais, foi decorrente da colonização de Ruanda, que criou uma cisão entre *hutus* e *tutsis* baseada na aparência física. O filme faz referência à cisão criada pelos belgas entre *hutus* e *tutsis*, que ocasionou na documentação étnica individual de cada pessoa, além da preferência inicial dos belgas pelos *tutsis* alijando os *hutus* do desenvolvimento socioeconômico de Ruanda.

Nesse sentido, importante é a explicação dada sobre a real diferença entre um *hutu* e um *tutsi*. Segundo a explicação do filme, os belgas entenderam que os *tutsis* são mais altos e mais elegantes. Foram os belgas que criaram essa divisão. Afirma-se que escolheram as pessoas com narizes mais finos e peles mais claras, que costumavam medir a largura do nariz das pessoas. Os belgas usaram os *tutsis* para governar o país. Quando foram embora, deixaram o poder com os *hutus*, que se vingaram dos *tutsis* pelos anos de repressão.

O filme também mostra que, diante dos acontecimentos, o General Augustin Bizimungu negou que o exército ugandês estava armando e treinando a milícia *hutu*, chamada de *interahamwe*. Afirmou que o exercício apoiava inteiramente o acordo de paz, que deveria ser assinado no dia da entrevista, na Tanzânia, entre as forças rebeldes *tutsis* e o Presidente de Ruanda.

Sequencialmente, o filme relata que, mesmo diante da assinatura do acordo de paz, as forças *hutus* emitiram um sinal: *cortem as arvores altas*, que significaria que a milícia iria começar a guerra. Mostra, ademais, o momento em que o presidente *hutu* foi assassinado, e a atribuição da culpa para os rebeldes *tutsis*. Também é mostrado o desespero do início da guerra e, por meio da rádio, a conclamação para a morte dos *tutsis*. Mostra as milícias nas ruas, mostra pessoas cuja vida é negociada por dinheiro e pessoas mortas nos jardins das casas.

Para salvar os *tutsis*, Paul começa a abrigá-los no hotel no qual trabalha, os *Les Milles*, sob a proteção das Nações Unidas. Enquanto no hotel havia proteção, na rua, havia cadáveres. O massacre estava acontecendo. Acreditava-se que chegaria um exército de intervenção para ajudar, mas o exército não iria ficar, não iria deter a matança.

Paul conversa com sua mulher, Tati, sobre o assunto, dizendo a ela: “- Os brancos vão embora, não vieram para ficar”. Ela lhe indaga: “- Mas, e quanto à gente?”. Paul lhe responde: “- Nós fomos abandonados”. Descrente, Tati afirma: “- Paul, os soldados vão deter os assassinos”. Por sua vez, Paul replica: “- Escuta, eu falei que todos os brancos vão embora, os franceses, os italianos, até os soldados belgas da ONU, todos eles”. Finalmente, Tati pergunta: “- E quem vai ficar?” Paul então lhe conta: “- Eu não sei, o Coronel Oliver disse que tem 300 soldados da ONU para todo o país. O máximo que ele pode ceder ao hotel são 4 homens, e eles não tem permissão para atirar”.

O Coronel Oliver é um personagem que representa os militares canadenses no comando das forças de paz das Nações Unidas, da Missão de Assistência das Nações Unidas para Ruanda (UNAMIR). Essas tropas buscaram proteger as vidas, mesmo com falta de efetivo.

Historicamente, conforme Paula (2011, p. 40), os membros das Nações Unidas em Ruanda cumpriam a missão original de monitorar o cessar-fogo entre o governo e os rebeldes. Essas pessoas viram-se no meio de um genocídio, sem armamento ou material para deter os assassinos. O General Roméo Dallaire pediu, em diversas ocasiões, ao quartel general da ONU, que fossem enviadas forças adicionais, mas seus pedidos foram recusados.

Importa para a compreensão do filme, ademais, as notícias veiculadas sobre a África; são elas: “Segundo fontes da ONU, representantes dos Estados Unidos e do Reino Unido no Conselho de Segurança, defendem a retirada de Ruanda dos agentes da ONU encarregados de manter a paz”.

Com a ausência das tropas internacionais, os *tutsis* tinham apenas o hotel *Les Milles Collines* para refúgio. Aumentava o número de vítimas que procurava abrigo e proteção no hotel. À época, a população acreditava que chegaria um exército de intervenção para ajudar. As tropas belgas que foram a Ruanda, contudo, foram unicamente para resgatar os turistas estrangeiros. Com a saída dos estrangeiros do hotel, Paul iniciou negociações com o General Bizimungu, mas não conseguiu proteção policial para o hotel.

No momento em que o hotel foi invadido por tropas *hutus*, Paul telefonou para a Bélgica, para falar com a empresa belga Sabina, e avisar do ataque. O presidente do Sabina perguntou a quem se deve falar para evitar o ataque, e Paul respondeu: “- com os franceses, eles abastecem o exército *hutu*”. O ataque ao hotel e aos hóspedes refugiados *hutus* e *tutis* conseguiu ser evitado.

Falando novamente com o presidente do Sabina, Paul lhe perguntou com quem ele tinha falado para evitar o ataque, e ele respondeu: “- com o Presidente da França”. Também afirmou a Paul que já havia falado com os franceses e belgas, para que voltassem e resgatassem os que estivessem no hotel, mas receava que não fossem fazer nada. Disse a Paul que os franceses, britânicos, americanos, provavelmente não iriam ajudar, visto que Ruanda não lhes valeria um só voto.

Sequencialmente, Paul sai do hotel para ir falar com George Rutaganda, da milícia *interahamwe*, e vê Ruanda incendiada, o rádio incentivando o estupro de mulheres *tutsis*, pessoas vivas e também centenas de cadáveres nas ruas.

Algumas famílias que tinham conexão com o exterior conseguiram visto de saída para a Tanzânia, Quênia, Bélgica, Zâmbia e Gana. A família de Paul partiu, mas ele ficou para ajudar os demais refugiados. Nenhum refugiado conseguiu fugir. Chegaram a uma emboscada e tiveram que voltar para o hotel.

Em noticiário que aparece no filme, a Cruz Vermelha informa que, no meio do conflito, o número de mortos em Ruanda teria ter subido para 500 mil. Também há um informe sobre 40 mil corpos retirados do lago Victória.

O genocídio terminou em julho de 1994, quando os rebeldes *tutsis* levaram o exército *hutu* e a milícia *interahamwe* para dentro das fronteiras do Congo. Eles deixaram para trás 800 mil de cadáveres.

Em 2002, o General Augustin Bizimungu foi capturado em Angola e transportado para o Tribunal Penal das Nações Unidas na Tanzânia. No mesmo Tribunal, o líder dos *interahamwe*, George Rutaganda foi sentenciado à prisão perpétua.

O filme Hotel Ruanda, baseado num acontecimento histórico real, buscou realizar um retrato, o mais fiel possível, dos fatos de 1994. Nesse sentido, é perceptível que os fatos históricos ocorridos no genocídio ruandês foram retratados com precisão. O que o filme faz, para além de uma análise histórica, é aproximar-se das pessoas que o assistem. A arte consegue tocar emocionalmente as pessoas, criando vínculos afetivos.

O genocídio de Ruanda, retratado pelo filme, pode ser considerado um dos piores episódios históricos no pós-Segunda Guerra Mundial, tendo vitimado 800 mil pessoas.

Conforme afirmou Paula (2011, p. 38), oitenta por cento das vítimas do genocídio foram mortas no período de seis semanas, entre a segunda semana de abril e a terceira semana de maio de 1994. “Se considerado o número de



800.000 vítimas, a taxa diária de morte era cinco vezes maior que a dos campos de concentração nazistas”.

Além de morrerem assassinadas, as pessoas também morriam por doenças, pela falta de água limpa e comida. Estima-se que um total de 5.000 pessoas morria por dia, entre abril e julho de 1994 (PAULA, 2011, p. 38).

O filme consegue sensibilizar as pessoas acerca desse fenômeno esquecido de violação aos direitos humanos, de crime contra a humanidade e de genocídio, que assassinou 800 mil pessoas e, além disso, realizou a submissão e ocasionou grave dano à integridade física ou mental de membros do grupo étnico *tutsi*, ocasionando sua quase total destruição.

## 2. A Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 1948

A Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio foi aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 11 de dezembro de 1946, na Resolução nº 96 (I) (NAÇÕES UNIDAS, 1948), tendo declarado que o *genocídio* é um crime no direito internacional, contrário ao espírito e aos fins das Nações Unidas e que o mundo civilizado condena. Reconheceu que em todos os “períodos da história o genocídio causou grandes perdas à humanidade” e que, para libertar a humanidade de flagelo tão odioso, a cooperação internacional é necessária.

A Convenção condena a prática do genocídio, segundo o artigo 1º, tanto em tempos de guerra quanto em tempos de paz. Na Convenção, *genocídio* é entendido como a tentativa de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, englobando os seguintes atos:

- a) assassinato de membros do grupo.
- b) dano grave à integridade física ou mental de membros do grupo.
- c) submissão intencional do grupo a condições de existência que lhe ocasionem a destruição física total ou parcial.
- d) medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo.

e) transferência forçada de menores do grupo para outro (NAÇÕES UNIDAS, 1948, artigo 2º).

Diante disso, as Nações Unidas (1948, artigo 3º) decidiram punir os seguintes atos: (a) o genocídio; (b) o acordo com vista a cometer o genocídio; (c) a incitação direta e pública a cometer o genocídio; (d) a tentativa de genocídio; e, (e) a cumplicidade no genocídio.

Importante notar que as pessoas acusadas de genocídio ou de quaisquer outros atos enumerados no artigo 3º serão julgados pelos tribunais competentes dos Estados em cujo território o ato foi praticado, ou pela Corte Penal Internacional (CPI) (NAÇÕES UNIDAS, 1948, artigo 6º).

### 3. O Genocídio em Ruanda de 1994

Em Ruanda, na data de abril de 1994, os líderes extremistas de origem *hutu* realizaram uma campanha para o extermínio da minoria étnica *tutsi*. O conflito étnico, porém, deve ser observado desde a sua origem.

Conforme a exposição de Ponte (2013, p. 99) Ruanda é formada por três grupos sociais: os *hutus* (84% da população nativa), os *tutsis* (15% da população nativa) e os *twa* (povo principalmente pigmeu, que corresponde a 1% da população ruandesa). Nesse sentido, afirmou Ponte:

Os historiadores acreditam que os *twa* foram os primeiros a habitar a região, seguidos pelos *hutus* e, no século XV, pelos *tutsis*. Nunca houve uma convivência pacífica entre os três grupos, diante da dominação de um sobre os outros que ocorreu no transcurso do tempo, já que os *hutus*, ao chegarem, exerceram domínio sobre os *twa* e, após, os *tutsis* submeteram os *hutus* e os *twa* (2013, p. 99).

Ruanda foi colonizada pela Alemanha Oriental (1880) e após, com a sua derrota na Primeira Guerra Mundial, em 1919, Ruanda foi ocupada pela Bélgica, no início do século XX. Com o término da Segunda Guerra Mundial (1937-1945), Ruanda passou a ser tutelada pela Organização das Nações Unidas (ONU), mas sob a administração da Bélgica.

Quando os belgas chegaram a Ruanda, em 1919, habitavam principalmente duas etnias, os *hutus* e os *tutsis*. Com o imperialismo belga, foi criada uma

situação de exclusão entre ambas as etnias, além de um ódio mútuo (RODRIGUES, 2000, p. 132).

Parece que justamente no período de dominação belga se instituiu verdadeiro regime de segregação, com a divisão da população ruandesa em grupos étnicos e com as etnias declaradas nos documentos de identidades. Mais do que isso, uma aliança entre os colonizadores “[...] a Igreja Católica e os tutsis assegurava a estes o acesso à educação e aos cargos públicos, o que, consequentemente, lhes trazia domínio sobre os hutus, diante da posição superior com que foram colocados na pirâmide social” (PONTE, 2013, p. 99).

Foi em 1932 que os belgas criaram o documento de identidade étnica, dividindo a população. A Bélgica fez dos *tutsis*, o grupo étnico minoritário, o mais forte militar, econômica e politicamente. Por terem a cor de pele mais clara, o nariz mais fino e serem mais altos, a Bélgica escolheu os *tutsis* para governarem o país colonial. À época, os *hutus* ficaram excluídos do processo socioeconômico do país.

Em sentido similar, Paula (2011, p. 28) afirmou que foi no ano de 1933 que a administração belga organizou um censo e a população foi classificada em *hutu*, *tutsi* ou *twa*, recebendo, cada cidadão, um cartão de identidade com a identificação da etnia.

A situação descrita perdurou, conforme Ponte (2013, p. 100), até a década de 1940. Diante da insubordinação dos *tutsis*, que nutriram desejo de independência da Ruanda, o governo belga e a Igreja Católica agiram em favor dos *hutus*, assegurando-lhe os benefícios que outrora eram concedidos aos *tutsis*. Mais do que isso:

No ano de 1956, a Bélgica organiza eleições municipais em Ruanda e os hutus – maioria da população – vencem sem dificuldades. Em 1959 temos um primeiro conflito armado entre hutus e tutsis, levando à morte os primeiros que, em represália, saqueiam propriedades dos tutsis. Em 1960, o monarca, seguido por cerca de duzentas mil pessoas, foge, e a tensão entre os dois povos ganha contornos de ódio racial. (2013, p. 100).

Parece que, no ano de 1959, o rei ruandês morreu após ser tratado por um médico belga. Esse fato levou a elite *tutsi* a culpar os belgas e os extremistas *hutus*. Ruanda, nesse momento histórico, foi sacudida por uma série de eventos violentos. Ocorreu, ademais, uma perseguição em massa do grupo étnico *tutsi*, levando a primeira onda de morte de milhares de pessoas (PAULA, 2011, p. 28).

Nesse sentido, em 1959 os *hutus* revoltaram-se com a condição em que estavam, vindo a assumir o poder em 1961. O processo de descolonização se iniciou na década de 60, do século XX. Em 1961, Ruanda obteve autonomia, tornando-se independente em 1962. Com a descolonização, a elite *hutu* substituiu os belgas, causando centenas de mortes de *tutsis* e levando outros milhares a se refugiar na Uganda, Burundi e Tanzânia (RODRIGUES, 2000, p. 132).

No momento em que os *hutus* assumiram o poder com Gregoire Kayubanda, em 1962, iniciou-se a perseguição dos *tutsis*. Em 1963, os *tutsis* exilados em Burundi organizaram um exército e voltaram para Ruanda, tendo sido massacrados pelos *hutus*.

Após outros massacres, o coronel Juvenal Habyarimana, de etnia *hutu*, assumiu a presidência do país em 1973, e formalizou um sistema de quotas étnicas para empregos e oportunidades educacionais, tendo acirrado ainda mais as diferenças entre as duas etnias. Dessa forma, os *tutsis* e alguns *hutus* se organizaram politicamente para derrubar o governo *hutu* do presidente Juvenal Habyarimana. Com a possível queda do governo *hutu*, muitos exilados pretendiam voltar a Ruanda. Essa mobilização deu origem à Frente Patriótica Ruandesa (FPR), em 1979, liderada por Paul Kagame (RODRIGUES, 2000, p. 133).

Nesse sentido, segundo Patriota:

Até os anos oitenta a relativa estabilidade do país fez com que Ruanda, apesar de seu regime político ditatorial de partido único, fosse capaz de atrair cooperação externa, particularmente de países de língua francesa (inclusive Canadá). Em 1988, os Tutsi, no exílio, se aliaram à dissidência interna – composta inclusive por representantes da etnia majoritária – formando a Frente Patriótica de Ruanda que acabaria por tomar o poder após haver sido vítima de tentativa organizada de extermínio por radicais Hutu (1998, p. 111).

Por sua vez, Ponte explica o conflito da seguinte maneira:

[...] em 1978, após um golpe de Estado, Ruanda adota um regime político de partido único, o que, se em um primeiro momento dava a impressão de que estaríamos diante de uma união de todos, mais tarde, mostrou-se uma verdadeira ameaça aos *tutsis*, que passaram a ser perseguidos (PONTE, 2013, p. 100).

A FPR demandava, principalmente, o retorno dos exilados em Uganda, o fim das perseguições étnicas e o fim das carteiras de identidade étnicas obrigatórias (PAULA, 2011, p. 30).

Existiu, ademais, um início de conflito armado em 1990, entre o exército ruandês e a Frente Patriótica Ruandesa. Em 1991, uma nova Carta Política foi promulgada e, em 4 de agosto de 1993, um cessar fogo foi assinado. Contudo, uma semana após a celebração do acordo de paz de Arusha, as Nações Unidas publicaram um relatório (Resolução nº 868, de 1993), mostrando preocupação com as violações de direitos humanos que ocorriam no país e, principalmente, com relação às execuções sumárias a que os *tutsis* eram submetidos.

Segundo Paula (2011, p. 33), historicamente, o acordo de Arusha não foi suficiente para frear o início do genocídio, tampouco os preparativos da FPR para tomar o poder. Em 1993, Ruanda importou, em grande escala “ferramentas agrícolas (incluindo martelos, machados, facas e tesouras). Dezoito lotes desses instrumentos importados por companhias não ligadas à agricultura chegaram a Ruanda, a maioria vindos da China”.

Conforme a Resolução n. 872 (S/RES/872), das Nações Unidas (1993), decidiu-se estabelecer uma operação de manutenção da paz, sob o nome de *Missão das Nações Unidas de Assistência para a Ruanda* (UNAMIR), por um período de 6 meses. A missão deveria contribuir para a segurança da cidade de Kigali e, dentre outras coisas: (a) acompanhar a observância do acordo de cessar-fogo e o processo de desmilitarização; (b) implementação das eleições; (c) auxiliar na remoção de minas; (d) investigar casos em desconformidade com as disposições do Acordo de paz de Arusha; (e) acompanhar o processo de repatriamento de refugiados ruandeses; e (f) auxiliar na coordenação das atividades de assistência humanitária.

O ponto alto da tensão que originou o genocídio foi o atentado que derubou o avião que transportava o Presidente Habyarimana, juntamente com o presidente de Burundi, no dia 6 de abril de 1994, que retornava de uma conferência na Tanzânia, na qual Habyarimana assinou um acordo de paz. Essa ação foi atribuída pelos *hutus* aos *tutsis*. Conforme afirmou Rodrigues:

As mortes dos Chefes de Estado de Ruanda e Burundi em 6 de abril de 1994, em um acidente aparentemente provocado, desencadearia uma onda de assassinatos de motivação étnica, política e indiretamente econômica, em que morreriam mais de oitocentos mil pessoas, enquanto

três milhões se deslocariam internamente ou para países vizinhos. De uma população Tutsi ruandesa cerca de um milhão, sobreviveram menos de duzentos mil (2000, p. 134).

Com relação ao atentado, por volta das 20 horas, quando o avião presidencial se aproximava do aeroporto internacional de Kigali, um míssil atingiu uma das asas do avião; um segundo míssil atingiu a cauda. As explosões derrubaram o avião e todos aqueles que estavam a bordo morreram. Os membros do governo acusaram a FPR pelo atentado, mas a FPR, por sua vez, culpou o próprio governo (PAULA, 2011, p. 35).

Ainda conforme Paula (2011, p. 36), logo após a queda do avião, Ruanda foi tomada por uma onda de terror, com o início das matanças de *tutsis* e *hutus* moderados.

Os membros da guarda presidencial, em Kigali (capital da Ruanda), foram os primeiros a organizarem perseguições contra os *tutsis* e os *hutus* moderados. Estações de rádio também foram utilizadas para conclamar outros membros da população *hutu* a matarem os *responsáveis* pelo atentado ocorrido. Foi formada, ademais, uma milícia chamada *interahamwe* (*aqueles que atacam juntos*), para atacar os *tutsis*.

O acidente desencadeou uma onda de assassinatos políticos e étnicos: o primeiro-ministro, ministros e forças de paz UNAMIR estavam entre as primeiras vítimas<sup>1</sup>.

Em razão desses acontecimentos, em pouco mais de três meses, uma onda de violência tomou o país, 800 mil *tutsis* foram mortos, cerca de duzentas e cinquenta mil mulheres foram violentamente estupradas, sendo que destas, a maioria foi executada imediatamente após o estupro. Dentre as sobreviventes, cerca de quinze mil engravidaram e 70% delas tornou-se soropositiva.

A Frente Patriótica Ruandesa foi vencida e começou a organizar movimentos de guerrilha contra o governo. Somente após três anos de negociação, com o Acordo de Arusha, se pôs fim ao conflito iniciado em 1990. Foi instalado um governo de transição, no qual a Frente Patriótica teve participação (RODRIGUES, 2000, p. 134).

---

1 Essa informação pode ser consultada no sitio eletrônico da UNAMIR: <<http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/unamirS.htm>>. Acesso em 8 de maio de 2014.

Segundo a UNAMIR<sup>2</sup>, um governo provisório foi formado, mas não conseguiu parar os massacres. Em 28 de abril, 280 mil pessoas fugiram para a Tanzânia para escapar da violência. Outros refugiados foram para o Zaire. Sem sucesso, a UNAMIR buscou organizar um cessar-fogo. Mas depois de alguns países retirarem unilateralmente o seu contingente, o Conselho de Segurança das Nações Unidas reduziu o contingente de pessoas da UNAMIR de 2.548 para 270.

O genocídio teve fim somente em julho de 1994, quando a Frente Patriótica Ruandesa assumiu o governo de Ruanda. Até os dias de hoje, contudo, a região central da África continua desestabilizada. A República Democrática do Congo, país vizinho à Ruanda, transformou-se num campo de batalha, com governos armados entre o atual governo *tutsi* da Ruanda e os genocidas *hutus* que fugiram para lá após o massacre.

As cicatrizes do genocídio também permanecem no trauma sofrido por muitos dos sobreviventes, que enfrentam diversas dificuldades, como a pobreza e problemas de saúde, como a AIDS, resultado da violência cometida principalmente contra as mulheres.

Segundo a UNAMIR<sup>3</sup>, as estimativas sugerem que, de uma população de 7,9 milhões, mais de meio milhão de pessoas foram mortas. Cerca de 2 milhões haviam fugido para outros países e até 2 milhões de pessoas foram deslocadas internamente.

Mesmo após o fim do conflito, conforme Paula (2011, p. 43), Ruanda era um país arrasado, “sem instituições funcionais, com a economia paralisada e reduzido à condição de nação mais pobre do planeta, com um renda média de 80 dólares por ano”. Além disso, os “cadáveres ainda seguiam empilhados nos locais de massacre, nas ruas das cidades e nos campos. Os serviços de coleta de lixo não era suficientes para recolher os corpos e uma epidemia de cólera se instalou”.

No dia 2 de outubro de 1998, o Tribunal Criminal Internacional para a Ruanda, criado para o julgamento do genocídio, julgou e condenou Jean-Paul Akayesu pela morte de 800 mil *tutsis* na região sob sua administração, junto à cidade de Taba, em 1994. O tribunal foi realizado em Arusha, na Tanzânia.

---

2 Essa informação pode ser consultada no sitio eletrônico da UNAMIR: <<http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/unamirS.htm>>. Acesso em 8 de maio de 2014.

3 Essa informação pode ser consultada no sitio eletrônico da UNAMIR: <<http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/unamirS.htm>>. Acesso em 8 de maio de 2014.

## 4. As Violações de Direitos Humanos e o Tribunal *Ad Hoc* de Ruanda

O genocídio de Ruanda pode ser considerado, conforme Ponte (2013, p. 99), um dos mais bárbaros e sangrentos exemplos de genocídio na segunda metade do século XX.

Com o fim do conflito genocida, as Nações Unidas criaram um Tribunal Penal Internacional *ad hoc*, com competência para julgar e condenar os responsáveis pelas práticas genocidas e outras violações graves ao Direito Internacional Humanitário, cometidas no território de Ruanda ou de estados vizinhos. Criado pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, por meio da Resolução nº 955, de 8 de novembro de 1994, após a análise dos informes sobre Ruanda, resultado da Resolução nº 935 (1994), também da ONU.

O Conselho de Segurança da ONU aprovou o Estatuto do Tribunal Penal *ad hoc* de Ruanda e, em 22 de fevereiro de 1995, aprovou a Resolução nº 977, que designou a capital da Tanzânia, Arusha, como sede oficial do Tribunal. Em 31 de agosto de 1995 foi implementada a decisão da Resolução nº 977, por meio de um acordo entre as Nações Unidas e o Governo da Tanzânia.

Conforme a Resolução nº 955, o Tribunal teria competência temporal limitada em um ano, e competência territorial para todo o território de Ruanda e Estados vizinhos, desde que com relação às violações de direito humanos cometidos por ruandeses (NAÇÕES UNIDAS, 1994, artigo 1º).

De fato, o Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para Ruanda foi instituído em resposta às violações graves de direitos humanos, com atos entendidos como genocidas e crimes contra a humanidade. Os atos considerados *genocídio* são aqueles cuja intenção é de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso. São eles: (a) homicídio de membros do grupo; (b) ofensa grave à integridade física ou moral de membros do grupo; (c) sujeição intencional do grupo a condições de existência susceptíveis de virem a provocar a sua destruição física, total ou parcial; (d) imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; e (e) transferência forçada de crianças de um grupo para outro (NAÇÕES UNIDAS, 1994, artigo 2º).

Além disso, foram considerados puníveis os seguintes atos: (a) genocídio; (b) conspiração com vista ao genocídio; (c) incitamento direto e público ao



genocídio; (d) tentativa de genocídio; e (e) cumplicidade em atos de genocídio (NAÇÕES UNIDAS, 1994, artigo 2º).

O Tribunal Penal Internacional para Ruanda tem competência para julgar os seguintes crimes, cometidos como parte de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, por motivos nacionais, políticos, étnicos, raciais ou religiosos: (a) assassinato; (b) extermínio; (c) escravidão; (d) deportação; (e) prisão; (f) tortura; (g) violação; (h) perseguição por motivos políticos, raciais ou religiosos; e (i) outros atos desumanos. (NAÇÕES UNIDAS, 1994, artigo 3º).

O Tribunal supramencionado também tem competência para julgar os seguintes atos: (a) atos de violência contra a vida, saúde ou bem-estar físico e moral das pessoas, em particular, o assassinato, bem como os tratamentos cruéis, tais como a tortura, mutilação ou qualquer outra forma de pena corporal; (b) penas coletivas; (c) tomada de reféns; (d) atos de terrorismo; (e) ultraje à dignidade da pessoa, nomeadamente os tratamentos humilhantes e degradantes, violação, prostituição e qualquer outra forma indecente de ofensa; (f) pilhagem; (g) sentenças ou execuções sem julgamento prévio por um tribunal regularmente constituído, denegando assim todas as garantias judiciais reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados; e (h) ameaças com vista à prática de qualquer um dos atos referidos. (NAÇÕES UNIDAS, 1994, artigo 4º).

Interessante, conforme a análise de Ponte (2013, p. 104), é que o Tribunal para Ruanda não exigiu que os crimes tivessem sido cometidos em conflito armado, mas que cada uma das ações tenha sido realizada como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil, por razões étnicas, de nacionalidade, raciais, políticas, dentre outras. Esse entendimento, firmado pela ONU, deve à consideração de que “[...] exigir prova da existência de um conflito armado, os Estatutos restringiriam o alcance do conceito consuetudinário de crimes contra a humanidade”. Além disso:

Importante consignar que foi o próprio governo de Ruanda quem pediu ao Conselho de Segurança a constituição de um Tribunal Internacional e, como membro não permanente do Conselho, participou ativamente das deliberações relativas à criação do Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Todavia, não obstante sua iniciativa, a Resolução n. 955 foi adotada com apenas um voto contra – justamente o voto de Ruanda, que não concordou com a ausência de pena de morte entre as sanções possíveis (a sanção mais severa era a prisão perpétua) nem com a sua

jurisdição temporal, já que o Governo de Ruanda buscava a punição aos crimes cometidos desde 1991, quando cerca de duas mil pessoas foram assassinadas, e que são considerados preparatórios para o grande genocídio. (PONTE, 2013, p. 104).

Criado em novembro de 1994, o Tribunal somente iniciou seus trabalhos três anos depois, em 1997, com problemas financeiros, os quais comprometeram a sua estrutura administrativa e judicial. Esse órgão jurisdicional não foi dotado dos necessários meios para investigar e julgar os cerca de cento e vinte mil prisioneiros que se encontravam nas prisões de Ruanda, aguardando o julgamento em precárias condições (PONTE, 2013, p. 105).

Em resposta, Ruanda decidiu adotar um sistema punitivo célere para os acusados, com a aplicação da justiça tribal. O parlamento ruandês aprovou as Leis Orgânicas nº 40/2000, nº 16/2004 e nº 28/2006, que criaram e instituíram os tribunais denominados *Gacaca*, que no dialeto local significa *sobre a erva*. *Gacaca* faz referência a uma junta tribal em que se sentam os homens admirados pela comunidade local para dirigir disputas. Esse sistema judiciário tribal buscou a confissão “[...] dos suspeitos, seguida de uma pena decidida pela comunidade e da posterior reintegração social do apenado. Esse sistema penal foi criado para julgar os acusados da prática genocida de 1994, com exceção dos líderes e dos organizadores” da violência, os quais deveriam continuar sob a jurisdição da Justiça Penal Ordinária. (PONTE, 2013, p. 105).

Nesse sentido, o Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para Ruanda foi esvaziado, tendo sido relegado a um segundo plano. O Tribunal não deteve os meios para proceder aos julgamentos com eficiência, principalmente em razão dos escassos recursos financeiros. Ainda assim, a importância do Tribunal é notável. Foi, de fato, o primeiro Tribunal Internacional a condenar uma pessoa pelo delito de genocídio, tendo sido Jean-Paul Akayesu julgado por quinze acusações de genocídio, crimes contra a humanidade e violações da Convenção de Genebra, em 2 de outubro de 1998 e sentenciado à prisão perpétua.

## Conclusão

O genocídio ruandês de 1994 foi analisado neste artigo, partindo da descrição dos fatos contida no filme *Hotel Ruanda*, considerando uma metodologia aberta que permite trabalhar o direito considerando sua representação através

da arte, neste caso o cinema. A visão do desrespeito aos direitos humanos a partir do filme *Hotel Ruanda* ganha contornos indizíveis e imprevisíveis. Isso porque a arte tem o poder de tocar o ser humano, de fazer com que ele se aproxime de um determinado problema de maneira pessoal. Diante disso, a percepção desse fato histórico, a partir do filme, permite a compreensão profunda dos atos barbáricos realizados contra a humanidade.

O genocídio perpetrado em Ruanda vitimou 800 mil civis e pode ser considerado o principal acontecimento histórico de violação dos direitos e da dignidade humanos no pós-Segunda Guerra Mundial. O genocídio, além das milhares de mortes, ocasionou também graves danos físicos, mentais e emocionais, em especial aos membros do grupo étnico *tutsi*, como na situação dos estupros realizados e ao montante de mulheres que, poupadas da morte, tornaram-se soropositivas e engravidaram. O genocídio esteve também presente nos atos de submissão intencional do grupo étnico *tutsi* e dos *hutus* dissidentes a condições de existência que lhes ocasionaram, além dos danos físicos, a aniquilação moral.

## Referências

FEYERABEND, Paul. **Contra o método**. São Paulo: UNESP, 2007.

HOTEL Ruanda. Direção: Terry George. Reino Unido; Estados Unidos; Itália; África do Sul. 2004. 121 min. Son, Cor.

NAÇÕES UNIDAS. **Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio**. 1948. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/convenca....crime\\_genocidio.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/convenca....crime_genocidio.pdf)>. Acesso em 15 de maio de 2014.

NAÇÕES UNIDAS. **Resolution 868**. 1993. Disponível em: <<http://unscr.com/en/resolutions/doc/868>>. Acesso em: 12 maio de 2014.

NAÇÕES UNIDAS. **Resolution 872**. 1994. Disponível em: <<http://unscr.com/en/resolutions/doc/872>>. Acesso em: 08 maio de 2014.

NAÇÕES UNIDAS. **Resolução n. 955**. Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda. 1994. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/>

UNDOC/GEN/N94/437/51/PDF/N9443751.pdf?OpenElement>. Acesso em: 22 de maio de 2014.

PATRIOTA, Antônio de Aguiar. **O Conselho de Segurança após a Guerra do Golfo**: a articulação de um novo paradigma de segurança coletiva. Brasília: Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre de Gusmão; Centro de Estudos Estratégicos, 1998.

PAULA, Luiz Augusto Modolo de. **Genocídio e o tribunal penal internacional para Ruanda**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

PONTE, Leila Hassem da. **Genocídio**. São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRIGUES, Simone Martins. **Segurança internacional e direitos humanos**: a prática da intervenção humanitária no pós-Guerra Fria. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.



# O Direito Humano Fundamental à Nacionalidade: Perspectivas para a Emergência de uma Cidadania Global

*José Carlos Kraemer Bortoloti*

*Priscila Zilli Serraglio*

*Thaise Nara Grazziotin Costa*

## Introdução

Contemporaneamente não há como furtar-se de questionar temas que vêm ganhando relevância significativa na sociedade, tais como a nacionalidade e seus desdobramentos jurídico-sociais, ainda mais frente a um mundo cada vez mais globalizado, onde as facilidades de deslocamento e de comunicação transformam e fragilizam as fronteiras entre os Estados, obrigando-os a adaptar suas normas aos acontecimentos fáticos, que muitas vezes demandam regulamentação jurídica, ainda pendente de criação, tanto no âmbito internacional, quanto em esfera nacional, já que as correntes migratórias são cada vez mais intensas.

Essa realidade é ainda mais gritante quando se trata de um direito humano fundamental reconhecido e protegido mundialmente, que vincula o indivíduo a um determinado Estado, concedendo-lhe direitos e obrigações. Sua relevância no campo jurídico reside no fato de que a nacionalidade é a personificação da identidade histórica e sociocultural do indivíduo. Todo indivíduo urge por um lugar comum, um povo comum, por meio do qual possa embasar seu caráter social, regrando suas ações na cultura que lhe é própria, podendo socorrer-se da sua proteção, em caso de necessidade.

É por isso que cabe a cada Estado, ante a soberania que lhe é própria, observadas as normas internas e externas referentes ao tema, definir quem são seus nacionais, expressando formalmente os modos de aquisição, perda e re-aquisição da nacionalidade.

Assim, da observância dessas questões, o presente estudo busca discorrer acerca do instituto da nacionalidade e as implicações dele decorrentes, sendo este analisado ante as regras de direito internacional, sob o enfoque da proteção aos direitos humanos fundamentais, objetivando demonstrar ser esse um direito inerente a toda pessoa humana. Ainda, discute-se tal questão quando confrontada com a soberania dos países, especificamente tratando-se de conflitos de nacionalidade – como a polipatria e a apatridia. Visa refletir, sobretudo, acerca dos limites à discricionariedade do Estado na regulamentação de tal instituto.

## **1. A Nacionalidade como Dimensão Pessoal do Estado e a Necessidade de Relativização da Soberania Estatal**

O instituto da nacionalidade originou-se dos conceitos de Estado e suas implicações e, posteriormente, foi influenciado diretamente pela soberania dos mesmos. Isto é, historicamente, o ser humano sempre buscou conquistar seu espaço perante os demais, organizando-se em grupos e criando, para si, uma identidade que o definisse e, então, apesar de suportar deveres em razão dela, protegesse-o em sociedade, vinculando-o a um lugar comum e a indivíduos que o reconheçam como iguais.

A doutrina contemporânea registra três elementos constitutivos do Estado: povo, território, governo e finalidade. Governo é a forma de organização político-social e administrativa de um Estado. Território é um espaço geográfico, teórica ou empiricamente delimitado, sob o qual um indivíduo ou uma instituição exerce domínio e jurisdição. Povo é um agrupamento de pessoas, unidas por laços comuns, que vivem sob um território comum.

Historicamente, percebeu-se que o Estado pode subsistir sem a presença de um governo, ou até mesmo sem uma base geográfica da qual possa efetivamente dispor e controlar legitimamente (REZEK, 2011, p. 193). Entretanto, sem o elemento humano este não consegue perpetuar-se. Necessariamente, a comunidade nacional é que dá sustentação ao Estado, permitindo-lhe ter personalidade jurídica de direito público interno e externo.

Intimamente ligada à noção de Estado está a soberania, pois é a consolidação do poder estatal perante a sua população, e também, diante dos demais

Estados e instituições. Esta deve ser concebida em dois sentidos, um interno e outro externo. Internamente, influi diretamente na ordem jurídica do Estado, permitindo-lhe a concentração de poderes com o intuito de manter a paz social. Externamente, clama ao respeito mútuo entre os Estados, assegurando, de qualquer sorte, a resolução pacífica de conflitos internacionais e a proteção diplomática do seu povo além-fronteiras.

Resta claro, por conseguinte, que tanto o território (dimensão territorial), quanto o povo (dimensão pessoal), são formas das quais derivam critérios estatais de aquisição de nacionalidade (*ius soli* e *ius sanguinis*, respectivamente), haja vista que ambas vinculam os indivíduos a direitos e deveres, e ao Estado.

Diz-se, portanto, que o objeto da nacionalidade é a determinação da nação estatal. Para Cartaxo, “os nacionais guardam, pois, uma relação jurídica com seu Estado, onde quer que se encontrem. Mesmo quando residem num Estado estrangeiro, o vínculo permanece” (CARTAXO, 2010. p. 11).

Sob esse prisma, a nacionalidade constitui-se no vínculo jurídico-político e social entre o Estado soberano e o indivíduo, do qual derivam obrigações e direitos de ambos os lados. Tal atribuição é de grande importância para a existência do Estado e da pessoa natural, ensejando a condução de interesses pessoais e coletivos do povo e possibilitando o exercício de direitos pelos nacionais nas ordens interna e externa.

Daí decorre a afirmação de que a nacionalidade é uma situação jurídica originária de ato soberano com finalidade político-organizacional do Estado, e não mera situação de fato, pois somente o Estado pode conceder a nacionalidade ao indivíduo, ou pelo simples fato do seu nascimento ou quando este é estrangeiro, fazendo-o por meio de sua naturalização. Também cabe ao Estado estabelecer as situações de perda e reaquisição de nacionalidade. A nacionalidade sempre esteve vinculada ao Estado soberano e ao direito das gentes e, por isso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) fez constar em seu artigo 15 o princípio geral regente do direito à nacionalidade – “todo indivíduo tem direito a uma nacionalidade”, e nenhum homem será dela privado, nem do direito de alterá-la.

Desse momento em diante, com base, também, em outros três princípios gerais decorrentes das suas características básicas – ato discricionário do Estado, pessoalidade, e mutabilidade por opção – o direito à nacionalidade passou, ainda que de forma incipiente, a ser tratado como direito humano fundamental de



todos, intrínseco ao indivíduo e estreitamente ligado a sua dignidade, sendo essencial para o reconhecimento do ser humano como pessoa de direitos e deveres.

## **2. Nacionalidade e Cidadania – A Influência da Soberania na sua Concessão aos Apátridas e Refugiados**

A temática da nacionalidade diz respeito não somente aos nacionais de um Estado, mas também, e principalmente, aos migrantes, popularmente conhecidos como “estrangeiros”, nesse quesito influenciando diretamente na qualidade de vida e gozo de direitos dos indivíduos, sendo os apátridas e os refugiados aqueles que mais sofrem os efeitos negativos oriundos dos problemas decorrentes do direito à nacionalidade, já que, em razão da íntima ligação entre a soberania dos países e a condição jurídica dos estrangeiros, aos Estados, munidos de jurisdição e em atenção aos princípios fundamentais e internacionais, é atribuída a competência para a criação de normas regulamentadoras dos direitos e obrigações dos estrangeiros que se locomovem em seu território.

Ademais, também em decorrência do direito à nacionalidade, desponta o direito à cidadania, que, apesar de conexo ao primeiro, dele difere. Nacionalidade e cidadania não se confundem, pois, na lição de Silva, “Nacional é o brasileiro nato ou naturalizado, ou seja, aquele que se vincula, por nascimento ou naturalização, ao território brasileiro. Cidadão qualifica o nacional no gozo dos direitos políticos e os participantes da vida do Estado (art. 1º, II, e 14 da CF/88)” (SILVA, 2011, p. 320).

Tem-se, assim, que os cidadãos são aqueles que são alcançados pela soberania do Estado, tendo seus direitos tutelados e outros tantos deveres em decorrência dessas garantias. Em suma, a cidadania, porque meio de afirmação da dignidade da pessoa humana, é a expressa concretização da soberania popular, entendida esta como o poder emanado do povo a criar e fazer funcionar o Estado. Nesse ponto, observa-se que a nacionalidade é pressuposto primordial da cidadania, visto que sem ela o indivíduo fica impedido de exercer alguns direitos.

Entretanto, a discricionariedade estatal, não obstante mostrar-se extremamente necessária no que tange à definição do povo pelo Estado no seu processo de formação e fortalecimento, pode acarretar os chamados conflitos de

nacionalidades (o positivo: polipatria; e o negativo: apatridia), já que os critérios para a sua atribuição costumam ser bastante diferenciados de país para país. A polipatria traduz-se no reconhecimento, por dois ou mais Estados distintos, de um indivíduo como seu nacional. Nesse caso, a pessoa possuirá mais de uma nacionalidade. Nota-se que são raros os casos em que o conflito positivo de nacionalidade acarreta conturbações na vida dos indivíduos. Normalmente, acaba por beneficiar os polipátridas, pois, nos países que os acolheram como nacionais, poderão exercer livremente seus direitos, sem serem passíveis de restrições, nem mesmo complicações ou burocracias a que eventualmente estão sujeitos os estrangeiros.

Entretanto, a apatridia gera graves problemáticas ao indivíduo, tanto em âmbito doméstico, quanto na esfera internacional e, portanto, somente ela será abordada neste trabalho.

A apatridia<sup>1</sup>, ausência de nacionalidade dos indivíduos (seja porque lhes foi retirada por conflito de leis entre países, ou em caso em que se impõe a perda da nacionalidade), após o reconhecimento da nacionalidade como direito humano fundamental à existência da pessoa como ser de direitos e deveres, não pode ser concebida pelos Estados, devendo estes se precaver a fim de prevenir seu surgimento, pois sem a existência do vínculo jurídico-político, o indivíduo torna-se vítima de um sistema criado pelo próprio homem.

O horror dos conflitos bélicos do imperialismo e das guerras mundiais que se seguiram foram as causas determinantes do surgimento massificado da “nação de minorias” e dos povos sem Estado, pois os Estados, fixados pela soberania absoluta a eles conferida, não permitiam a relativização dos seus elementos constitutivos, fundados na homogeneidade, temendo que se o fizessem, o seu poder restaria fragilizado. O povo, dimensão mais importante do Estado, devia corresponder aos critérios adotados pelo país soberano, pois esta seria a melhor forma de manter a unidade do ente estatal e a lealdade da população.

Por óbvio, o ser humano nega tudo aquilo que lhe causa estranheza, pois sinônimo de insegurança, somente admitindo o convívio com aqueles que considera semelhantes, pois a igualdade causa-lhe sentimento de justiça para com ele próprio, sendo passível de aceitação e proteção. O que lhe parece diferente, ou deve ser alterado, ou excluído. Esse pensamento, por demasiado primitivo,

---

1 Outras denominações são igualmente comuns a este instituto, tais como “*anacionalidade*”, ou “*heimatlos*” (expressão alemã).

tomava conta dos Estados-nação naquela época, pois não estavam preparados para lidar com as situações que se lhes apresentavam, respondendo, então, com uma reação quase que instintiva. Entretanto, mal sabia a comunidade internacional a amplitude dos efeitos das medidas adotadas para conter o que se entendia como um perigo para o mundo. Para começo, verificou-se a imediata abolição tácita do direito de asilo, que não mais subsistia à enorme e contínua onda de povos sem Estado querendo socorrer-se em algum território que os aceitasse. Seguiu-se, então, a perplexa constatação de que, não havendo como desfazer-se desses grupos, nem como transformá-los em cidadãos do país de refúgio, existiam somente duas formas de resolução da problemática: a repatriação ou a naturalização, mas nenhuma das duas hipóteses tentava aos Estados. Acrescenta-se a isso, o fato de que,

Muito pior que o dano causado pela condição de apátrida às antigas e necessárias distinções entre nacionais e estrangeiros e ao direito soberano dos Estados em questões de nacionalidade e expulsão, foi aquele sofrido pela própria estrutura das instituições legais da nação, quando um crescente número de residentes teve de viver fora da jurisdição dessas leis, sem ser protegido por quaisquer outras. O apátrida, sem direito à residência e sem o direito de trabalhar, tinha, naturalmente, de viver em constante transgressão à lei. Estava sujeito a ir para a cadeia sem jamais cometer um crime. Mais do que isso, toda a hierarquia de valores existente nos países civilizados era invertida no seu caso. Uma vez que ele constituía a anomalia não-prevista na lei geral, era melhor que se convertesse na anomalia que ela previa: o criminoso. (AREN-DT, 2007. p. 319-320).

Da negação de direitos aos *heimatlos*, ocorreu justamente o que os Estados-nação tentaram de todas as maneiras evitar: a fragilização do poder estatal, pois sua subsistência dependia da higidez do princípio da igualdade perante a lei, sem a qual a sistemática normativa se transforma em um caos de direitos e privilégios. Percebe-se aí, a importância de solver a problemática da apatridia, a qual desnuda as limitações e a incapacidade do Estado para conferir legalidade a uma anomalia (igualmente de fato e de direito) sem previsão jurídica, e quanto mais essa persiste, mais força e justificativa ganha a arbitrariedade dos atos públicos, que pode tentar o Estado a utilizá-la em toda a sociedade, e, diante da anarquia instaurada, a regredir aos regimes totalitários.

Ademais, os direitos naturais do homem, considerados inarredáveis, ir-redutíveis e indedutíveis, sem necessidade de salvaguarda por nenhuma lei ou autoridade, pois consagrava o homem um fim em si mesmo, caíram por terra, haja vista que eram desprovidos de eficácia na medida em que conferidos a sujeitos em abstrato, sem possibilidade de identificação concreta, e por isso, mostraram-se inexecutáveis frente aos apátridas, vez que estes, na sua simples e única qualidade de humanos, perdiam os laços sociais que os uniam à cultura em que haviam nascido, e estavam impossibilitados de encontrar um novo local ao qual pudessem apegar-se, estando, portanto, sem proteção alguma, inclusive de um governo. Essa realidade implicava não só a perda de proteção no país em que se encontravam, mas em qualquer país para o qual resolvessem se dirigir.

Os dispositivos internacionais, apesar do empenho insistente das organizações e de muitos países, não conseguiram diminuir significativamente a expressiva quantidade de apátridas, ainda existindo milhares a sobreviver às constantes privações de direitos em razão da sua condição, já que, mesmo possuindo laços sociais óbvios com o Estado onde residem (ligações culturais e emocionais, por exemplo), são obrigados a viver na ilicitude – esta, aqui interpretada como aquela que decorre da ausência de norma regulamentadora da sua situação, conferindo caráter ilícito a todos os atos praticados pelo indivíduo descrito como *heimatlos*, inclusive a configuração de certidão de nascimento, carteira de identidade, carteira de trabalho, e vários outros documentos que são tidos como pressupostos para a concretização da sua dignidade humana.

Com o intuito de estancar o problema e prevenir os “anacionais” da vulnerabilidade a tratamentos arbitrários e cruéis, foram firmados protocolos aditivos à Convenção sobre Nacionalidade (1930), tal como a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas (1954), que representa um significativo avanço no tratamento do tema, pois confere a tais indivíduos os mesmos direitos e tratamento dispensados aos estrangeiros no território do Estado em que se encontrem. As disposições ali contidas são inspiradas nos diversos mecanismos internacionais de direitos humanos, principalmente naqueles decorrentes da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), dispondo, em seu artigo 20, que “toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra” (CARTAXO, 2010. p. 116).

Essa norma é dotada de máxima eficácia e deve reger em todo o plano internacional, sendo imperativa a todos os países, principalmente aos que não

adaptaram seu ordenamento jurídico interno para recepcionar os *heimatlos*. Representa um princípio norteador na problemática da apatria e, caso prevista e complementada por dispositivo doméstico relativo à extensão ficta do território nos Estados, acredita-se ser capaz de reduzir substancialmente, ou até eliminar, tal problemática (MAZZUOLI, 2011. p. 678).

Da mesma forma, devemos dirigir um olhar mais atento também aos refugiados, pois, apesar de não serem desprovidos de sua nacionalidade, sofrem graves violações em seus direitos mais básicos, vez que, por medo de perseguição em razão de etnia, religião, nacionalidade, participação em determinado grupo social, ou opinião política pelo seu Estado de origem, ou por serem compelidos a cruzar fronteiras em razão de agressão estrangeira ou perturbação da ordem pública, não podem se valer da proteção estatal do país violador.

Nesse sentido, o direito internacional dos refugiados, em razão do princípio da não repatriação forçada, que não admite a recondução injustificada do refugiado ao Estado do qual proveio e, em outras palavras, impede peremptoriamente que os Estados recusem-se a acolher refugiados, vincula os Estados-partes, negando-lhes discricionariedade na concessão ou não do refúgio quando verificadas as hipóteses para o seu deferimento, pois, caso não respeitem as normas internacionais por eles ratificadas, estão sujeitos ao controle e fiscalização por entidades globais.

Ademais, devem ser garantidos aos refugiados todos os direitos integrantes da personalidade do indivíduo, pois sem estes não se verifica possível a expressão da sua dignidade em solo estrangeiro, destacando-se, para tanto, aqueles oriundos da DUDH, tais como: a repatriação voluntária, a integração local, o reassentamento em outro país, o direito à nacionalidade, o direito à não-discriminação, o direito à igualdade perante a lei, o direito à participação política, e os demais direitos civis e políticos, e os econômicos, sociais e culturais, indispensáveis ao seu reconhecimento como ser humano em comunidade (PIOVESAN, 2012. p. 210, “a”).

Impende assinalar que, por óbvio, quaisquer deslocamentos significativos de pessoas de um território a outro implica sérias consequências para ambos os Estados. Contudo, para além de considerar o indivíduo como parte da comunidade que o originou, as normas internacionais contemporâneas de direitos humanos conferiram-lhe status de cidadão global, por isso, deve ser reconhecido e protegido também como cidadão do mundo, sujeito da sociedade internacional, sem perder o vínculo obrigacional entre ele e o seu Estado originário.

Nesse sentido, em que pesem as necessárias e importantes restrições impostas pelos Estados quanto à situação jurídica dos estrangeiros relativamente ao seu território, é necessário que elas atentem aos princípios da proporcionalidade e da necessidade, na medida em que sejam utilizadas nas situações que realmente demandarem a sua aplicação, sem tolher direitos básicos do indivíduo.

É, portanto, fundamental a existência de um espírito de solidariedade internacional e o compartilhamento de responsabilidades, a fim de que se adote internacionalmente um planejamento para promover a cooperação entre os povos em consonância com os trabalhos realizados pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), incluindo-se aí a problemática dos refugiados não apenas a partir do ângulo da proteção, mas também da prevenção e da solução, duradoura ou permanente (PIOVESAN, 2012. p. 205, “a”).

Certo é que a nacionalidade perfaz a personalidade do indivíduo e é condição para o reconhecimento e respeito dos direitos humanos inerentes à mesma e, por isso, deve ser sempre garantida, de uma forma ou de outra, pois até aqueles que se encontram em situação de apatridia merecem uma identidade jurídica, pois ela já existe de fato.

Nesse rumo, em razão da interdependência entre os indivíduos e as sociedades, trazida com a globalização e o conseqüente enfraquecimento das barreiras e fronteiras imateriais que separam as culturas, já não mais se comporta, na realidade contemporânea, a lógica absolutista da soberania, pois constatou-se que as ameaças à humanidade já não partiam da natureza, mas sim do próprio homem e das instituições por ele representadas.

De fato, hoje, a soberania não é mais um problema sem solução, pois a sua relativização já foi posta em prática quando da criação de um novo sistema normativo internacional. Agora, o que está em crise é o próprio Estado nacional, já que as relações entre povos e indivíduos estão cada vez mais estreitas, e a independência unitária estatal já não mais se sustenta. O paradigma atual não mais é suficiente para que se atinjam os fins pretendidos pela DUDH. O que se busca é a alteração da legitimação afeta ao direito internacional dos direitos humanos, passando do Estado aos efetivos titulares dessas garantias, evitando-se os processos de desagregação internos que vem ganhando força em decorrência da problemática cíclica e sem solução permanente dos grupos migratórios.

Para que se obtenha um grau máximo de aplicabilidade e se impulse força vinculante às regras internacionais relativas ao tema, é preciso que estas sejam imbuídas de um caráter supraestatal, somente possível através da prática

constante da cidadania, a ser estendida aos níveis das cortes internacionais, para que os indivíduos figurem como sujeitos atuantes no combate à violação dos seus direitos, já que diretamente interessados, por meio de mecanismos indiretos de fiscalização.

Ressalte-se, todavia, que não se exige o esvaziamento da soberania estatal. O que se busca é a delimitação da sua expressividade dentre os parâmetros impostos pelas leis domésticas e pelas regras internacionais de força obrigatória, devendo estas serem transformadas em tratados que exijam a sua observância em ambos os campos jurídicos de aplicação, pois a multiculturalidade deve ser concebida não como um problema, mas como parte integrante do processo civilizatório no seu auge, figurando como que um lembrete de que, hoje, os indivíduos são sujeitos integrantes da sociedade internacional na qualidade de cidadãos do mundo, devendo ser respeitados em qualquer parte do globo.

Nesse sentido, Habermas atenta para a necessidade de cooperação através de um espírito de solidariedade entre os povos e Estados, pois o interesse na manutenção da paz e do vínculo jurídico-político entre os indivíduos e o Estado, diz respeito não somente aos seres humanos individualmente, mas a todas as demais instituições que deles dependem (HABERMAS, 2007. p. 142). No mundo contemporâneo, não se é mais permitido viver apenas, esse processo decorre menos de um fato natural, e cada vez mais de necessidades artificiais criadas pelo artifício humano, posto que fruto de um construído histórico do mundo civilizado. Assim, é imprescindível que se permita a expressão dos direitos assegurados aos indivíduos e aos povos através da observância séria e responsável da indivisibilidade e da universalidade dos direitos humanos.

Lafer (1991) aponta a tolerância como forma de viabilização de um constitucionalismo mundial relativo às normas internacionais de direitos humanos, transformando-as de *soft law* para *hard law*, somente sendo possível tal ideal perante a existência de uma associação positiva entre democracia e estado de direito, condição de construção da paz no plano interno e da legitimidade dos Estados no plano internacional.

Todavia, é de suma importância que se enfatize a carga significativa dos valores universais dos direitos humanos, pois, esvaídos dela, não são dotados de nenhuma eficácia, seja ela factual, jurídica, política, filosófica e até mesmo moral. Seu conteúdo ético subordina o campo nacional e internacional de ação dos Estados à obediência dos princípios representados pelos direitos humanos, instituindo novas percepções e condições de governabilidade e de

legitimidade na sistemática interdependente dos Estados, povos e indivíduos, pois, como afirma Lafer,

Quando falamos em ética, estamos falando de valores. Estes não são abstrações. Referem-se mas não se reduzem à realidade e tem, como observa Miguel Reale, três notas: preferibilidade, realizabilidade, inexauribilidade. Viena consagrou a hierarquia e, portanto, a preferibilidade – sem a seletividade concreta dos interesses – inerente à interdependência das três gerações de direitos. Esta preferibilidade kantiana foi politicamente viabilizada por um sistema internacional no qual as polaridades indefinidas e o jogo das duas lógicas – globalização X fragmentação – tornaram grocianamente realizável, pelas exigências da governabilidade e legitimidade, a subordinação e fiscalização das soberanias perante o auditório universal em matéria de direitos humanos como parte do processo de construção da paz. Os valores, no entanto, são inexauríveis. É sempre possível ter mais justiça, mais entendimento, mais ética no plano internacional. A inexauribilidade é uma tarefa prática. Requer militância e cabe a todos nós trabalhar nessa direção (LAFER, 1991. p. 148).

É imperioso, portanto, que a validade das normas tenha como diretiva não só o seu aspecto formal, mas também substancial, desapegando-se do princípio da efetividade, que prende o direito ao fato, e alcançando aplicabilidade máxima a todos os princípios norteadores dos direitos humanos. Assim, todos os poderes atuantes no campo do direito devem trabalhar para que se reconheçam os direitos humanos e, em especial, o direito à nacionalidade, como núcleo axiológico da personalidade humana, inarredáveis da condição humana, que ao mesmo tempo em que define os indivíduos, também os identifica, integrando-os ao mundo civilizado do qual a própria humanidade se viu refém.

## Conclusão

Neste estudo busca-se demonstrar que a nacionalidade é direito humano básico de todo indivíduo, devendo ser assegurada universalmente, em todos os tempos, espaços e circunstâncias, sendo, nesse sentido, um direito humano fundamental, em razão da interação dos âmbitos internacional e nacional. É um direito que, por vincular o Estado e a pessoa em direitos e deveres e, como decorrência, conferir ao ser humano uma identidade sociocultural e também



jurídica, fundamenta toda a estrutura do mundo civilizado como hoje assim é entendido.

Ela pressupõe a inclusão do ser humano a um ordenamento jurídico que o proteja e lhe garanta direitos, transformando-o em cidadão local, regional e global; nesse passo, ela fundamenta o direito a ter direitos, pois torna a opinião significativa e a ação eficaz, dando voz às necessidades e reivindicações individuais e de grupo, pois, sem a existência do aludido vínculo, ou a perda da sua eficácia, ocorre o esvaziamento desse clamor, ficando o indivíduo à mercê das benevolências e do espírito solidário dos que integram um sistema normativo e por ele são regidos.

A globalização acarretou a liquidez das fronteiras e a interdependência das relações entre sujeitos, não mais permitindo que o Estado se apoie em sua soberania para justificar a não intervenção em sua jurisdição quando se verifica que a sua atuação discricionária viola direitos básicos do indivíduo. Isso porque tais violações não comprometem somente a dignidade daquele que sofreu a lesão, mas diz respeito também a todos os demais integrantes da sociedade internacional, visto que a privação destas garantias pode levar à coisificação e à descartabilização humana, como se verificou anteriormente no período das grandes guerras, abalando as bases dos novos sistemas nacional e internacional, que ainda estão se firmando.

Ainda, apura-se que, em termos universais, os direitos humanos e, principalmente, o direito à nacionalidade e suas correlações, continuam a ser condicionados pela soberania dos Estados, pois, apesar da força normativa da DUDH, esta é entendida como uma *soft law* e, caso não haja a criação de um sistema de garantias jurisdicionais a proteger seus preceitos das contínuas violações toleradas e legitimadas pelos Estados e seus governos, conferindo caráter supranacional às normas internacionais – gerando a “constitucionalização do direito internacional dos direitos humanos” –, a crise dos Estados se tornará mais pungente, podendo ocasionar a instauração de novo caos belicoso.

Defende-se, portanto, a adoção de um universalismo relativista que prime pelo constante diálogo entre culturas, realizado por meio do ativismo da comunidade internacional e do respeito mútuo entre os povos. Somente assim se construirá um ordenamento internacional capaz de alicerçar a concretude da dignidade humana no que tange tanto aos direitos civis e políticos quanto aos direitos sociais, econômicos e culturais, bem como à autodeterminação dos povos.

Sob essa ótica, ao constitucionalismo mundial deve estar aliada a entrega de legitimação aos povos e aos indivíduos, na qualidade de titulares efetivos dessas garantias, evitando-se, assim, a fragmentação incipiente decorrente dos problemas apresentados pelos grupos migratórios de situação irregular. Sublinhe-se que não se busca, com isso, a extinção da soberania e da discricionariedade estatal, pois são elementos importantes de ordem social, visa-se somente à sua flexibilização em razão da exigência de um mundo globalizado, que demanda o exercício universal da cidadania, sem que se lhe imponham limites espaciais.

Por fim, pretendendo-se o reconhecimento do direito à nacionalidade como fundamento valorativo da personalidade humana, aponta-se a tolerância como forma de viabilização das mudanças idealizadas, pois a interdependência das relações exige a aceitação da diferença e a integração social da heterogeneidade de culturas, somente possível através da associação positiva entre democracia e estado de direito.

## Referências

ARENDDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

CARTAXO, M. A. **A nacionalidade revisitada**: o direito fundamental à nacionalidade e temas correlatos. 2010. 147 p. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional – Universidade de Fortaleza – UNIFOR, Fortaleza.

CONVENÇÃO DE VIENA sobre o direito dos tratados, assinada em 23 de maio de 1969. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/siii/docs/rar67-2003.pdf>> Acesso em: 11 dez 2013.

CONVENÇÃO de 1951 relativa ao estatuto dos refugiados. Disponível em: <[http://www.cidadevirtual.pt/cpr/asilo1/conv\\_0.html](http://www.cidadevirtual.pt/cpr/asilo1/conv_0.html)> Acesso em: 01 nov 2013.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)> Acesso em: 03 jun. 2014.

*Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional*

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Estudos de teoria política. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2007.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LAFER, Celso. A soberania e os direitos humanos. In: **Anais da XV Conferência Nacional da OAB**, 1994. Trabalho apresentado no Painel “Ética nas Relações Internacionais”.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 “b”.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

# A Aplicação do Princípio do Esgotamento de Recursos Internos no Âmbito do Tribunal Europeu de Direitos Humanos

*Camilla de Freitas Feijó*

## Introdução

O Princípio do Esgotamento de recursos internos é um instituto que teve sua origem entre o Século VII e XVII, sendo aplicado de forma prévia à tomada de represálias. Expandiu-se no âmbito da Protecção Diplomática até ser desenvolvido, a partir de meados do século XX, no contexto da Protecção Internacional de Direitos Humanos. Nesta esfera, tanto o mecanismo universal quanto os regionais europeu, interamericano e africano vêm aplicando o instituto como um requisito de admissibilidade de petições.

O ponto central de evolução do Princípio no campo da Protecção Internacional dos Direitos Humanos é exatamente conferir ao indivíduo, sem qualquer restrição a sua nacionalidade, o direito de ter sua causa apreciada. Isso porque, enquanto no contexto medieval da prática de represálias, de início, o Princípio só era aplicado aos seus súditos ou cidadãos nacionais, quando somente estes poderiam solicitar a concessão das cartas de represália, no quadro da Protecção Diplomática, somente nacionais no exterior poderiam receber a tutela de seu Estado em prol da resolução de um impasse.

Logo, o indivíduo como pessoa humana carecia de um mecanismo de tutela capaz de assegurar-lhe aquilo que o ordenamento jurídico do Estado não foi hábil o bastante para reparar. E de forma abrangente passa a ser legitimado a apresentar sua petição perante os órgãos de Direitos Humanos, já que no âmbito da Protecção Diplomática o instituto era aplicado restritamente aos nacionais no exterior sob a intervenção de seu Estado de origem. Através da adoção dos Tratados e Convenções de Direitos Humanos, tanto nos mecanismos de protecção da matéria no âmbito universal quanto nos sistemas regionais, foram

conferidos estornos bem mais amplos ao Princípio, outrora estabelecido de forma costumeira entre os Estados.

O Princípio do Esgotamento, dessa forma, teve sua inserção na prática costumeira entre os Estados, até o momento em que foi instituído no seio dos mecanismos internacionais de proteção dos Direitos Humanos, onde ganhou maior complexidade e vem sendo aplicado amplamente. E quanto à sua aplicação no âmbito europeu, veremos no ponto pertinente, que a mesma ocorre de forma precisa, pragmática e atenta primordialmente nas ações introduzidas pelos Estados e na eficácia dos recursos a ser esgotados.

## 1. Conceito e Finalidade

O Princípio do Esgotamento de recursos internos vem regulado pelo artigo 35 § 1º da CEDH que preceitua “O Tribunal só pode ser solicitado a conhecer de um assunto depois de esgotadas todas as vias de recurso internas, em conformidade com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos (...)” Dessa forma, cabe-nos delinear antes de tudo e de forma breve, seu conceito e sua finalidade.

O conceito do Princípio do Esgotamento de recursos internos, - que se trata de um princípio e não de uma regra dado ao seu caráter flexível que não se aplica na dinâmica do “tudo ou nada”<sup>1</sup> – tem seu *conceito* delimitado pelo campo no qual é aplicado e pelas implicações dele advindas. Neste sentido, no domínio da proteção internacional dos Direitos Humanos e especificamente no âmbito do Tribunal Europeu trata-se de um pré-requisito de admissibilidade, constituindo-se como uma condição que limita o acolhimento de petições sob o ônus do peticionário de esgotar os recursos da jurisdição interna do Estado em que ocorreu a suposta violação.<sup>2</sup> Condição esta que, como complementa *Jiménez Pava*, “constituye una garantía a la soberanía del Estado e refurza la actuación

1 Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais versão traduzida*, p. 24.

2 Condição esta que, como complementa *Jiménez Pava*, “constituye una garantía a la soberanía del Estado e refurza la actuación subsidiaria de la Comisión.” Ou uma “formalité respectueuse, un hommage rendu à la souveraineté de l’Etat territorial (...)” como expôs *Tenekides*. C. G. Tenekides, *Lepuisement des voies de recours internes comme condition préalable de l’instance internationale* 14º Revue de Droit International et de Législation Comparée, Paris, 1933, p. 515.

subsidiaria de la Comisión.”<sup>3</sup> Ou uma “formalité respectuense, um hommage rendu à la souveraineté de l’Etat territorial (...)” como expôs *Ténekides*.<sup>4</sup>

Quanto à sua *finalidade*, desde a sua incidência no Direito Internacional clássico até a evolução do Princípio do Esgotamento no contexto no qual é aplicado na actualidade, seu papel é conceder ao Estado a oportunidade de prevenir ou reparar o dano que se alega ter sofrido. Tal é asseverado pelo Tribunal Europeu em casos como *Hentrich*,<sup>5</sup> *Remli*,<sup>6</sup> *Selmouni*,<sup>7</sup> *Kudla*,<sup>8</sup> e *Cocchiarella*<sup>9</sup> quando expôs que a finalidade do Princípio é “to afford the Contracting States the opportunity of preventing or putting right the violations alleged against them before those allegations are submitted to the Court.”<sup>10</sup>

No contexto da Protecção Internacional dos Direitos Humanos, contexto em que nosso estudo se insere, o que está em evidência é o carácter subsidiário que detém os órgãos internacionais em relação à jurisdição doméstica de lidarem com as comunicações ou denúncias de violações dos Direitos Humanos. Sendo assim, a legitimação de uma petição internacional está condicionada, dentre outros requisitos, ao insucesso do indivíduo em obter uma reparação nos Tribunais nacionais internos para que efetivamente seja admitida na jurisdição internacional.

Consideração importante a ser feita é que embora a *rationale* do Princípio do Esgotamento de recursos internos seja justificada pelo respeito ao Princípio da Soberania e ao decorrente carácter subsidiário da maquinaria da CEDH, o mesmo não pode se limitar a conferir uma oportunidade ou uma possibilidade ao Estado a quem é imputado determinada violação. Tal se justifica porque em se tratando de um ônus originado do próprio instrumento internacional

3 Ana Maria Jiménez Pava, *La regla del agotamiento...*, p. 31

4 C. G. Tenekides, *Lepuisement des voies de recours internes comme condition préalable de l’instance internationale* 14<sup>o</sup> Revue de Droit International et de Législation Comparée, Paris, 1933, p. 515.

5 ECHR *Case Hentrich vs. France*, Judgment of 22 September 1994, Series A n. 296-A, p. 18, § 33.

6 ECHR *Case Remli vs. France*, Judgment of 23 April 1996, Reports 1996-II, p. 571, § 33. Nestes termos: “La Cour rappelle que la finalité de l’article 26 (art. 26) est de ménager aux États contractants l’occasion de prévenir ou redresser les violations alléguées contre eux avant que ces allégations ne soient soumises aux organes de la Convention.”

7 ECHR *Case Selmouni vs. France*, Application n. 25. 804/94, Judgment of 28 July 1999.

8 ECHR *Case Kudla vs. Poland*, Application n. 30.210/96, Judgment of 26 October 2000, § 152.

9 ECHR *Case Cocchiarella vs Itália*, Application n. 64886/01, Judgment of 29 March 2003, § 39.

10 ECHR *Case Selmouni vs. France*, § 74.

que estes mesmos Estados ajudaram a criar e que voluntariamente ratificaram, obrigam-se assim a cada norma nele estabelecida. Ademais, seria pouco razoável discorrer sobre a finalidade deste instituto sob uma ótica puramente estatal quando se está diante da protecção dos Direitos Humanos cuja titularidade é reconhecida a cada indivíduo.

Neste sentido, se adotássemos unicamente a posição assumida pelo Tribunal Europeu em suas constantes jurisprudências acerca da finalidade do instituto em estudo, sem contar ainda com o contributo de obras de referência como *Mikaelsen*<sup>11</sup>, *kamminga*<sup>12</sup>, *Shaw*<sup>13</sup>, *Udombana*<sup>14</sup>, e *Zwart*<sup>15</sup> poderíamos estar incorrendo em uma abordagem um tanto simplista.

Quando está em jogo o direito maior que é a vida, o Direito à liberdade, ou o Direito de propriedade, este instituto não pode se restringir a uma oportunidade do Estado atestar a capacidade estatal de corrigir ou reparar a violação de um direito que o reclamante alega ter sofrido através do fornecimento de recursos internos eficazes para este fim, pelos seus próprios meios, no âmbito de seu território e de seu ordenamento jurídico interno. Também se deve ter em conta a busca pela diminuição de injustiças, uma vez que através do acesso do indivíduo, legitima-se a tutela internacional e com ela a possibilidade de reparação do dano que não foi possível obter dentro do Estado infrator.

No tocante ao trânsito de petições levadas ao conhecimento do Tribunal Europeu, a finalidade do Princípio é facilitar a filtragem de petições que poderiam, muitas vezes à primeira vista, aparentar que preenchem os requisitos formais de admissibilidade estabelecidos. Assim, esta filtragem ou triagem evita grande sobrecarga dos órgãos internacionais e, segundo *Merón*, elimina reclamações que podem ser resolvidas através dos órgãos nacionais, resguardando assim os órgãos internacionais de uma inundação de reclamações desnecessárias.<sup>16</sup>

11 Laurids Mikaelsen, *European Protection of human rights: the practice and procedure of the European Commission of Human Rights on the admissibility of applications from individuals and States*, Maryland, 1980, p. 109-110.

12 Menno T. Kamminga, *Inter-state accountability for violation of human rights*, Pennsylvania, 1992, p. 177.

13 Malcolm Nathan Shaw, *International Law*, p. 254.

14 Nsongurua J. Udombana, *So far, so fair: The local remedies rule in the jurisprudence of the African Commission on Human and Peoples' Rights*, p. 2.

15 Tom Zwart, *The admissibility of human rights petition*, London, 1994, p. 187.

16 Theodor Merón, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, p. 174. O autor, em sua obra, aponta as vantagens e desvantagens do Princípio do Esgotamento. Uma das vantagens é de

## 2. A Aplicação do Princípio no Âmbito Europeu

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos adotou alguns critérios de aplicação do Princípio. Neste sentido, atentamos para os mais relevantes, quais sejam (i) o ônus da prova, (ii) a observância das normas de direito interno, (iii) o exame da eficácia, (iv) a escolha de uma das vias adequadas e efetivas, (v) a flexibilidade e (vi) a dependência implícita.

Importante é destacar que o formato de avaliação dos recursos utilizados pelo reclamante e se os mesmos foram efetivos pelo Tribunal Europeu, bem como a observância das ações intentadas pelo reclamante perante os tribunais nacionais demonstra experiência e maturidade, servindo de modelo para os emergentes sistemas interamericano e africano de Direitos Humanos.

O *ônus da prova* presente na aplicação do Princípio de Esgotamento tem sido uma das inovações mais importantes no domínio da matéria, porque até finais de 1950 a carga probatória que operava sobre o peticionário passou a ser repartido entre as partes envolvidas no litígio. A partir deste contributo, muitos casos no âmbito europeu foram analisados com base neste *shifting* inserido ao ônus probatório, tais como *Slavgorodski*,<sup>17</sup> *Johti Sapmelaccat Hy*,<sup>18</sup> *Grasser*<sup>19</sup> e *Merit*<sup>20</sup>.

No tocante aos argumentos do Estado, a apresentação das jurisprudências nacionais como prova da eficácia do recurso, têm atraído a atenção do Tribu-

---

eliminar reclamações que poderiam ser resolvidas através de agências/órgãos nacionais, protegendo assim os órgãos internacionais da inundação de reclamações. Como desvantagem, Meron aponta a rígida aplicação de esgotamento que pode até mesmo pôr em causa a queixa a uma autoridade internacional sem produzir a plena satisfação pela violação dentro do sistema legal interno.

- 17 ECHR *Case Slavgorodski vs. Estonia*, Application n. 37043/97, Decision of 9 March 1999. Nestes termos: "It recalls that in the area of the exhaustion of domestic remedies there is a distribution of the burden of proof (...)."
- 18 ECHR *Case Johti Sapmelaccat Hy vs. Finland*, Application n. 42969/98, Decision of 18 January 2005. Neste termos: "It is incumbent on the Government claiming non-exhaustion to satisfy the Court that the remedy was an effective one available in theory and in practice at the relevant time."
- 19 ECHR *Case Grasser vs. Germany*, Application no. 66491/01, Decision of 16 September 2004. Nestes termos: "It is incumbent on the Government claiming non-exhaustion to convince the Court that the remedy was an effective one available in theory and in practice at the relevant time, that is to say, that it was accessible, was capable of providing redress in respect of the applicant's complaints and offered reasonable prospects of success."
- 20 ECHR *Case Merit vs. Ukraine*, Application n. 66561/01, Judgment of 30 March 2004, § 50.



nal Europeu e ganham claramente mais peso, como ocorre nos *Casos Di Sante* (2004)<sup>21</sup> e *Sakhnovski* (2010)<sup>22</sup>

Da mesma forma, o TEDH também tem sido mais receptivo às alegações do Estado, quando o legislador nacional introduziu um recurso como solução para determinada questão que ocorria freqüentemente e acarretava intensa insegurança jurídica. Nos mais recentes casos envolvendo Itália,<sup>23</sup> Croácia<sup>24</sup> e Ucrânia,<sup>25</sup> o TEDH concluiu que as alegações dos Estados sobre o descumprimento do Princípio do Esgotamento pelos petionários estavam bem fundamentadas, pois produziram prova de que os recursos indicados como eficazes possuíam grau de segurança jurídica que permitia ao petionário utilizá-los. Somou-se a isso o facto de que os recursos apresentados pelos Estados foram criados para fins específicos relativos à duração exagerada do processo pendente nos tribunais nacionais, quando o indivíduo se via obrigado a recorrer ao Tribunal de Estrasburgo apresentando questões que poderiam ser tratadas no sistema jurídico nacional.<sup>26</sup>

A observância das normas de direito interno foi precursoramente observada no caso marco *Ambatielos* (1950)<sup>27</sup> e logo foi instituída no Sistema Europeu de Direitos Humanos como um critério a ser aplicado no tocante ao cumprimento dos prazos processuais e na observância pelos petionários de acionarem lei específica destinada a tratar do objeto de suas reclamações. Tanto o Sistema

21 ECHR *Case Di Sante vs. Italy*, Application n. 56079/00, Judgment of 24 June 2004.

22 ECHR *Case Sakhnovskiy vs. Russia*, Application n. 21272/03, Judgment of 2 November 2010, §§ 43-44.

23 ECHR *Case Brusco vs. Italy*, Application n. 69789/01, Decision of 6 September 2001.

24 ECHR *Case Slavicek vs. Croatia*, Application n. 20862/02, Decision of 4 July 2002.

25 ECHR *Case MPP Golup vs. Ukraine*, Application no. 6778/05, Decision of 18 October 2005.

26 Na Ucrânia: o governo da Ucrânia introduziu um novo remédio na forma da Section 59(a) como pôde ser observado no Caso MPP Golup; Na Itália, o *Caso Brusco* e também o *Caso Cochiarella* evidenciaram a introdução do “Pinto Act”; Na Polónia, o *Caso Charzinski* trouxe o exame do Acto 2004; Na Eslováquia, sobre o *Caso Andrasik and others* o Tribunal se pronunciou que o petionário deveria fazer uso do recurso disponível para ele segundo o Artigo 127 da Constituição em vigor desde 1 de janeiro 2002. No *Caso Slavicek* a reclamação foi apresentada perante o TEDH em 10 de maio de 2002, ou seja, após a introdução do novo remédio consagrado na Section 59(a) do Tribunal Constitucional croata.

27 Reports of International Arbitral Awards, Recueil des Sentences Arbitrales. United Nations, v. XII, p. 119, The *Ambatielos Claim* (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland). Disponível em: [http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol\\_XII/83-153\\_Ambatielos.pdf](http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XII/83-153_Ambatielos.pdf) último acesso em: 19/06/2011.

Europeu e igualmente as Nações Unidas<sup>28</sup> detém o entendimento no sentido de que o peticionário deverá esgotar os recursos internos de acordo com a legislação interna e não se pode considerar que ele tenha cumprido devidamente o Princípio do Esgotamento se os mesmos recursos foram rejeitados com fundamentos processuais razoáveis e não arbitrários, e atendendo às vias legais e aos prazos processuais pertinentes.

A observância das normas de direito interno, no tocante às normas formais que regem o direito processual dos Estados, deve ser atendida em razão da própria garantia da boa administração da justiça, do respeito ao particular e do Princípio da segurança jurídica.<sup>29</sup> Com efeito, para além do ônus do peticionário de atentar para o acionamento do procedimento apropriado, há também o ônus de interpor ações sob o devido cumprimento dos requisitos legais estabelecidos no ordenamento jurídico interno do Estado. O *Caso Ben Salah, Adraqui e Dhaimé* (1998) contribuiu para um importante posicionamento do Tribunal Europeu neste sentido.<sup>30</sup>

Consoante a necessidade de que o peticionário cumpra os prazos processuais estabelecidos no direito nacional, o TEDH deu mais um passo adotando o entendimento que, ao ser verificada a inobservância dos prazos de direito interno e o exame de suas causas, a ocorrência ou não de negligência por parte do reclamante é relevante para fins de aplicação do referido Princípio. Neste

28 Comité de Derechos Humanos, Nações Unidas, Comunicación 26/1978, *N. S. vs. Canada*, 28 de julio de 1978. Nestes termos: "(...) the author failed to avail himself in time of the remedy of appeal. Further, the communication does not disclose the existence of any special circumstances which might have absolved the author, according to the generally recognized rules of international law, from exhausting the domestic remedies at his disposal. He cannot, therefore, be considered to have exhausted the remedies available to him under Canadian law." Disponível em [http://search.ohchr.org/search?q=cache:-fjGxfrlIaQJ:www.ohchr.org/Documents/Publications/SelDec\\_1\\_en.pdf+26%2F1978+&client=default\\_frontend&output=xml\\_no\\_dtd&ie=UTF-8&proxystylesheet=en\\_frontend&site=default\\_collection&access=p&oe=UTF-8](http://search.ohchr.org/search?q=cache:-fjGxfrlIaQJ:www.ohchr.org/Documents/Publications/SelDec_1_en.pdf+26%2F1978+&client=default_frontend&output=xml_no_dtd&ie=UTF-8&proxystylesheet=en_frontend&site=default_collection&access=p&oe=UTF-8). último acesso em 19/06/2011. V. também *ECHR Case Cardot vs. France*, Application n. 11.069/84, Judgment of 19 March, § 34; e *Case Cunningham vs. United Kingdom*, Application n. 10636/83, 1 July 1985.

29 *ECHR Case Ben Salah, Adraqui e Dhaimé*, Application n. 45023/98, Decision of 27 April 2000. Nestes termos: "(...) The Court further considers that the rules governing the formal steps to be taken and the time-limits to be complied with in lodging an appeal are designed to ensure the proper administration of justice and compliance, in particular, with the principle of legal certainty litigants must expect those rules to be applied."

30 *ECHR Case Ben Salah, Adraqui e Dhaimé vs. Spain*, além de outros, como: *Le Compte vs. Belgium*, Application n. 6878/75, Commission decision of 6 October 1976, p. 79 e *T. vs. Switzerland*, Application n. 18079/91, Commission decision of 4 December 1991, p. 263.

sentido, os casos *MPP Golup*<sup>31</sup> e *Merger and Cros*<sup>32</sup> ilustram a posição do TEDH sobre a observância do direito interno em prol do Estado. No caso *MPP Golup*, verifica-se a rejeição da denúncia pelo TEDH em razão do descumprimento do Princípio do Esgotamento pela extemporaneidade do recurso de cassação apresentado fora do prazo segundo o Código de Processo Comercial ucraniano. E pesou o fato de que a rejeição foi complementada pela assertiva do TEDH em considerar que os peticionários tinham conhecimento do direito interno aplicável ao caso.<sup>33</sup>

De forma diversa ocorreu no *Caso Merger and Cros*, uma vez que o TEDH entendeu, não obstante a inobservância dos prazos do Código de Direito Processual francês, que o descumprimento destes prazos ocorreu por questões que foram além do controlo das reclamantes, absolvendo-as assim da suspeita de negligência.<sup>34</sup> Ressalte-se, neste caso, que, além de uma convincente fundamentação sobre o extravio da nota pelo Advogado-Geral, as reclamantes foram instruídas a alegar que o documento continha as razões do recurso com suas questões de direito, o registro da apelação com as violações da CEDH, além do remate dado pela citação do acórdão *Mazurek*.<sup>35</sup>

O *exame da eficácia* está relacionado ao reconhecimento da importância de salvaguardar o Direito ao acesso aos órgãos independentes e imparciais que oferecem um julgamento justo;<sup>36</sup> à aplicação de sanções aos responsáveis pelas

31 ECHR *Case MPP Golup vs. Ukraine*, Application n. 6778/05, Decision of 18 October 2005.

32 ECHR *Case Merger and Cros vs. France*, n. 68864/01, Decision of 11 March 2004.

33 ECHR *Case MPP Golup vs. Ukraine*, Application n. 6778/05, Decision of 18 October 2005, 2<sup>a</sup> section Chamber. Este caso é referente ao processo comercial na Ucrânia que introduziu um 4<sup>o</sup> nível de competência, proporcionando a possibilidade de interposição de um recurso de cassação ao Superior Tribunal Comercial e um segundo recurso à Suprema Corte. Nele, o TEDH verificou que o peticionário, contrariando a referida introdução legislativa da Ucrânia, apresentou o recurso diretamente ao Superior Tribunal de Justiça, suprimindo assim a interposição do recurso aos tribunais de 1<sup>a</sup> instância ou ao Tribunal de Apelação. Além deste facto, o Superior Tribunal de Comércio rejeitou os apelos de re-apresentação do recurso de cassação uma vez que foram extemporâneos sob a observância dos prazos previstos no Código de Processo Comercial Ucraniano. Neste caso, o Tribunal pôde observar, de forma suplementar, que os peticionários tinham conhecimento do direito interno aplicável ao caso e intencionalmente não o cumpriram.

34 ECHR *Case Merger and Cros vs. France*, op. cit.

35 Ref. do *Caso Merger and Cros* ao *Caso Mazurek vs. France*, Application n. 34.067/97, Judgment 1 February of 2000, 3<sup>a</sup> section of Chamber, § 54. Decisão marco por condenar a distinção entre filhos “adulterinos” e filhos “legítimos”.

36 Dinah Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford, 2010, p. 8.

lesões; ao acesso a um recurso simples e rápido; e à probabilidade razoável de se obter uma reparação.

Sobretudo, ressalte-se que os recursos existentes não são aplicáveis a todas as situações, por isso a necessidade de uma apreciação *cas d'espèce*,<sup>37</sup> na qual serão ponderadas também as alegações das partes. Por um lado, pesará a capacidade de o Estado provar a eficácia do recurso disponível sob sua jurisdição; por outro, a fundamentação suficiente do peticionário conformará bases mais sólidas que levarão o Tribunal Europeu a se deparar com as seguintes situações: o recurso efetivo foi utilizado; o recurso disponível não foi efetivo; sua utilização foi impedida; existiam recursos judiciais efetivos na legislação interna do Estado contra determinada violação; ou ainda que seu trâmite mostrou-se demasiado lento.

Este exame implica apreciar a utilização das vias idôneas para protecção da situação jurídica infringida e se estas mesmas vias acionadas foram capazes de produzir o resultado para o qual foram concebidas. Envolve ainda a relação entre a disponibilidade dos recursos no sistema jurídico interno do Estado demandado e a adequação de tais recursos disponíveis aos fins que os mesmos perseguem. Envolvimento este que tem como pano de fundo o respeito ao devido processo legal.

O TEDH tem realizado o exame da eficácia relevando o uso normal do recurso interno e a asseguuração latente de uma protecção direta e rápida bem como uma real possibilidade de reparação pelos danos sofridos. Neste sentido, sua jurisprudência tem sido crucial na análise da eficácia para fins de aplicação do Princípio do esgotamento e imprime considerações muito importantes neste quesito. Casos como *Cinar (1995)*<sup>38</sup>, *Horvat (1999)*<sup>39</sup> e *Hartmann (1999)*<sup>40</sup> demonstraram a desobrigação de esgotar os respectivos recursos. Em contrapartida, no *Caso Kiiskinen (1995)*<sup>41</sup> foi necessário esgotar o recurso extraordinário, quando o mesmo provou-se eficaz e teve de ser utilizado pelo peticionário.

Outro critério utilizado pelo Tribunal Europeu na aplicação do Princípio do Esgotamento é *a possibilidade de escolha de um dos recursos ou vias adequadas*

---

37 Expressão utilizada pelo prof. A. A. Cançado Trindade em sua obra *O esgotamento de recursos internos no Direito Internacional*, p. 248.

38 ECHR *Case Cinar vs. Turkey*, Application n. 28602/95, Judgment of 13 November 2003.

39 ECHR *Case Horvat vs. Croatia*, Application n. 51585/99, Judgment of 26 July 2001.

40 ECHR *Case Hartmann vs. Czech Republic*, Application n. 53341/99, Judgment of 10 July 2003.

41 ECHR *Case Kiiskinen and Kovalainen vs. Finland*, Application n. 26323/95, Judgment of 1 June 1999.

e efetivas. Tal se justifica porque a depender da gravidade das violações, a necessidade de esgotamento de outras vias igualmente adequadas poderia conduzir à própria inutilidade da atuação internacional, quando era oportuna a conferição de maior celeridade ao acesso do peticionário à jurisdição internacional. Com efeito, passou-se a considerar que não seria necessário esgotar todos os recursos internos que possuísem o mesmo objetivo, mas que exaurisse uma das alternativas válidas e adequadas no plano interno do Estado e o provocasse a corrigir ou prevenir a violação apresentada. Consequentemente, se o peticionário apresentou a questão por alguma das alternativas adequadas segundo o ordenamento jurídico interno do Estado demandado e este foi capaz de remediar a questão em sua jurisdição, a finalidade da norma internacional está cumprida.<sup>42</sup>

Em finais da década de 1970, ainda ao tempo da Comissão Europeia, este órgão pôde se pronunciar que “It is for the individual to select which legal remedy to pursue; consequently, even if it were correct that [the applicant’s] choice has fallen on a remedy less suited than others to her particular circumstances, this would be of no moment.”<sup>43</sup> Em seguida, o acionamento de apenas um dos recursos adequados e efetivos à contenda foi igualmente perpetuado pelo TEDH em outros casos, tais como: *Croke*,<sup>44</sup> *Moreira Barbosa* e *Jelicic*.<sup>45</sup>

A *flexibilidade* foi pioneiramente suscitada no âmbito do Tribunal Internacional de Justiça no *Caso Mavrommatis Palestine Concessions* (1924),<sup>46</sup> que marcou o pronunciamento do PCIJ<sup>47</sup> em distinguir o exercício da jurisdição in-

42 ECHR *Case Horvat vs. Croatia*, § 52. A Comissão Interamericana se pronunciou da mesma forma que o TEDH em seu Informe n. 57/03, petición 12.337, *Marcela Andrea Valdés Díaz vs. Chile*, 10 de octubre de 2003, §. 40.

43 ECHR *Case Airey vs. Ireland*, Application no. 6289/73 Judgment/Chamber of 9 October 1979, § 23.

44 ECHR *Case Croke v. Ireland*, Application n. 33267/96, 15 June 1999.

45 ECHR *Case Jelicic vs. Bosnia and Herzegovina*, Application n. 41183/02, Decision of 15 November 2005, § 31. Nestes termos: “It is also recalled that, in the event of there being a number of remedies which an individual can pursue, that person is entitled to choose a remedy which addresses his or her essential grievance. In other words, when a remedy has been pursued, use of another remedy which has essentially the same objective is not required.” Nos mesmos termos dispôs o TEDH no *Caso Croke vs. Ireland*.

46 *Case Mavrommatis Palestine Concessions*, Judgment n. 2, 1924, P.C.I.J. Series A, § 34. Disponível em: [http://www.icj-cij.org/pcij/serie\\_A/A\\_02/06\\_Mavrommatis\\_en\\_Palestine\\_Arret.pdf](http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_02/06_Mavrommatis_en_Palestine_Arret.pdf) último acesso em 19/06/2011.

47 PCIJ é a sigla referente à *Permanent Court of International Justice*, antecessora do Tribunal Internacional de Justiça e dissolvida em 1946.

ternacional. Mas foi no âmbito do Sistema Europeu de Direitos Humanos que o Princípio do Esgotamento passou a ser aplicado sob este critério, que implica na qualidade dele ser maleável e ter sua aplicação abrandada, nomeadamente no que diz respeito à decisão definitiva que deve ser levada em consideração para que o peticionário possa ter acesso à jurisdição internacional.

O *Caso Ringeisen* (1971)<sup>48</sup> presente ao tempo da já extinta Comissão Europeia, foi um grande contributo ao estudo do Princípio do Esgotamento de recursos internos. Sobretudo, por ressaltar a flexibilidade no liame entre a apresentação da petição e o pronunciamento de que a petição foi admitida. Além disso, destacou o fato de que muitas petições individuais normalmente vêm de leigos ou pessoas sem assistência jurídica, de modo que proceder a uma aplicação formalista do Princípio do Esgotamento poderia levar a consequências injustas.

O Tribunal Europeu posteriormente em outras ocasiões também invocou textualmente a presença deste critério na aplicação do Princípio, como pôde ser observado nos *Casos Deweer*<sup>49</sup> e *Van Oosterwijk* (1980).<sup>50</sup> E em ambos, além da Comissão Europeia ter reconhecido que aquele Princípio deveria ser aplicado com certo grau de flexibilidade e sem formalismo excessivo, afirmou também que o mesmo não é absoluto, e tampouco capaz de ser aplicado automaticamente, sendo essencial que se tome em conta as circunstâncias do caso concreto.<sup>51</sup>

A *dependência implícita* ou *substância da queixa* começou a ser empregada a partir de meados da década de 1980 através de sua Comissão. E com a entrada em vigor do Protocolo n.11 é utilizada em larga escala pelo TEDH.

Tal critério passou a ser aplicado essencialmente em virtude do compromisso que se verifica com a própria finalidade do Princípio do Esgotamento e pode ser considerado como um juízo que dá por satisfeito o Princípio quando, mesmo que de forma implícita, os direitos estabelecidos na CEDH são invocados pelo peticionário. Em alguns casos clássicos como *Cardot*,<sup>52</sup> *Castells*,<sup>53</sup>

48 ECHR *Case Ringeisen vs. Austria*, Application n° 2614/65, Judgment of 16 July 1971, § 89-91.

49 ECHR *Case Deweer vs. Belgium*, Judgment of 27 february 1980, § 29. Nestes termos: "(...) it does not have the inflexible character which the Government seem to attribute to it."

50 ECHR *Case Van Oosterwijk vs. Belgium*, Judgment of 6 November 1980.

51 *Idem*, §§ 36-40.

52 ECHR *Case Cardot vs. France*, Application n. 11069/84, Judgment of 19 March 1991, § 34.

53 ECHR *Case Castells vs. Spain*, Application n. 11.798/95, Judgment of 23 April 1992, § 32.

*Ahmet Sadik*,<sup>54</sup> *Fressoz and Roire*<sup>55</sup> e *Azinas*,<sup>56</sup> o TEDH confirmou a aplicação do critério nos seguintes termos: “it is not necessary for the Convention right to be explicitly raised in domestic proceedings. As long as the issue was raised implicitly, or in substance, the exhaustion rule is satisfied.”<sup>57</sup>

A dependência implícita no contexto europeu abrange essencialmente dois fatores. O primeiro é que sua observância surge a partir da alegação do Estado demandado de que o Princípio do Esgotamento de recursos internos não foi cumprido sob a justificativa de que o reclamante não invocou perante os Tribunais nacionais uma violação de um direito estabelecido na CEDH, ou ainda que os argumentos alegados pelo reclamante não correspondem àquela violação; e o segundo fator é que a partir do momento em que o peticionário alega ter invocado em substância um direito estabelecido na CEDH, a questão será examinada pelo TEDH, que apreciará as alegações e provas aduzidas pelo peticionário com vistas a verificar se houve compatibilidade entre a lei interna invocada, ou a invocação textual da mesma, e o direito consagrado no instrumento internacional em matéria de Direitos Humanos.

No clássico *Caso Castells*,<sup>58</sup> o cerne da questão foi concluir se o Direito à liberdade de expressão foi ou não levantado pelo reclamante perante os tribunais espanhóis e precisamente se o artigo 20 da Constituição espanhola correspondia para fins de satisfação do Princípio do Esgotamento ao artigo 10 da CEDH.<sup>59</sup> Também no *Caso Ahmet Sadik*, o Tribunal, contrariando o parecer da Comissão Europeia, considerou que em nenhum momento o reclamante invocou o Direito à liberdade de expressão ou argumentos para este efeito ou como efeito baseados no direito interno, e sequer mencionou o próprio artigo 192 do

54 ECHR *Case Ahmet Sadik vs. Greece*, Application n. 18877/91, Judgment of 25 October 1996, § 33.

55 ECHR *Case Fressoz and Roire vs. France*, Application n. 29183/95, Judgment of 21 January 1999, § 38.

56 ECHR *Case Azinas vs. Cyprus*, Application n. 56679/00, Judgment of 28 April 2004, §§ 40-41.

57 ECHR *Case Castells vs. Spain*, § 27, e *Akdivar e outros vs. Turquia*, Judgment of 16 September 1996, § 66. A dependência implícita vem disposta nestes termos: “Article 26 (former article 35) also requires that the complaints intended to be made subsequently at Strasbourg should have been made to the appropriate domestic body, at least in substance (...) and in compliance with the formal requirements and time-limits laid down in domestic law and, further, that any procedural means that might prevent a breach of the Convention should have been used.”

58 ECHR *Case Castells vs. Spain*.

59 *Idem*, § 32. V. também *Case Guzzardi vs. Italy*, Application n. 7367/76, Judgment of 6 November 1980, §§ 64-72.

Código Penal grego ou o artigo 10 da CEDH perante os tribunais nacionais.<sup>60</sup> Já no *Caso Fressoz and Roire*, apesar das alegações do Estado de que o reclamante se limitou e negar a acusação de receptação de informações confidenciais, e que em nenhum momento e nem mesmo através de uma petição alternativa procurou demonstrar que se configurava uma violação ao artigo 10 da CEDH, o Tribunal Europeu reconheceu que a dependência implícita estava presente.

De forma diversa ocorreu no *Caso Azinas* no qual o Direito de propriedade não foi invocado perante os Tribunais cipriotas. E além do reclamante não ter alegado a perda de um direito, suas alegações versaram sobre a desproporcionalidade da pena imposta. Desse modo, a conclusão extraída pelo TEDH é que a *Supreme Court* nunca se pronunciou sobre a hipótese de a demissão do peticionário ter violado ou não o Direito de propriedade de uma pensão.<sup>61</sup>

Sobretudo, pôde-se verificar que nos casos de violações menos flagrantes, como, *e.g.*, o Direito à liberdade de expressão, ou o Direito de propriedade como se observou perante o Tribunal Europeu, a dependência implícita é analisada com cautela pelo Tribunal de Estrasburgo, já que em muitos casos uma apreciação rasteira poderia acarretar a inobservância de uma determinada lei citada *in toto* pelo reclamante nos tribunais domésticos, que, no entanto, continha dispositivo atinente ao direito que se pretendia invocar. Logo, note-se que embora o dispositivo legal específico não tenha sido invocado expressamente, o mesmo o foi em substância, levando o TEDH a concluir que o Princípio do Esgotamento foi cumprido.<sup>62</sup>

### 3. Limites à Aplicação do Princípio

Certas circunstâncias tais como os atrasos injustificados e as reiteradas práticas administrativas realizadas sob a tolerância estatal podem dispensar o peticionário da obrigação de esgotar os recursos internos. Logo, circunstâncias como atrasos injustificados como ocorrem nos *Casos Kudla*<sup>63</sup> e *Selmouni*<sup>64</sup> ilus-

60 ECHR Case *Ahmet Sadik vs. Greece*, § 33.

61 ECHR Case *Azinas vs. Cyprus*, Application n. 56679/00, Judgment of 28 April 2004, §§ 40-41.

62 Como exemplo, cabe-nos citar o *Caso Cardot vs. France*, *op. cit.*

63 ECHR Case *Kudla vs. Poland*, Application n. 30.210/96, Judgment of 26 October 2000.

64 ECHR Case *Selmouni vs. France*, Application n. 25.803/94, Judgment of 28 July 1999.



tram a discussão relativa ao prazo desarrazoado, ao cômputo para definir este prazo e à ausência de um recurso efetivo para lidar com este imbróglio, de modo que se torna infrutífero acioná-lo. Nesta seara o comportamento do reclamante e a conduta das autoridades também são relevantes para fins de determinar se o reclamante estará ou não dispensado de esgotar os recursos internos.

Relevante é observar para fins de compreensão da matéria o que pode ser considerado como prazo razoável, especialmente quando se está diante de uma hipótese de dispensa da aplicação do Princípio. Neste sentido, segundo Susana Albanese prazo razoável pode ser estabelecido quando os juízes concentram em uma mesma audiência todas as diligências que sejam necessárias realizar, ao manter a igualdade entre as partes: observar a tramitação da causa atendendo à maior economia processual ou tomar de ofício medidas tendentes a evitar à paralisação do processo.<sup>65</sup> Complementar a esta noção, prazo razoável significa assegurar o desenvolvimento regular do processo sem dilações ou procrastinações indevidas.<sup>66</sup>

No que concerne à ineficácia de um recurso por atraso injustificado, alguns Estados europeus – tendo em vista o número desarrazoado de casos que o Tribunal vinha recebendo – demonstraram impressionante eficiência ao se mobilizarem na implementação de ações em prol da melhoria da administração da justiça. Adotaram assim medidas legislativas relativas ao emprego de maior celeridade processual que, diga-se, ocupava de forma desmedida o TEDH. Tais medidas puderam ser observadas nos *Casos Brusco vs. Italy*<sup>67</sup>, *Slavicek vs. Croatia*<sup>68</sup> e *Case MPP Golup vs. Ukraine*<sup>69</sup>.

O Tribunal Europeu também considera a hipótese de dispensa quando uma prática administrativa consistente na repetição de atos proibidos pela CEDH e a presença da tolerância oficial do Estado é apresentada. Neste sentido, no precursor *Caso Ireland vs. UK* (1971), o Tribunal contribuiu qualitativamente para o que pôde ser considerado “casos gerais”. Dispôs que a condição

65 Susana Albanese, *El plazo razonable eo los procesos internos. La aplicación de los Tratados en los Tribunales Locales*, Buenos Aires, 1997, p. 252.

66 Fernando G. Jayme, *Direitos Humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Derechos Humanos*, São Paulo, 2005, p. 137.

67 ECHR Case *Brusco vs. Italy*, Application n. 69789/01, Decision of 6 September 2001.

68 ECHR Case *Slavicek vs. Croatia*, Application n. 20862/02, Decision of 4 July 2002.

69 ECHR Case *MPP Golup vs. Ukraine*, Application no. 6778/05, Decision of 18 October 2005.

de a Comissão abster-se de aplicar o Princípio do Esgotamento está atrelada a existência de uma prática sistemática de denúncias idênticas ou análogas que são suficientemente numerosas e interconectas e não ocorram de forma isolada ou excepcional, mas que se configurem como um padrão sistemático.<sup>70</sup>

Neste sentido, *Amerasinghe* em sua análise sobre o caso envolvendo o governo grego complementa a noção de prática pontuando que a razão justificadora deste limite é que o Princípio do Esgotamento de recursos internos é baseado na efetividade e disponibilidade dos recursos, e os recursos judiciais nestes casos tenderiam a ser ineficazes.<sup>71</sup>

Em seguida em outros casos como *First Greece vs. UK*, e os turcos *Cyprus* (1977)<sup>72</sup>, *Akidvar* (1993)<sup>73</sup> e *Aksoy*<sup>74</sup> o Tribunal Europeu taxativamente se posicionou que o Princípio do Esgotamento não se aplica às reclamações que comprovam reincidentes práticas administrativas, observando assim o pequeno intervalo de tempo que entremeia as reclamações. Também é pacífica a posição assumida pelo TEDH de que a conduta de tolerância oficial por parte das autoridades do Estado torna os recursos inúteis e ineficazes. Logo, conclui-se que a dispensa de aplicação do Princípio do esgotamento está atrelada a inviabilidade ou impossibilidade de fazer uso dos recursos internos, em razão de que a exigência do Princípio recai apenas sobre os recursos efetivos.

## Conclusão

O Princípio do esgotamento de recursos internos como vimos é um requisito de admissibilidade de petições a ser cumprido, via de regra, para que o indivíduo possa acessar a esfera internacional. Tem como finalidade primeira, a oportunidade de o Estado reparar ou corrigir a suposta violação dentro de seu território e pelos seus próprios meios, embora consideremos tal *rationale* restritiva, especialmente se levarmos em conta o papel do indivíduo e sua possibilidade de acessar às altas cortes internacionais.

70 ECHR *Case Ireland vs. UK*, Application n. 5310/71, Judgment 18 January 1978, § 159.

71 Amerasinghe, Chittharanjan Felix. *Local remedies in International Law*. Cambridge, 2004, p. 342.

72 ECHR *Case Cyprus vs. Turkey*, Decision n. 8007/77, p. 151-152, § 33.

73 ECHR *Case Akdivar vs. Turkey*, Application n. 21893/93, § 70.

74 ECHR *Case Aksoy vs. Turkey*, Application n. 21987/93, Judgment of 26 November 1996.

A aplicação do Princípio pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos tendo em vista sua decisão de acolher ou não uma reclamação requer a análise do caso concreto e das particularidades dele advindas. E no sentido de facilitar sua avaliação, o Tribunal de Estrasburgo estabeleceu alguns critérios, são eles: (i) o ônus da prova, (ii) a observância das normas de direito interno, (iii) o exame da eficácia, (iv) a escolha de uma das vias adequadas e efetivas, (v) a flexibilidade e (vi) a dependência implícita, bem como alguns limites que desobrigam o reclamante de fazer uso do recurso disponível.

Sobretudo, o Tribunal de Estrasburgo aplica este requisito de admissibilidade de forma cautelosa, observando intimamente os recursos que foram utilizados pelo reclamante e se os mesmos foram eficazes. Caso não o sejam, o Princípio do Esgotamento será dado por cumprido, tal como ocorre nos casos de recursos infrutíferos presentes nos atrasos injustificados e nas práticas administrativas com flagrante tolerância estatal.

Os critérios adotados pelo Tribunal Europeu são compreensíveis e demonstram a experiência e maturidade da corte no que se refere à aplicação do Princípio. Além disso, a manobra por parte de alguns Estados de adotarem medidas legislativas capazes de reduzir o trânsito de reclamações que versavam sobre a demora excessiva dos processos e que já se tornavam corriqueiras tendo em vista seus números expressivos demonstra sua qualidade transformadora. Mais do que isso, o Tribunal Europeu trilha um caminho pela busca da certificação estatal de que criou e detém recursos internos eficazes destinados a corrigir e reparar determinada questão e aplica o Princípio do Esgotamento com coesão e maestria, servindo de inspiração para os emergentes sistemas interamericano e africano de Direitos Humanos.

## Referências

ALBANESE, Susana. El plazo razonable e los procesos internos. In: ABREGÚ, Martín; CURTIS, Christian (Comp.). **La aplicación de los Tratados en los Tribunales Locales**. Buenos Aires, 1997.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMERASINGHE, Chittharanjan Felix. **Local remedies in International Law**. Cambridge, 2004.

JAYME, Fernando G. **Direitos Humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

KAMMINGA, Menno T. **Inter-state accountability for violation of human rights**. Pennsylvania, 1992.

MIKAELSEN, Laurids. **European Protection of human rights: the practice and procedure of the European Commission of Human Rights on the admissibility of applications from individuals and States**. Maryland, 1980.

MERON, Theodor. **Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law**. Oxford, 1989.

PAVA, Ana Maria Jiménez. **La regla del agotamiento de los recursos internos en el Sistema Interamericano aplicado al caso Colombia**. Bogotá, 2003.

SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. Cambridge, 2003.

SHELTON, Dinah. **Remedies in International Human Rights Law**. Oxford, 2006.

ZWART, Tom. **The admissibility of human rights petitions: the case law of the European Commission of human rights and human rights committee**. London: Martinus Nijhoff Publishers, 1994.

TENEKIDES, C. G. L'épuisement des voies de recours internes comme condition préalable de l'instance internationale. **Revue du Droit International et législation comparée**, n. 1933.

UDOMBANA, Nsongurua J. So far, so fair: The local remedies rule in the jurisprudence of the African Commission on Human and People's Rights. **The American Journal of International Law**, v. 97, n. 1, p. 1-37, jan. 2003.

### **Casos contenciosos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos**

*Case Ahmet Sadik vs. Greece*, Application n. 18.877/91, Judgment of 15 November 1996.

*Case Akdivar vs. Turkey*, Application n. 21893/93, Judgment of 16 September 1996 (Grand Chamber).

*Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional*

*Case Aksoy vs. Turkey*, Application n. 21987/93, Judgment of 26 November 1996.

*Case Airey vs. Ireland*, Application n. 6289/73, Judgment of 9 October 1979 (Chamber).

*Case Andrasik and others vs. Slovakia*, Application n. 57.984/00, Decision of 22 October 2002 (Chamber).

*Case Azinas vs. Cyprus*, Application n. 56679/00, Judgment of 28 April 2004 (Grand Chamber).

*Case Ben Salah, Adraqui e Dhaima*, Application n. 45023/98, Decision of 27 April 2000.

*Case Brusco vs. Italy*, Application n. 69.789/01, Decision of 6 September 2001.

*Case Cardot vs. France*, Application n. 11.069/84, Judgment of 19 March 1991.

*Case Castells vs. Spain*, Application n. 11.798/95, Judgment of 23 April 1992.

*Case Croke vs. Ireland*, Application n. 33.267/96, Judgment of 15 June 1999.

*Case Charzinski vs. Poland*, Application n. 15212/03, Decision of 1 March 2005.

*Case Cinar vs. Turkey*, Application n. 28602/95, Judgment of 13 November 2003.

*Case Cochiarella vs. Itália*, Application n. 64886/01, Judgment of 29 March 2006 (Grand Chamber).

*Case Cunningham vs. United Kingdom*, Application n. 10.636/83, Decision of 1 July 1985.

*Case Cyprus vs. Turkey*, Application n. 8007/77, Judgment of 10 May 2001 (Grand Chamber).

*Case Di Sante vs. Italy*, Application n. 56079/00, Judgment of 24 June 2004.

*Case Deweer vs. Belgium*, Application n. 6.803/75, Judgment of 27 February 1980 (Chamber).

*Case Fressoz and Roire vs. France* Application n. 29.183/95, Judgment of 21 January 1999.

*Case Grasser vs. Germany*, Application n. 66491/01, Decision of 16 September 2004.

*Case Guzzardi vs. Italy*, Application n. 7367/76, Judgment of 6 November 1980.

*Case Hartmann vs. Czech Republic*, Application n. 53341/99, Judgment of 10 July 2003.

*Case Hentrich vs. France*, Application n. 13.616/88, Judgment of 22 September 1994.

*Case Horvat vs. Croatia*, Application n. 51585/99, Judgment of 26 July 2001.

*Case Ireland vs. UK*, Application n. 5310/71, Judgment of 18 January 1978 (Court Plenary).

*Case Jelicic vs. Bosnia and Herzegovina*, Application n. 41183/02, Decision of 15 November 2005.

*Case Johti Sæpmelacat Hy vs. Finland*, Application n. 42969/98, Decision of 18 January 2005.

*Case Kuisinen and Kovalainen vs. Finland*, Application n. 26323/05, Decision of 1 June 1999 (Chamber).

*Case Kudla vs. Poland*, Application n. 30.210/96, Judgment of 26 October 2000 (Grand Chamber).

*Case Mazurek vs. France*, Application n. 344067/97, Judgment of 1 February of 2000 (Chamber).

*Case Merger and Cros vs. France*, Application n. 68864/01, Decision of 11 March 2004 (First Chamber).

*Case Merit vs. Ukraine*, Application n. 66561/01, Judgment of 30 March 2004.

*Case Moreira Barbosa vs. Portugal*, Application n. 65681/01, Decision of 29 April 2004.

*Case M P P Golup vs. Ukraine*, Application n. 6778/05, Decision of 18 October 2005 (2<sup>a</sup> Section Chamber).

*Case Remli vs. France*, Application n. 36.839/90, Judgment of 23 April 1996.

*Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional*

*Case Ringeisen vs. Austria*, Application n. 2.614/65, Judgment of 16 July 1971.

*Case Sakhnovskiy vs. Russia*, Application n. 21272/03, Judgment of 2 November 2010.

*Case Selmouni vs. France*, Application n. 25.803/94, Judgment of 28 July 1999.

*T. vs. Switzerland*, Application n. 18079/91, Decision of 4 December 1991.

*Case Slavgorodski vs. Estonia*, Application n. 37043/97, Decision of 9 March 1999.

*Case Slavicek vs. Croatia*, Application n. 20862/02, Decision of 4 July 2002.

*Case Van Oosterwijk vs. Belgium*, Application n. 7654/76, Judgment of 6 November 1980.

# Café com Direitos Humanos e Arte<sup>1</sup>

*Ana Paula Araújo de Holanda  
Maria do Carmo Barros  
Marlea Nobre da Costa Marciel*

## 1. Breve história do Ensino do Direito no Brasil

É fundamental revisitar a herança brasileira para se entender o hoje e propor um amanhã. Que deve ser entendida com suas virtudes e com seus defeitos, que traz em sua essência inovações e beleza literária. É importante lembrar o surgimento dos Cursos de Direito no Brasil<sup>2</sup> para que se possa compreender a necessidade de adequar e buscar novos paradigmas. Falar da sua origem representa um olhar no embrião do modelo que posteriormente foi seguindo e adaptado pelos nossos bacharéis e assim será possível compreender a importância desse movimento de construção de uma identidade intelectual e cultural para o Brasil<sup>3</sup>.

- 
- 1 A execução do Café com Direitos Humanos e Arte em sua versão de 2014 contou com a colaboração dos técnicos da Coordenadoria Especial de Direitos Humanos do Gabinete do Governador do Estado do Ceará – COPDH: Marlea Nobre da Costa Maciel, Sabrina Florêncio Ribeiro, Ítala Botelho de Castro Ribeiro, Sílvia Maria Ferreira de Freitas Alves, Ana Carolina Maia de Carvalho, Tiago Amorim Nogueira, Ana Laura Teles Dantas, Evangelina Cavalcante Carneiro, Lissa Aguiar e Maria do Carmo Barros.
  - 2 Os primeiros cursos jurídicos brasileiros foram criados a partir da Carta de Lei sancionada por Dom Pedro I, em 11 de agosto de 1827. Funda-se nesta data a cultura jurídica nacional, que tiveram suas sedes inicialmente, em São Paulo e Olinda eram chamados de Academias de Direito – art. 1º da referida lei. O Curso de São Paulo foi instalado no Convento de São Francisco, em março de 1828, e o de Olinda foi instalado no Mosteiro de São Bento, em maio do mesmo ano. Os cursos jurídicos em 1854 passaram a ser denominados de Faculdades de Direito, tendo o de Olinda no mesmo ano sido transferido para Recife. Já em 1869 foi implementada a reforma do ensino livre, com base na liberdade do aluno, permitindo inclusive sua ausência nas aulas, podendo apenas prestar as provas. Tal idéia constituiu-se em um projeto extremamente revolucionário para os padrões intelectuais da época sendo hoje utilizado em várias universidades, especialmente nas européias. Como exemplo podemos citar a Faculdade de Direito da Universidade de Roma “La Sapienza” e, em outras áreas, na Gregoriana, também de Roma.
  - 3 Com a vinda da família real para o Brasil ocorreu o engajamento da mesma na realidade ainda precária na cultura nacional. Em 1808, D. João VI cria as escolas especiais de Medicina na Bahia e no Rio de



No início dos cursos de Direitos a realidade econômica, social e política do Brasil contribuíram para o atraso do desenvolvimento acadêmico, ora pela precariedade das instalações físicas, ora pela falta de professores<sup>4</sup>, ora pela falta de livros atualizados, por se tratar de doutrina portuguesa.

Pode se notar que já no início da implementação do Ensino Jurídico já existia uma distorção da realidade brasileira. Toda a estrutura bibliográfica e metodológica era oriunda da Europa e colocada para a sociedade da então colônia do Brasil. Como afirma Luiz Bove (2009, p. 118)

Destarte, apesar da colônia possuir doutores de várias formações universitárias, como médicos, bacharéis em direito, físicos e sacerdotes, estes eram oriundos das universidades européias, em especial, também, em face da facilidade idiomática, em sua maioria, estudavam em Portugal, repete-se, império na época colonizadora. Por conseguinte, com uma realidade social e cultural muito diversa daquele vislumbrada no Brasil nesse período colonial.

A academia no Brasil inicialmente serviu de construção e sustentação de uma elite econômica, apropriando-se da estrutura política e ocupando os cargos políticos e administrativos. O bacharel em direito passa a ter importância política na construção do Brasil Império e Brasil República.

Contudo a realidade acadêmica estava em desacordo com a realidade social do Brasil, provocando um abismo entre as teorias estudadas e a sua aplicação concreta. Para Clóvis Beviláqua o país necessitava de uma reformulação do ensino, direcionando-o para uma realidade concreta, tendo como proposta que “o ensino da primeira idade é preciso ser dado em família, para que bem longe se lance pela vida do homem a salutar influência feminina, cabendo ao Estado o ensino posterior” (BEVILÁQUA, 1975, p. 44).

---

Janeiro, a cadeira de Artes Militares. Tal medida ameniza apenas parcialmente a carência nacional, pois não se constituía em Faculdades, quicá Universidades. A sociedade brasileira continuava a ser dependente de Portugal, no tocante à cultura jurídica; só os abastados é que podiam alimentar-se do bacharelismo. O direito não possuía um celeiro para desenvolver suas pesquisas, pois estávamos atrelados aos ensinamentos e doutrinas estudadas em Coimbra. É com este precário panorama nacional que se defrontava nosso país após a Independência.

4 Na época professores eram chamados de lentes.

A reforma do “ensino livre”<sup>5</sup>, iniciada em 1870, gerada após a Proclamação da República, tem por fundamento a classificação comteana das ciências. Esta classificação peca pela ausência da Psicologia que para Clóvis Beviláqua, é de fundamental importância seu estudo nos cursos jurídicos, por entender se tratar de um conhecimento necessário ao aprendizado da filosofia do direito bem como do direito criminal.

Para Clóvis Beviláqua (1975, p. 375); a reforma do ensino promovida por Benjamin Constant

operou grandes transformações no ensino público do país. Não somente se criaram cadeiras nas Faculdades de Direito, como se imprimiu um caráter mais consentâneo com as idéias do tempo, à concepção geral de ensino jurídico. Pela primeira vez se teve, no mundo oficial, a compreensão da real importância da história e da legislação comparada, com o elemento elucidativo da função social do Direito.

A Reforma trouxe consigo a descentralização educacional e no dizer de Venâncio Filho (1982) a reforma nivelou do federalismo político ao federalismo educacional, findando o monopólio de Recife e de São Paulo. Surgem então vários cursos e faculdades de direito no Brasil.

Paralela a reforma do ensino, surge em Recife um movimento, que romperá com os paradigmas do então atual ensino: A Escola do Recife. Uma escola que representou um giro epistemológico no debate nacional, e proporcionou ainda uma abertura doutrinária e uma atualização das matrizes jurídicas brasileiras.

O seu Advento projetou-se novo futuro, influenciado pelo ar cultural do Recife por muitos anos. Os períodos poético, filosófico, crítico e jurídico não se esgotam no tempo que lhes foi atribuído, mas para efeito didático vale dizer, quando se iniciou a fase crítico-filosófica ou quando teve começo a fase jurídica, o movimento estendeu-se em larga escala por um vasto período da história cultural do País. Sua energia cultural influenciou inclusive com a mesma esteia doutrinária, a criação das Faculdades de Direito da Bahia (1891) e do Ceará (1903), a partir das ampliações promovidas pela reforma do ensino de Benjamin Constant.

---

5 Reforma do ensino livre foi idealizada e implementada por Benjamin Constant, em 2 de janeiro de 1891, por meio do decreto nº 1232-H.

O Conselho Federal de Educação, no ano de 1962, implanta pela primeira vez um currículo mínimo<sup>6</sup> para o ensino jurídico. Até então ocorreram pequenas alterações sem muito impacto teórico. Agora os cursos tinham a liberdade de adaptar-se à realidade local e regional por meio das disciplinas ofertadas no curso.

Já a Resolução 3/72/CFE amplia o leque humanístico no ensino jurídico. A estrutura curricular mínima teve como disciplinas básicas: Introdução ao Estudo do Direito, Economia e Sociologia e como disciplinas profissionalizantes: Direito Constitucional (TGE), Civil, Penal, Comercial, Trabalho, Administrativo, Processual Civil e Penal e mais duas a serem escolhidas entre: Direito Internacional Público e Privado, Tributário, Marítimo, Romano, Agrário, Previdenciário, Medicina Legal, e adiciona o estágio, muito embora alguns cursos entenderam-no como Disciplina de Prática Forense Civil e Penal.

Com a obrigatoriedade de estágio, a carga horária é ampliada para 2700 horas, tendo como tempo de duração de 4 (quatro) a 7 (sete) anos. Era preciso uma reformulação acadêmica herdada pelas mudanças sociais e políticas ocorridas no Brasil. A nova realidade evidência um processo de deterioração dos cursos mais antigos, urgindo a necessidade de novos paradigmas condizentes com a realidade social e política.

Fato que só veio acontecer em 1994 através da Portaria Ministerial nº 1886/94 cujo instrumento acrescentou ao currículo do curso de Direito a obrigatoriedade das disciplinas de estágio curricular supervisionado, da monografia e das atividades complementares. A norma tinha como objetivo um Projeto Pedagógico que fosse capaz de formar profissionais capacitados para o exercício das funções jurisdicionais, somando a sua função social na comunidade<sup>7</sup>.

Passado os anos verificou-se a necessidade de modificar a matriz curricular e por meio da Resolução nº 09/2004 que, entre outros avanços, ressaltou a importância da instalação de Núcleos de Práticas Jurídicas nas faculdades de Direitos com o viés para a práticas das soluções adequadas ou amigáveis de resolução de conflitos, em especial a mediação e a conciliação, como meio de fomentar a capacidade críticas e argumentativas dos discentes do curso.

---

6 O Ministério impõe o curso com duração mínima de 5 anos e elenca 14 disciplinas obrigatórias: Introdução à Ciência do Direito, Direito: Civil, Comercial, Constitucional (incluindo TGE), Internacional Público, Administrativo, Trabalho, Penal e Financeiro, Práticas: Civil e Penal, Medicina Legal e Economia Política.

7 Ressalta-se que o tema exposto já foi explanado pela autora Ana Paula Araújo de Holanda em um artigo científico publicado na Revista Pensar da Universidade de Fortaleza.

## 2. A realidade do Ensino do Direito e a função social do profissional

Infelizmente ainda há um desacordo entre o ensino objeto das salas de aula e sua aplicação no contexto social, político e econômico. Traçando por vezes doutrinas inaplicáveis, quase que alienígenas, à realidade brasileira, fruto de modelos importados ou reflexos de uma classe dominante no processo legislativo.

Diante dessa realidade vivenciada por nós nos bancos das Instituições de Ensino Superior no Brasil propõem-se uma ruptura epistemológica e metodológica para o ensino do direito, um novo modo de transmitir o conhecimento aos acadêmicos, porém, condizentes com a realidade social e acadêmica com a visão não só de se formar bons operadores do Direito, mas formar seres de pensamentos críticos condizentes com a realidade social que vive.

Não se pode aceitar no século XXI reproduções reducionistas da dogmática jurídica. É necessário se pensar em uma reconfiguração do processo pedagógico capaz de formar profissionais pensantes e críticos, com a capacidade vislumbrar os novos mecanismos de aprendizado. Isto acarretará uma onda ininterrupta no processo ensino/aprendizagem elevando, por conseguinte o pensamento crítico e filosófico dos nossos discentes, que atualmente apenas reproduzem discursos prontos e abstratos.

É importante ressaltar a importante função social do profissional do Direito para a aplicação correta e mais justa das normas: a cidadania e o acesso à justiça. Ele deve estar preparado para corresponder às demandas sociais, políticas e econômicas em constante mutação, propugnando pela ética e qualidade do ensino, a partir de um processo pedagógico criterioso e humanista.

Faz-se urgente um repensar das Instituições de Ensino Superior, bem como a implementação de uma política pedagógica criativa, dinâmica, que conduza a todos os agentes envolvidos na produção harmônica do processo ensino/aprendizagem, vivenciando no meio acadêmico a função social do profissional do direito.

Um bom profissional não basta ser técnico da lei, é necessário conhecê-la e aplicá-la de forma mais correta, observando seus impactos positivos e negativos na sociedade. Isto implica em formar jurista, ou seja, bacharéis conhecedores da dogmática jurídica envolvidos com a realidade social e política de sua região e país, transformando-os em cidadão competentes. Segundo o LOBBO

(2000, p. 161), quando do seu artigo publicado no OAB – Ensino jurídico: balanço de uma experiência,

a formação humanística, que tanto se propugna para os cursos jurídicos, não deve ser confundida com educação generalista, de cultura geral, pois, na atualidade, seja qual for o perfil profissional definido pelo curso, há de estar conjugada à formação técnico-jurídica e à formação sociopolítica. A formação prática simulada e real, de boa qualidade, é imprescindível no moderno curso jurídico, pois democratiza a aprendizagem e o estágio profissional, antes privilégio de poucos que tinham acesso a escritórios de advocacia.

Repensar o ensino jurídico é uma tarefa árdua, mas não impossível, na medida que envolve um questionamento dos pressupostos constitutivos do imaginário instituído que se estende à prática jurídica: o pensar. O aluno, por muitas vezes, não é ensinado a pensar, a problematizar o conflito, a interpretar a lei. Isso acarreta em um profissional repleto de falsas soluções e com verdadeiras dúvidas. Percebe-se essa falsa sensação de solução quando se observa a mais importante tarefa na sociedade: a deficiência do acesso à justiça.

Consequência de um ensino voltado para a simples e pura aplicação da lei, não desenvolvendo no aluno o seu pensamento crítico e social. Urge, então, uma reformulação das matrizes epistemológicas do ensino jurídico, implementando-se as diretrizes curriculares. No dizer de Warat<sup>8</sup>, a sala de aula deve ser o espaço constitutivo da vazão dos desejos e do amor ao saber, enquanto elemento de ruptura com a dogmática, por uma “ecologia do desejo”.

Mesmo diante da adaptação formal à nova legislação sabemos que a mens legislatori não cabe apenas na aplicação literal da forma, mas na perfeita hermenêutica, ou seja, na integração entre forma e conteúdo, com a definição do instituto da cidadania no seio acadêmico. Pois só assim teremos uma matriz curricular capaz de agregar verdadeiramente o profissional na realidade sociedade, formando-o para a cidadania.

---

8 Cumpre registrar que a ideia de se discutir a Arte e Direito no ensino jurídico já vem sendo discutida desde 2007. No Estado do Ceará, por meio da professora Ana Paula Araújo de Holanda em parceria com o saudoso professor Warat realizaram o I colóquio Nacional de Arte e Direito, na UFC, tendo debates sobre o Direito na literatura, nas artes visuais, no cinema, além de temas pertinentes a funções sociais e jurídicas.

### 3. Vamos tomar um café?

Um convite simples e quase irrecusável. Se for acompanhado de arte e de uma boa conversa, é uma ordem. Pois bem, é assim que se propõe o projeto Café com Direitos Humanos e Arte: levar o conhecimento jurídico por meio de uma nova proposta de metodologia utilizando espaços diversos e até mesmo a tradicional sala de aula em conjunto com a Arte.

Com a arte somos inspirados a aguçar o senso crítico e a sensibilidade, ao olharmos para um quadro, por exemplo, podemos ter várias sensações: alegria, dor, curiosidade, entre outras. Assim é a proposta dos Cafés<sup>9</sup>, ressurgir em nos o senso crítico voltado, nesse caso, para o ensino jurídico. Quando ouvimos: vamos tomar um café? Temos logo a sensação de uma boa conversa em companhia de pessoas que gostamos e que nos fazem crescer, seja pessoal com profissional.

E que tal juntar o útil ao agradável? Aprender Direito por meio de uma boa conversa com pessoas que nos inspiram? Eis o projeto Café com Direitos Humanos e Arte, discutir o Direito de um modo lúdico e estético, unir a teoria às vivências.

Mesmo com o novo instrumento normativo<sup>10</sup> e das novas diretrizes curriculares, os cursos de direitos continuam exageradamente normativistas com vistas a concursos, e no exame da ordem, transmitindo aos alunos conhecimento genérico, dissociado da prática, tanto social como forense. Ocasionalmente em um profissional fora da realidade da sociedade e quase incapaz de vislumbrar soluções judiciais ou extrajudiciais que busque o fomento do acesso à justiça e da cidadania.

Com os Cafés, em sua uma abordagem renovadora, criativa e questionadora dos institutos jurídicos tem-se a partir de postura metodológica fundamentada no pluralismo jurídico, promovendo-se a concretização de uma cidadania acadêmica no discente e docente.

---

9 Padaria Espiritual foi uma agremiação literária, que surgiu no Centro de Fortaleza em 30 de maio de 1892, reunia escritores, pintores e músicos. Na Praça do Ferreira, existiam quatro quiosques, reunindo cafés e restaurantes. O Café Elegante ficava na esquina sudeste, o Restaurante Iracema na esquina sudoeste, o Café do Comércio, na esquina noroeste e o Café Java, no qual era um ponto para as reuniões. Temas como a literatura, burguesia, clero e tudo que fosse tradicional eram tema para as discussões. A idéia era despertar nos moradores o gosto pela literatura em uma época que pouco se falava sobre.

10 Resolução CNE/CES N. 09/2004

Mesmo com obrigatoriedade do Arts. 8º e 9º da Resolução 09/2004 , bem como o instrumento de avaliação do Ministério da Educação para os curso de graduação<sup>11</sup> em Direito em sua Dimensão 3(Infraestrutura), itens 3.13 e 3.14 que ressalta a importância de contextualizar o Núcleo de Prática Jurídica com viés na Mediação, ou seja, transformá-lo em um verdadeiro Laboratório Jurídico muito há que se repensar, é preciso ir mais além do formalmente posto. É despertar no discente a sua capacidade crítica de argumentar e de buscar novos paradigmas de estudo.

Devemos lembrar-nos do passado enquanto dimensão histórica e não como eterno modelo a ser seguido, estático, pois assim caminharíamos para o retrocesso, com uma metodologia viciada e obtusa, promovida à luz de aula-conferência. O passado deve como base para superá-lo, renovando a educação do direito com as novas concepções utilizando-se de seminários, pesquisas de campo, discussão de textos, estudos de casos e outros métodos aplicáveis a cada momento do ensino/aprendizagem. Tudo entrelaçado com a Arte e a partir do espaço imaginário de um Café.

O Café quebra aquele sentimento de aula-monólogo, aula chata onde o professor explana o que acha correto e o aluno apenas copia sem, muitas vezes, compreender o significado, mas copia e decora porque vai cair na prova e o mais importante é passar na disciplina.

A nova proposta pedagógica é multidirecional, dialógica e participativa, na qual a qualquer momento pode ser redefinidas e criticadas. Assim proporcionará uma educação de caráter formativo-orientadora, com foco no desenvolvimento de processos de reflexão, de metodologias de problematizadoras e tendo o estudante como sujeito de sua própria história, ou seja, de sua própria aprendizagem e definidor efetivo de seu saber.

Sem dúvida que o foco principal do projeto é transformar o estudante ouvinte em protagonista, autor do seu próprio pensamento crítico capaz de desenvolver e expressar seu pensamento em uma “roda de café” com os amigos.

Sua construção crítica deve ser fruto de um diálogo constante entre os atores quer do meu acadêmico que da sociedade civil, de modo flexível, para que inclusive ao longo do processo incorporar outras reflexões. Warat (2003)

---

11 Instrumento de Avaliação de Cursos de Graduação presencial e a distância. Ministério da Educação. INEP. Disponível em: <[http://download.inep.gov.br/educacao\\_superior/avaliacao\\_cursos\\_graduacao/instrumentos/2012/instrumento\\_com\\_alteracoes\\_mai\\_12.pdf](http://download.inep.gov.br/educacao_superior/avaliacao_cursos_graduacao/instrumentos/2012/instrumento_com_alteracoes_mai_12.pdf)>. Acesso em: 12 de junho de 2012.

entende que por meio da educação literária é preciso que se estabeleça a integração da autonomia e da comunidade. A pluralidade de encontros será o fio condutor desta construção pedagógica que pode ser parte integrante da Educação formal ou parte integrante da Educação não-formal.

Com profissionais críticos é possível vislumbrar uma reaquisição plena dos Direitos Humanos e do pleno exercício da Cidadania que ainda esperam de forma latente em nosso Estado de Direitos. Novos vínculos são formados e em cada Café articula-se cultura de Paz através da Mediação, Segurança Pública e Direitos Humanos. Segundo Warat, “o homem vive aprendendo, o cotidiano é o seu mestre, a relação com os outros é o seu guia. Warat (2003, p. 10-11). Nesse sentido, afirma ainda:

a educação dialógica – baseada na relação com o outro, na troca e no reconhecimento e construção de identidades - propicia o reconhecimento do indivíduo enquanto sujeito e agente. O educando participa ativamente do processo educacional, enquanto protagonista, permitindo-se vencer os obstáculos internos sistematicamente colocados através de representações simbólicas de realidade ordenadoras, nas quais o mundo e as relações sociais apresentam-se sob a constante noção de subordinação (WARAT, 2003, p. 10-11)

Segundo Larrosa (2003, p.142), a educação “não é nos deixar terminados pela assimilação do dito, nem nos deixar determinados pela aprendizagem dogmática do que dever ser dito, mas indeterminar aquilo que dá o que dizer, aquilo que fica por dizer”. A compreensão deste modelo é pelo tecido aberto do diálogo, pactuado pela liberdade e pelo sentimento. Segundo Warat (2003, p. 17): “Na amizade, porque essa educação se dá no *entre-nós* da discussão dos textos.”

Os Cafés têm seu bojo o novo, a flexibilidade e acima de tudo é um espaço de criação e afeto. Para Warat (2003, p. 17) “As pedagogias dialógicas, multidirecionais, da amizade, da liberdade e do amor não serão apenas projeto de aplicação futura, não ficarão no plano do depois e do quando, serão agora.”

O contexto pedagógico deve ser do acolhimento, do reconhecimento das diferentes, das multifaces do outro e de si mesmo, mas sempre um contexto aproximação, e espaço do possível capaz de despertar no aluno seu lado pensante e crítico. Com isso os encontros dos Cafés podem acontecer por meio de mesas redondas, simulação de casos reais, teatro, filme e todas as formas de



expressões educacionais que possibilitem metodologias pedagógicas inovadoras e prazerosas aos discentes.

Para que o projeto acontecesse buscou-se as parcerias como um dos caminhos de sua realização. Diapasão que a Coordenadoria Especial de Políticas Públicas dos Direitos Humanos do Governo do Estado do Ceará estabeleceu várias parcerias com IES<sup>12</sup> para a efetivação do sonho de transformar os acadêmicos de direitos e outras áreas<sup>13</sup> em verdadeiros promotores desta nova concepção pedagógica através do Programa Café com Direitos Humanos e Arte. E assim com a celebração destas parcerias foi possível desencadear uma onda de conhecimento e oportunidades aos discentes e docentes, com o fio condutor da Arte.

O programa visa perceber a partir do diálogo com cada instituição possibilidade de customização de um projeto pedagógico específico para cada uma delas. No caso da Universidade de Fortaleza foi um Projeto intitulado: Café, Cidadania Ativa e Arte<sup>14</sup> que visa promover mesas redondas críticas e construtivas deste novo diálogo, que transforma o desejo do corpo docente e discente em indicadores prazer real, elevando, portanto a qualidade do ensino dado o nível de satisfação gerada no processo educacional.

Já o Café Exportação teve com parceiro o Centro Universitário Christus. Tratou-se de uma competição por meio de simulação de um julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ressalta-se que esta simulação foi pioneira no Estado do Ceará. O caso defendido foi de uma moça cega que perdeu a mãe e por falta de condições foi morar na rua, levada a um abrigo e diante de seu estado emocional, os médicos a diagnosticaram como uma pessoa com necessidades mentais.

Foram dois dias de trabalho: no primeiro dia, parte eliminatória, todas as equipes se apresentaram. Já no segundo dia apenas as duas finalistas, representantes do Estado e vítima se apresentaram. Ao final, os juízes da Corte premiaram a equipe da “vítima”. A avaliação foi muito acirrada, pois mesmo com

---

12 Centro de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza – UNIFOR, através do Projeto Cidadania Ativa e com o Curso de Direito – Centro Universitário Christus para implementação do Programa Café com Direitos Humanos e Arte.

13 Psicologia, pedagogia, história, artes, entre outras.

14 Universidade de Fortaleza foi um Projeto intitulado: Café, Cidadania Ativa e Arte em maio de 2014 foi efetivada a proposta e teve com momento inaugural.

a inexperiência das equipes, o espírito de justiça aflorou, transformando-se em uma verdadeira atuação na Corte Interamericana.

Os alunos participantes foram capacitados por meio de coaches que deram noções de linguagem jurídica e corporal. O resultado foi satisfatório, pois o desempenho dos alunos surpreendeu a todos, inclusive pelo fato de ter sido a primeira experiência deles com a simulação deste porte.

## Conclusão

Diante do exposto percebe-se que os primeiros cursos de Direito eram apenas para a os filhos da elite burguesa e que todos os conteúdos ministrados vinham da Portugal e praticamente fora da realidade brasileira. Com isso os bacharéis não tinham a real noção de como era aplicada a lei brasileira.

Eram formados apenas na teoria e não na prática. Com o passar do tempo vislumbrou-se essa deficiência e passaram a aplicar outras matrizes curriculares no intuito de readequá-la à realidade. Contudo não foi o suficiente para mudar o caminho dos bacharéis que ainda tinham déficit em aplicar a lei no caso concreto e fazer contribuir para o acesso à justiça de forma pela. Era preciso quebrar paradigmas do ensino jurídico, tornar o estudante protagonista de seus estudos e carreira.

Surge então o projeto Café com Direitos Humanos e Arte. Um novo caminho de desenvolver no graduando o seu lado crítico. A Arte remete a criticidade e o café, a um lugar prazeroso que inspira o saber. Esta foi a forma simbólica de agregar ao ensino jurídico o entusiasmo do saber. Por meio da arte é levado a um contato novo capaz de desenvolver suas idéias e com isso, pôr-las em práticas por meio de casos concretos. São instigados a pensar na melhor alternativa para a questão.

Por fim, vislumbra-se, por meio do projeto a sua eficácia no processo de aprendizado proporcionando aos graduandos uma nova oportunidade de desenvolver suas habilidades técnicas e críticas, formando cidadãos multiplicadores da cidadania e do acesso à justiça, pois por meio da sua capacidade crítica e não apenas legalista, é competente para criar novos paradigmas em prol da melhor solução do conflito.

## Referências

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil** – Comentado. Rio de Janeiro: Rio, 1975. 2vols.

BOVE, Luiz Antônio. Uma visão histórica do ensino jurídico no Brasil. **Revista do Curso de Direito**. São Paulo, vl 3, n° 3, 115-138. 2006. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/508/506>>. Acesso em: 10 dez. 2014

BRASIL. **Resolução 03 de 25 de fevereiro de 1972 do Conselho Federal de Educação**. Dispõe sobre a matriz curricular mínima do curso de Direito. Disponível em: <<file:///C:/Users/M%C2%AA%20do%20Carmo/Downloads/resolucao-2-de-1972.pdf>>. Acesso em: 26 dez 2014.

BRASIL. **Resolução nº 9, de 29 de setembro de 2004 do Conselho Nacional de Educação**. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências. Disponível em< <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/ces092004direito.pdf>> Acesso em 26 dez 2014.

BRASIL. **Instrumento de Avaliação de Cursos de Graduação presencial e a distância**. Ministério da Educação. INEP. Disponível em: <[http://download.inep.gov.br/educacao\\_superior/avaliacao\\_cursos\\_graduacao/instrumentos/2012/instrumento\\_com\\_alteracoes\\_mai\\_12.pdf](http://download.inep.gov.br/educacao_superior/avaliacao_cursos_graduacao/instrumentos/2012/instrumento_com_alteracoes_mai_12.pdf)>. Acesso em: 12 de junho de 2012.

HOLANDA. Ana Paula Araújo de. Educação jurídica como promoção da efetividade da justiça: um modelo teórico-prático. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 10, n. 10, p. 6-10, fev. 2005. Disponível em: <<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/viewFile/756/1618>>. Acesso em: 30 de dez de 2014.

LARROSA, Jorge. **Pedagogia Profana** – Danças, piruetas e mascaradas. Belo Horizonte: Autêntica, 2003.

LOBBO, Paulo Luiz Netto Lobo. Ensino jurídico: realidade e perspectivas. In: **Anais da XVII Conferência Nacional dos Advogados**. v. 1. Rio de Janeiro: Conselho Federal da OAB, 147-162, 2000.

VENANCIO FILHO, Alberto. **Das arcadas ao bacharelismo** (150 anos de ensino jurídico no Brasil). 2 ed. São Paulo: Perspectiva. 1982.

WARAT, Luis Alberto. **Curso seqüencial**: formação de educadores desde e para os direitos humanos. Brasília: MEC, 2003. Disponível em: <<http://www.mec.gov.br/univxxi/pdf/curso1.pdf>>. Acesso em: 6 set. 2006.



Los retos económicos, sociales y ambientales a los que se enfrenta actualmente la sociedad internacional no son más que el reflejo de la complejidad de una crisis global y multidimensional, que condiciona el bienestar del ser humano. Los reflejos más importantes de esta crisis se abordan desde la perspectiva de un diálogo de saberes interdisciplinares, que nutren un nuevo volumen de la obra colectiva *Diálogo Ambiental, constitucional e internacional*, coordinada por el profesor Miranda. Los autores de la presente obra nos invitan a reflexionar sobre cuestiones de tanta actualidad como son los agrotóxicos, el buen vivir, la biopiratería, el derecho cultural, los bienes colectivos, la protección del consumidor, la dignidad de las personas, entre otros temas. La sinergia de discursos, sin duda, convierte a esta obra en un referente para el análisis crítico y plural de algunos de los principales problemas que afectan, hoy día, a la convivencia global de nuestra sociedad.

**Susana Borràs**, Profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Investigadora del Centro de Estudios de Derecho Ambiental de Tarragona (CEDAT) y Coordinadora del Máster Universitario en Derecho Ambiental de la Unversidad Rovira i Virgili (Tarragona-España).