



DIÁLOGO AMBIENTAL, CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

VOLUME 4

Coordenação:

Jorge Miranda
Carla Amado Gomes

Organização:

Bleine Queiroz Caúla
Frederico Antônio Lima de Oliveira
Júlia Maia de Meneses Coutinho
Valter Moura do Carmo



DIÁLOGO AMBIENTAL, CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

VOLUME 4

Coordenação:

Jorge Miranda

Carla Amado Gomes

Organização:

Bleine Queiroz Caúla

Frederico Antônio Lima de Oliveira

Júlia Maia de Meneses Coutinho

Valter Moura do Carmo

Edição:

Instituto de Ciências Jurídico-Políticas

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

Outubro de 2016

ISBN: 978-989-8722-18-8



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

Alameda da Universidade

1649-014 Lisboa

Imagem da capa:

Fotografia do Parque verde Mondego,
junto do Rio Mondego Coimbra, cedida por
Rafael Gonçalves Mota (fotógrafo)

Revisão gramatical:

Carolina Bentes de Oliveira Sales

Produzido por:

OH! Multimédia

mail@oh-multimedia.com

Comissão Científica

Alexandre Sousa Pinheiro – FDUL

Ana Maria D'Ávila Lopes – UNIFOR

Bleine Queiroz Caúla - UNIFOR

Carla Amado Gomes – FDUL

César Barros Leal – UFC

Délton Winter de Carvalho – UNISINOS

Elvira Domínguez-Redondo – Middlesex University

Francisco Lisboa Rodrigues – FAC

Francisco Luciano Lima Rodrigues – UNIFOR

Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED

João Pedro Oliveira de Miranda – FDUL

Jorge Miranda – FDUL

Leonel Severo Rocha – UNISINOS

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

Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Wagner Menezes – USP

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) e 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 tido 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 atual 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 (2006 - 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 (2007 - 2013). Foi assessora no Tribunal Constitucional (1998 e 1999).

Organizadores

Bleine Queiroz Caúla

Doutoranda em Direito - Área Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (orientador Professor Doutor Jorge Miranda). Mestre em Administração de Empresas e Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Fortaleza (Unifor); Pedagoga e Advogada premiada com o V Prêmio Inovare 2008 como gestora do Projeto Cidadania Ativa (2005-2008). Professora assistente da Graduação e da Pós-Graduação lato sensu da Unifor. Pesquisadora do Núcleo de Estudos Internacionais – NEI e do NUPESQ da Unifor. Principais 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.

Frederico Antônio Lima de Oliveira

Professor da Universidade da Amazônia (UNAMA/Grupo Ser), Graduação e Pós-Graduação (Especialização e Mestrado). Promotor de Justiça de 3ª Entrância do Ministério Público do Estado do Pará. Doutor em Direito de Estado (subárea - Direito Constitucional) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito Público (subárea - Direito Administrativo) pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Pós-graduado em Direito Ambiental pela Universidade de São Paulo (USP), em Direito Sanitário pela Universidade de Brasília (UNB), em Direito Ambiental e Políticas Públicas pelo Núcleo de Altos Estudos Amazônicos (NAEA-UFPA) e em Direito Eleitoral pela Universidade Federal do Pará (UFPA).

Júlia Maia de Meneses Coutinho

Graduada em Publicidade e Propaganda pela Faculdade Integrada do Ceará (FIC) e MBA em Marketing pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Bacharela em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito Público pela Faculdade Entre Rios do Piauí. Mestre em Direito Constitucional Público e Teoria Política pelo Programa de Pós Graduação em Direito - PPGD da UNIFOR; bolsista da FUNCAP. E-mail: juzinhameneses@hotmail.com.

Valter Moura do Carmo

Possui mestrado em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR, com período sanduíche na Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Doutorado em Direito pela UFSC, com período sanduíche na Universidade de Zaragoza (Espanha). Atualmente realiza o estágio de Pós-Doutorado em Direito na Universidade de Marília – UNIMAR com bolsa do PNPd da CAPES. Foi diretor de eventos científicos da FEPODI e atualmente exerce a função de diretor de relações internacionais. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Direito Internacional e Direitos Humanos.

Organizadores e Autores

Ana Barros

Graduada em jornalismo (UFC) e em direito (UNIFOR). Especialista em gestão de marketing (Universidade do Tennessee UT). Especialista em direito processual civil (Universidade Cândido Mendes). Cursando especialização em direito tributário (Universidade Cândido Mendes). Email: anabarros@edu.unifor.br

Ana Paula Araújo de Holanda

Doutoranda em Direito pela Universidade de Lisboa. 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. Professora da Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Conselheira da OAB-CE. E-mail: apaholanda@hotmail.com.

André Olavo Leite

Pesquisador do laboratório G&F (ESGT, Le Mans, França), membro da Société Française pour le Droit de l'Environnement e da Comissão Mundial de Áreas Protegidas da UICN. Doutorando em Direito do Conservatoire National des Arts et Métiers (heSam Université, França). Tese em cotutela com o PPGD/Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil). Bolsista da École Doctorale Abbé Gregoire (Paris, França).

Alexandro Rahbani Aragão Feijó

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

Daniel Rocha Chaves

Mestrando em Direito e Relações Internacionais (Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC). Bolsista de Pós-Graduação da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Programa de Excelência Acadêmica (CAPES/PROEX). Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

Dunja Duić

(PhD, Faculty of law, J.J. Strossmayer University Osijek, Croatia dduic@pravos.hr). She is Assistant Professor at Chair of European law. She finished Faculty of law in Osijek in 2008. Professional orientation towards EU law derives from Postgraduate Mater of Advance studies in European and Comparative Law at Faculty of Law Gent, Belgium (2008/ 2009); LL.M and Post-Graduate Study of European Law at the Faculty of Law, University of Zagreb, Croatia (2009/ 2014); PhD. In 2014, she defended doctoral thesis "Legal Aspects of the EU's Common Foreign and Security Policy with a Special Emphasis on the Issue of Coherence" at Faculty of Law, University of Zagreb. Main professional interests include EU Law, External relations of EU, EU institutions and comparative politics. She is teaching EU law at the Integrated Undergraduate and Graduate University Studies and Specialist Graduate Studies in Public Administration. She is also working as a Secretary of Postgraduate Specialist Studies Management of Local and Regional Self-government Development at the Faculty of Law in Osijek where she coordinates the whole program of this postgraduate specialist studies and she is academic Erasmus coordinator. She is a team member of the Jean Monnet Chair in EU Procedural law. In 2015, she was Erasmus visiting professor at University of Zaragoza in Spain and at University in Linz (Austria).

Francisco Lisboa Rodrigues

Procurador do Município de Fortaleza. Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UNIFOR. Pós-Doutorando pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor de Direito Constitucional da FAC e de Direito Processual Constitucional da FANOR.

Jânio Pereira da Cunha

Professor Auxiliar N3 do Curso de Direito (Graduação) da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professor do Curso de Direito do Cen-

tro Universitário Christus (Unichristus). Professor do Curso de Direito da Faculdade Luciano Feijão. Doutor e Mestre em Direito Constitucional. Tem experiência na área de Direito Público, atuando principalmente nos seguintes temas: Jurisdição Constitucional, Democracia, Ciência Política, Estado democrático de Direito, Direito Parlamentar e Direito Eleitoral.

Jeferson Antônio Fernandes Bacelar

Professor-Coordenador do Curso de Direito da Universidade da Amazônia (UNAMA/Grupo Ser). Diretor-Geral da Escola Superior de Advocacia (ESA). Mestre em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA). Doutorando em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA).

Leilane Serratine Grubba

Doutora em Direito (UFSC) e Mestre em Direito (UFSC), a autora é professora titular do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Faculdade Meridional (IMED), professora dos Cursos de Direito da Faculdade Meridional (IMED) e Faculdade CESUSC. A autora também é pesquisadora da Fundação Meridional e pesquisadora dos Projetos de Pesquisa Fundamentos e Dimensões dos Direitos Humanos (Fundação Meridional) e Núcleo de Estudos Conhecer Direito (UFSC e CNPQ).

Leonel Severo Rocha

Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria (1979), Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1982), Doutorado pela Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales de Paris (1989) e Pós-Doutorado em Sociologia do Direito pela Università degli Studi di Lecce. Atualmente é Professor Titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos e Coordenador Executivo do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado, Capes 6), bem como é Professor do curso de Mestrado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai (URI), estabelecendo Convênio PRO-CAD. Membro pesquisador do CNPq. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria Geral do Direito, trabalhando principalmente os seguintes temas: Teoria dos Sistemas Sociais e Teoria do Direito.

Lívia Maria Santana e Sant'Anna Vaz

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

Luiz Dias Martins Filho

Doutor em Direito Tributário da PUC-SP; Mestre em Direito Tributário e Comércio Internacional pela Universidade de Cambridge; Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará; Professor do Curso de Direito da Faculdade Sete de Setembro; Procurador da Fazenda Nacional.

Márcio Ricardo Staffen

Doutor em Direito Público pela Università degli Studi di Perugia (Itália). Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Pesquisador do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – IMED, Passo Fundo/RS. Professor Honorário da Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidad Inca Garcilaso de la Vega (Peru). Advogado (OAB/SC). Email: marcio.staffen@imed.edu.br

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima

Doutor em Direito pela Universidade de Frankfurt. Professor Titular da Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e Procurador do Município de Fortaleza.

Newton de Menezes Albuquerque

Professor do Mestrado/Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD da Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).

Paulo Sérgio Weyl Albuquerque Costa

Doutor pela PUC- RJ e professor adjunto do curso de direito da Universidade Federal do Pará.

Ricardo Augusto Dias da Silva

Professor do Curso de Direito da Universidade da Amazônia (UNAMA/ Grupo Ser). Mestre em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA). Doutorando em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas dos Municípios no Estado do Pará.

Ricardo Araújo Dib Taxi

Mestre e doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará, atualmente em doutorado sanduíche na Birkbeck College – University of London, financiado pelo programa de doutorado sanduíche da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Capes.

Silvana Paula Martins de Melo

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

Sheila Marione Uhlmann Willani

Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Mestre em Direito pela University of Rhode Island (URI). Doutoranda em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mediadora e pesquisadora em Tratamento de Conflitos e Direito. Bolsista Capes.

As várias facetas da revolução copernicana do direito público

À guisa de prefácio

Por Lenio Luiz Streck

A riqueza do Constitucionalismo Contemporâneo pode ser vista sob os mais variados aspectos. O mais importante de todos é o elevado grau de autonomia do direito que pode ser vislumbrado nos diversos textos constitucionais do segundo pós-guerra, como da Alemanha, Espanha, Portugal e Brasil, para falar apenas destes países. Nessas Constituições podemos ver uma *eudaimonia*, traduzida pelo ideal de vida boa da qual falavam os gregos. Os direitos e garantias colocados nos textos constitucionais representam o que contemporaneamente, a partir de Habermas, podemos chamar de co-originariedade entre direito e moral. Na esfera pública, discutimos e decidimos transpor para a lei o ideal de vida boa. Sim, Constituição é lei; é norma. Portanto, é um dever-ser. Eis, aqui, os conceitos de Constituição normativa (Ferrajoli), força normativa da Constituição (Hesse), Constituição Dirigente (Gomes Canotilho) e de revolução copernicana do direito público, expressão cunhada pelo constitucionalista Jorge Miranda para demonstrar toda essa carga principiológica-normativa das Constituições que fazem parte do conceito de Constitucionalismo Contemporâneo. Nesse contexto representado por todos esses autores e teorias, a democracia, formal e substancial, passa a dever contas, a todo o momento, ao direito. E esse direito está recheado de possibilidades transformadoras.

Pois um dos mais importantes constitucionalistas da tradição continental – e que de forma tão feliz traduziu esse novo paradigma com o epíteto de “revolução copernicana” – o professor **Jorge Miranda** é o coordenador de uma obra que traduz as demandas e os anseios dos mais diversos ramos do direito nesta quadra da histórica. Juntamente com os organizadores **Bleine Queiroz Caúla, Frederico Antônio Lima de Oliveira, Júlia Maia de Meneses Coutinho e Valter Moura do Carmo**, o mestre português encabeça uma plêiade de juristas que fazem aquilo que consta no título: um **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**.

Com efeito, é com estes pré-juízos (autênticos, no sentido gadameriano da palavra) que Jorge Miranda e equipe construíram a obra. Eis as grandes ques-

tões: de que modo podemos estabelecer as condições de possibilidade de fazer cumprir o desiderato constitucional que aponta para um conjunto de direitos de terceira e quarta dimensões, em que o direito a um meio ambiente saudável é condição de possibilidade da própria sobrevivência dos cidadãos do mundo? Em que medida os mais diversos ordenamentos constitucionais estão interligados e aptos a gerar um profícuo diálogo no âmbito de uma internacionalização, mormente em um mundo cada vez mais globalizado? Estamos preparados para tributar o “uso dos recursos que são de todos” para, assim, estabelecermos mecanismos de proteção para as gerações futuras? E no plano interno, como está o desenvolvimento dos sistemas de proteção de direitos humanos? A democracia tem futuro? O direito constitucional vem resistindo adequadamente aos predadores exógenos (moral, política e economia)? E como a Constituição vem protegendo a cidadania face aos predadores endógenos (autoritarismo dos setores de segurança, decisionismos dos julgadores e outros fatores que fragilizam o direito infraconstitucional)?

A feliz escolha dos temas pode ser visto pela possibilidade de amplas respostas que os autores pretendem dar aos diversos assuntos que clamam por pesquisas mais aprofundadas. Assim, Carla Amado Gomes discute o modo como a Corte de Justiça da União Europeia encara o princípio do poluidor-pagador; Ana Paula Araújo de Holanda e Bleine Queiroz Caúla mostram sua preocupação com a educação jurídica no que tange ao direito ambiental, a partir de um case da Universidade de Fortaleza; Bleine Caúla volta ao tema da tributação ambiental, agora em coautoria com Ana Barros, discutindo os requisitos de atendimento aos critérios do ICMS ecológico no Estado do Ceará; Leonel Severo Rocha e Sheila Willani recuperam a inovadora tese da mediação em Luis Alberto Warat, tendo como base uma releitura sistêmica daquilo que o mestre argentino chamou de “ecologia do desejo”; no âmbito constitucional, Francisco Rodrigues demonstra as possibilidades de mutação constitucional; Jânio Pereira da Cunha; Júlia Maia de Meneses Coutinho e Newton de Menezes Albuquerque colocam o dedo na ferida da formação patriarcal do Brasil, com uma crítica ao coronelismo; Julia Coutinho, agora em coautoria com Silvana Paula Martins de Melo, volta à discussão da democracia e suas condições em um país de práticas patrimonialistas, em um diálogo entre Rousseau e o Abade Sieyés para debater a obrigação do voto; Frederico Antônio Lima de Oliveira, Jeferson Antônio Fernandes Bacelar e Ricardo Augusto Dias da Silva debatem importante tema acerca das garantias processuais-constitucionais em país como o Brasil, mostrando a complexidade da produção da prova; se a Constituição estabelece que o Brasil é um país que visa a erradicação da pobreza e fazer justiça social, Luiz Dias Martins Filho, Daniel Rocha Chaves e Valter Moura do Carmo mostram a necessidade de se usar a

tributação como fator de redução das desigualdades, problemática que encontra solo firme no texto constitucional, mas ainda sem a devida efetividade no plano do débil federalismo brasileiro; Dunja Duic apresenta importante discussão acerca da estrutura legislativa da política externa da União Européia; Martonio Mont'Alverne Barreto Lima narra a história da energia nuclear brasileira e sua importância para a segurança e o desenvolvimento nacionais; em tempos de atentados terroristas e migrações, Lívia Maria Santana Vaz nos brinda com a temática do direito à indiferença, tendo como mote a (in)tolerância religiosa; Paulo Weyl e Ricardo Dib Taxi fazem uma leitura hermenêutica da importância da recuperação do conceito de prudência, em tempos de combate ao positivismo jurídico; o tema do multiculturalismo é trazido à baila por Frederico Antônio Lima de Oliveira, sendo que o encerramento da obra é feita com o estudo de Alessandro Rahbani Aragão Feijó, que reflete sobre a relação que o Brasil tem com os tratados internacionais de direitos humanos.

Trata-se, pois, de uma obra que reúne, além de importantes professores e profissionais da prática jurídica, um conjunto de temas que transcendem a análise do senso comum teórico e da dogmática jurídica. Uma Constituição estabelece novos contornos em um sistema jurídico; mas uma Constituição compromissória e (ainda) dirigente como a brasileira assume ares rupturais. Some-se a isso a força do direito internacional e teremos uma forte munição para a implementação dos direitos humano-fundamentais. Essa circunstância, é evidente, acarreta lutas teóricas no campo da doutrina e da jurisprudência acerca das condições da implantação desse novo paradigma. Costuma-se dizer que crise é quando o velho não morre e o novo não nasce. E esse é o espaço da criação. O velho sempre resiste; são as tentações de ficarmos acomodados. Por isso, a obra comandada pelo *Professor Jorge Miranda* e organizada por **Bleine Queiroz Caúla, Frederico Antônio Lima de Oliveira, Júlia Maia de Meneses Coutinho e Valter Moura do Carmo** se torna tão importante, porque buscou guardar um eixo temático acerca dos diversos temas, resistindo – aqui a palavra no sentido positivo – à tentação da fragmentação.

Por todas essas razões, trata-se de um livro que não pode faltar nas bibliotecas daqueles que desejam aprofundar-se nesses diálogos entre o direito constitucional, o ambiental e o internacional. Boa leitura!

Da Dacha de São José do Herval,
nas montanhas do Rio Grande do Sul,
quando o inverno invade a primavera
extemporaneamente, para as belas
cidades de Lisboa e Fortaleza.

Apresentação

A Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e o Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL), promotores do Seminário *Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional*, sentem-se honrados com a publicação do volume 4.

O Seminário *Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional* é realizado no Brasil e em Portugal, tendo a primeira edição internacional ocorrido em outubro de 2014, momento em que a edição impressa, publicada pela Editora Lumen, Juris foi lançada na FDUL.

A obra compila os artigos dos palestrantes que intervieram no VI *Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional*, dias 14 e 15 de abril de 2015, na Universidade da Amazônia/Grupo Ser, Instituição de Ensino Superior que inaugurou a parceria nacional na realização de uma edição do Seminário. Agradecemos aos professores *Jeferson Antônio Fernandes Bacelar*, Coordenador-Geral do Curso de Direito, pela direção do trabalho logístico; e *Frederico Antônio Lima de Oliveira*, pelo inestimável apoio à publicação do vol 4 na versão impressa.

Instituições públicas e privadas como a Universidade de Fortaleza (UNIFOR), o Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL), a Coordenação de Apoio de Pessoal de Nível Superior (Capes) e a Editora Lumen Juris fomentam a realização e a publicação dos anais. O Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP) da FDUL promove a publicação digital internacional, de modo a amplificar o acesso aos anais.

O VIII *Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional* renova a parceria nacional com a Escola Superior da Magistratura Tocantinense, sob a regência do Desembargador Marco Villas Boas, com realização nos dias 06 e 07 de junho de 2016.

Lisboa, 13 de agosto de 2016.

Jorge Miranda

Presidente de Honra
ICJP-FDUL

Bleine Queiroz Caúla

Coordenadora Geral
UNIFOR

Sumário

Diálogo AMBIENTAL

O PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR E A RESPONSABILIDADE POR DANO ECOLÓGICO: RECENTES POSICIONAMENTOS DA CORTE DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

Carla Amado Gomes

(pag. 20) ►

EDUCAÇÃO EM DIREITO NO BRASIL: CASE DO DIREITO AMBIENTAL NA UNIFOR

Ana Paula Araújo de Holanda / Bleine Queiroz Caúla

(pag. 35) ►

TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL E O PRINCÍPIO DO PROTETOR-RECEBEDOR POSTO EM PRÁTICA: REQUISITOS DE ATENDIMENTO AOS CRITÉRIOS DO ICMS ECOLÓGICO NO ESTADO DO CEARÁ

Ana Barros / Bleine Queiroz Caúla

(pag. 49) ►

TRANSPLANTES LEGAIS: O CASO DAS ÁREAS PROTEGIDAS BRASILEIRAS

André Olavo Leite

(pag. 64) ►

Diálogo CONSTITUCIONAL

MEDIAÇÃO EM WARAT: RELEITURA SISTÊMICA DA ECOLOGIA DO DESEJO

Leonel Severo Rocha / Sheila Willani

(pag. 91) ►

MUTAÇÃO POR CONSTRUÇÃO CONSTITUCIONAL

Francisco Lisboa Rodrigues

(pag. 102) ►

CORONELISMO: UM SISTEMA DE COMPROMISSO

*Jânio Pereira da Cunha / Júlia Maia de Meneses Coutinho /
Newton de Menezes Albuquerque*

(pag. 115) ►

**SUFRÁGIO-DIREITO E SUFRÁGIO-FUNÇÃO: DIÁLOGO ENTRE ROUSSEAU E
SIEYÈS PARA DEBATER O VOTO COMO DIREITO OU OBRIGAÇÃO**

Júlia Maia de Meneses Coutinho / Silvana Paula Martins de Melo

(pag. 126) ►

**DEVIDO PROCESSO LEGAL E SUA FUNDAMENTALIDADE NA PRODUÇÃO
DA PROVA PROCESSUAL**

*Frederico Antônio Lima de Oliveira / Jeferson Antônio Fernandes Bacelar
/ Ricardo Augusto Dias da Silva*

(pag. 141) ►

A SOLIDARIEDADE SOCIAL E O EFEITO REDISTRIBUTIVO DA TRIBUTAÇÃO

Luiz Dias Martins Filho / Daniel Rocha Chaves / Valter Moura do Carmo

(pag. 150) ►

*Diálogo INTERNACIONAL***LEGISLATIVE STRUCTURE OF THE EU FOREIGN POLICY: EVALUATION,
CHALLENGES AND PROPOSALS**

Dunja Duić

(pag. 163) ►

**ENERGIA NUCLEAR – HISTÓRIA, SEGURANÇA E DIREITO AO
DESENVOLVIMENTO**

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima

(pag. 175) ►

**DIREITO À DIFERENÇA: LIBERDADE DE IMPRENSA E (IN)TOLERÂNCIA
RELIGIOSA**

Lívia Maria Santana e Sant'Anna Vaz

(pag. 192) ►

PRUDÊNCIA E DIREITOS HUMANOS*Paulo Sérgio Weyl Albuquerque Costa / Ricardo Araújo Dib Taxi*

(pag. 211) ►

**DIREITOS HUMANOS, PLURALISMO JURÍDICO E MULTICULTURALISMO:
UMA RELAÇÃO IMPORTANTE À EMANCIPAÇÃO SOCIAL***Frederico Antônio Lima de Oliveira*

(pag. 225) ►

O BRASIL E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITO HUMANOS*Alexsandro Rahbani Aragão Feijó*

(pag. 231) ►

DIREITO GLOBAL: HUMANISMO E DIREITOS HUMANOS*Márcio Ricardo Staffen*

(pag. 245) ►

ENSINO PARA OS DIREITOS HUMANOS*Leilane Serratine Grubba*(pag. 268) ►

Diálogo AMBIENTAL



O Princípio do poluidor-pagador e a responsabilidade or dano ecológico: recentes posicionamentos da Corte de Justiça da União Europeia

Carla Amado Gomes

1. O PRINCÍPIO DO “POLUIDOR-PAGADOR” (PPP): BREVE HISTÓRICO

A primeira menção ao princípio pode ser encontrada no Anexo da Recomendação C(72), 128, do Conselho da OCDE, de 26 de Maio de 1972, sobre os *Princípios Orientadores dos aspectos económicos internacionais de políticas ambientais*¹, onde se definiu como um princípio a ser utilizado para alocar os custos de prevenção da poluição e medidas de controle para incentivar o uso racional dos recursos ambientais escassos e evitar distorções no comércio internacional e investimento.

A OCDE sublinhava então a necessidade de remoção de subsídios que impedissem os poluidores de suportar os custos da poluição por eles causada, apresentando a solução da internalização dessas despesas nos preços de bens e serviços. A OCDE enfatizava que o PPP não equivale a responsabilização no plano do direito da responsabilidade civil — nomeadamente, independe de uma causalidade estrita.

1 No original:

“Guiding Principles

a) Cost Allocation: the Polluter-Pays Principle

2. Environmental resources are in general limited and their use in production and consumption activities may lead to their deterioration. When the cost of this deterioration is not adequately taken into account in the price system, the market fails to reflect the scarcity of such resources both at the national and international levels. Public measures are thus necessary to reduce pollution and to reach a better allocation of resources by ensuring that prices of goods depending on the quality and/or quantity of environmental resources reflect more closely their relative scarcity and that economic agents concerned react accordingly.

3. In many circumstances, in order to ensure that the environment is in an acceptable state, the reduction of pollution beyond a certain level will not be practical or even necessary in view of the costs involved.

4. The principle to be used for allocating costs of pollution prevention and control measures to encourage rational use of scarce environmental resources and to avoid distortions in international trade and investment is the so-called “Polluter-Pays Principle”. This principle means that the polluter should bear the expenses of carrying out the above-mentioned measures decided by public authorities to ensure that the environment is in an acceptable state. In other words, the cost of these measures should be reflected in the cost of goods and services which cause pollution in production and/or consumption. Such measures should not be accompanied by subsidies that would create significant distortions in international trade and investment.

5. This Principle should be an objective of Member countries; however, there may be exceptions or special arrangements, particularly for the transitional periods, provided that they do not lead to significant distortions in international trade and investment”.

O PPP foi-se impondo, em documentos nacionais e internacionais², e veio a ter repercussão mais ampla através da consagração na Declaração do Rio de Janeiro (1992), no princípio 16:

As autoridades nacionais devem esforçar-se para promover a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, levando em conta a abordagem de que o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição, tendo em devida conta o interesse público e sem distorcer o comércio internacional e investimento.

O PPP constitui, assim, um dos princípios emergentes da primeira vaga, na década de '1970 (embora não conste da Declaração de Estocolmo), induzido pela consciencialização de que os recursos são finitos e devem ser geridos adequadamente, numa perspectiva de aproveitamento duradouro e equitativo. O ambiente é uma grandeza metaindividual, individualmente inapropriável, que todos devem poder usar com qualidade e da qual ninguém deve abusar. Para tanto, uma das suas linhas de força passa por fazer pagar quem mais desgasta recursos comuns — e com isso lucra individualizadamente —, ou quem desgasta bens especialmente frágeis — a favor da preservação do ambiente. Deixar esse sobreuso sem uma contrapartida a favor da colectividade traduz um autêntico enriquecimento sem causa do operador³.

Trata-se de um princípio de concretização multifacetada. A internalização de externalidades negativas, nomeadamente da poluição produzida por grandes empresas, constitui o exemplo paradigmático do PPP: a poluição produzida passa a poder ser onerada através de um imposto ecológico. Outro exemplo ilustrativo traduz-se na exigência, ao produtor, de tomar a seu cargo as operações de reutilização, reciclagem ou destruição dos resíduos em que as suas mercadorias se transformam, quando estas operações se tornem necessárias à não permanência do resíduo no meio ambiente.

O PPP não está explicitamente presente na Constituição brasileira de 1988 (CF). O artigo 225º, §2º, da Lei Básica, quando muito, alude a uma concretização possível do PPP no âmbito da actividade de mineração, formulação essa, todavia, que mais se aproxima da responsabilidade por dano ecológico actuável na fase do desmantelamento da mina do que de um princípio de oneração do operador pelo desgaste provocado pelo funcionamento daquela. Atente-se na letra do dispositivo citado: "Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei".

2 O PPP foi reafirmado em 1974, na Recomendação da OCDE de 14 de Novembro, e incluído no 1º Programa de Acção em matéria de Ambiente da Comunidade Económica Europeia (1973/1976). Para mais desenvolvimentos no ordenamento da União Europeia, ver infra no texto — 4..

3 Nas palavras de Paulo Affonso LEME MACHADO (Direito Ambiental Brasileiro, 22ª ed., São Paulo, 2014, p. 91), "O uso gratuito dos recursos anturais tem representado um enriquecimento ilegítimo do usuário, pois a comunidade que não usa do recurso ou que o utiliza em menor escala fica onerada".

Segundo alguns autores, o PPP estará, em contrapartida, sediado no artigo 4º, inciso VII, da Lei 6.938/81, de 31 de Agosto – voltaremos a este ponto *infra* no texto – **2. c)**.

Tão pouco encontramos o PPP inscrito na Constituição portuguesa (no artigo 66º). Mas o princípio surge proclamado na Lei de Bases do Ambiente (Lei 19/2014, de 14 de Abril), no artigo 3º, numa definição não feliz porquanto, por um lado, mistura correcção na fonte (assumir custos da actividade poluente) com PPP (medidas internas de prevenção) e, por outro lado, é curta, uma vez que resume o PPP a uma dimensão interna, quando o princípio pode traduzir-se em imposições externas (v.g., imposto ecológico):

d) Do poluidor-pagador, que obriga o responsável pela poluição a assumir os custos tanto da actividade poluente como da introdução de medidas internas de prevenção e controle necessárias para combater as ameaças e agressões ao ambiente;

Esta “miscigenação” – e subsequente errância do PPP – prende-se, de uma banda, com a sua abertura a uma dimensão de *responsabilidade alargada do produtor (extended producer responsibility)*⁴, apontando para uma das concretizações possíveis, de internalização de custos de reciclagem e destruição dos produtos, encargo que passaria dos Governos para os produtores – no fundo, uma ideia de produção consciente do ciclo de vida do produto. Por outro lado, no entanto e mais questionavelmente, o PPP absorveria não só uma dimensão puramente preventiva, de correcção na fonte [que se prende com a evitação ou minimização de impactos e não (apenas) com a oneração da sua inevitável produção, que lhe deve crescer], como ainda agregaria uma dimensão ressarcitória, sobrepondo-se ao princípio da responsabilização (civil) por danos ao ambiente e dependendo, assim, não só da produção de um dano como da verificação dos parâmetros de causalidade a que o instituto da responsabilidade civil está adstrito.

Aproximemo-nos um pouco mais do PPP e dos equívocos gerados em seu torno.

2. PPP: ESCLARECIMENTOS, DESDOBRAMENTOS E DIFERENÇAS

A definição de partida, contida na Recomendação da OCED de 1972, supracitada, traduz o PPP como um princípio que onera o poluidor com o custo do desgaste ecológico que a sua actividade provoca. A evolução conteudística

⁴ Cfr. Chris Van ROSSEM, Naoko TOJO e Thomas LINDHQUIST, EPR – An examination of its impact on innovation and greening products, Report commissioned by Greenpeace international, Friends of the Earth Europe and the European Environmental Bureau (eeb), 2006, disponível em <http://www.greenpeace.org/international/pagefiles/24472/epr.pdf>

ca do princípio tem-o dilatado, porventura desmesuradamente — e desnecessariamente. De um princípio que começa por se identificar, no plano ambiental, com a lógica de justa repartição dos encargos públicos⁵, passámos para um princípio que absorve a prevenção, a correcção na fonte, a responsabilidade... numa vertigem de descaracterização. Passemos a alguns esclarecimentos.

2.1 PPP e responsabilidade

Do nosso ponto de vista, PPP e responsabilidade diferenciam-se radicalmente:

- em razão do *objecto*: o PPP diz respeito ao impacto, a responsabilidade prende-se com o dano⁶;

- em razão do *momento* de operacionalização: o PPP actua com base numa estimativa de poluição, de desgaste do meio; a responsabilidade desencadeia-se na sequência de um dano, que pode traduzir poluição excessiva ou outra causa;

- em razão do *fundamento* de aplicação: o PPP deve actuar em função da relação desgaste do meio/utilidade social da actividade/lucro do operador, sendo o cálculo da sua materialização fruto de opções políticas; a responsabilidade assenta na verificação de nexos de causalidade (real ou presumida) facto/dano, sendo o seu apuramento ditado por normas jurídicas.

Assim, a associação entre PPP e responsabilidade é uma opção que não deve ser cultivada.

2.2 PPP e prevenção/correcção na fonte

A extensão, em nossa opinião perversa, do PPP à responsabilidade, não esgota a sua voracidade. Com frequência se vê o PPP “absorver” a prevenção, mais concretamente uma das suas concretizações: a correcção na fonte. Isto acontece porque a obrigação de implementação de medidas de redução de emissões/impactos é vista como uma confirmação de que o poluidor paga.

5 Como já tivemos oportunidade de assinalar em texto anterior — Carla AMADO GOMES, Princípios jurídicos ambientais e protecção da floresta: considerações assumidamente vagas, in RCEJ, n.º 9, 2006, pp. 141 segs (também publicado na Revista do CEDOUA, n.º 17, 2006/1, pp. 51 segs).

6 Num sistema como o português, no qual se encontra uma definição operativa de dano ecológico (alteração adversa significativa mensurável do estado de um bem ecológico — espécies de fauna e flora protegidas e água), no artigo 11.º do DL 147/2008, de 29 de Julho, esta distinção é não só possível como necessária (como forma de delimitação da aplicação do diploma citado. Assim, um impacto será uma alteração, ou adversa e não significativa, ou benéfica, no ambiente.

Porém, de uma banda temos os deveres de contenção de impactos poluentes em níveis toleráveis (nessa parte, estamos no âmbito da prevenção/correção na fonte); de outra banda, temos os deveres de compensação dos impactos (apesar de tais medidas) provocados — que acresce à dimensão puramente preventiva (nessa parte, estamos no âmbito do PPP).

Neutralizar o PPP na correção na fonte significará, em muitos casos, justificar a sua inoperância na fase ulterior, retirando-lhe a vertente redistributiva. Tal leitura constitui, portanto, uma armadilha que importa evitar.

2.3 PPP e usuário-pagador

Uma outra associação comum é aquela que alia PPP e “usuário-pagador”. No entanto, olhando para os ordenamentos brasileiro e português, tais noções são, em rigor, diversas.

Assim, no Brasil, o artigo 4º/VII da Lei 6.938/81, de 31 de Agosto, aponta como um dos objectivos da Política Nacional do Meio Ambiente: a “[...] imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins económicos”.

Esta alínea alude, em nossa opinião, a duas realidades: em primeiro lugar, formula um princípio de responsabilidade (na imposição ao poluidor e predador da obrigação de reparação) e, em segundo lugar, sedia o princípio do usuário-pagador na lógica da fixação de uma contrapartida aos utilizadores de recursos naturais pelo uso de um recurso comum.

Em Portugal, o artigo 3º/e) da Lei de Bases do Ambiente (na sequência da alínea d) *supra* mencionada, que acolhe o PPP), define o utilizador-pagador como segue:

e) Do utilizador-pagador, que obriga o utente de serviços públicos a suportar os custos da utilização dos recursos, assim como da recuperação proporcional dos custos associados à sua disponibilização, visando a respetiva utilização racional;

Em face destas fórmulas, que relação pode estabelecer-se entre PPP e usuário-pagador? Para LEME MACHADO, o usuário-pagador contém o PPP⁷; por nós, esta análise revela-se correcta, considerando que o usuário-pagador é género, e o PPP espécie deste género. Com efeito, a ideia fundamental reside no usuário-pagador — a redistribuição dos ónus ambientais —, constituindo o PPP

⁷ Paulo Affonso LEME MACHADO, Direito Ambiental Brasileiro, cit., p. 91.

uma consequência desta lógica, no que tange ao desgaste consubstanciado em emissões poluentes.

É que, como sublinha ABELHA RODRIGUES (realçado nosso),

Sendo os bens ambientais de natureza difusa e sendo o seu titular a coletividade indeterminada, aquele que usa o bem em prejuízo dos demais titulares passa a ser devedor desse 'empréstimo', além de ser responsável pela sua eventual degradação. É nesse sentido e alcance que deve ser diferenciado do poluidor-pagador.

A expressão é diversa porque **se todo poluidor é um usuário (direto ou indireto) do bem ambiental, nem todo usuário é poluidor**. O primeiro tutela a qualidade do bem ambiental e o segundo a sua quantidade. Na verdade, o usuário-pagador obriga a arcar com os custos do 'empréstimo' ambiental, aquele que beneficia do ambiente (econômica ou moralmente), mesmo que esse uso não cause qualquer degradação. Em havendo degradação, deve arcar também com a respectiva reparação. Nesta última hipótese, diz-se que o usuário foi poluidor⁸.

Por outras palavras, toda a poluição é desgaste, mas nem todo o desgaste constitui poluição. O exemplo da taxa de utilização de recursos hídricos, prevista no artigo 19º da Lei 9.433/97, de 8 de Agosto, é ilustrativo: desgasta-se o recurso "água" através do uso, mas não se causa (forçosamente) deterioração ao mesmo. Outro exemplo é o recreio em áreas protegidas: a frequência destas áreas causa perturbação à fauna e flora aí presente, de características únicas, o que justifica o pagamento de uma taxa de acesso. Foi, de resto, em sede de implantação de empreendimentos em área de conservação, que o Supremo Tribunal Federal brasileiro reconheceu a existência do princípio do usuário-pagador, quando do julgamento da ADI 3.378, de 09 de Abril de 2008, na qual foi questionada a constitucionalidade da previsão legal do artigo 36º, §§ 1º, 2º e 3º, da Lei 9.985/2000º.

Há, portanto, espaço — e utilidade — para um macro princípio do utilizador-pagador, que contém no seu bojo o PPP.

8 Marcelo ABELHA RODRIGUES, *Elementos de Direito Ambiental: Parte Geral*, 2ª ed., São Paulo, 2005, p. 227.

9 Sendo certo que, na nossa visão, o que estava aqui em causa era o princípio da prevenção, no âmbito do instituto da compensação ex ante por danos certos provocados pela implantação de determinados empreendimentos em áreas protegidas. O usuário-pagador envolve desgaste sem poluição, impacto — não dano (afecção significativa, irreversível, de componentes ambientais).

2.4 PPP e cuidador-recebedor

O princípio do “cuidador-recebedor” parte do inverso do PPP: quem promove a qualidade dos recursos ambientais acima de um nível médio, pode ser premiado por isso. Trata-se do princípio que justifica a figura do pagamento por serviços ambientais¹⁰, com traduções tão diversas como o plantio de áreas florestais, a manutenção de área de reserva legal superior à mínima ou a não utilização de mais do que um percentual de água na nascente de um rio nas montanhas para que populações do vale possam beneficiar-se também deste recurso natural.

Cabe aqui mencionar o disposto nos artigos 47º e 48º da Lei Federal 9.985/2000 (que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação)¹¹, que prevêem o pagamento por serviços ecossistêmicos prestados por unidades de conservação, bem assim como o teor do artigo 33º da Lei Federal 11.428/2006 (que regula a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica)¹², nos termos do qual o poder público fica autorizado a utilizar instrumentos de incentivos econômicos para estimular a proteção e o uso sustentável do Bioma Mata Atlântica, sem prejuízo das obrigações estabelecidas na legislação ambiental.

No plano internacional, a ideia do cuidador-recebedor está na base do programa REDD (*Reducing Emissions from Deforestation and forest degradation*

10 Sobre o pagamento de serviços ambientais, vejam-se os contributos reunidos no livro digital *Compensação ecológica, serviços ambientais e proteção da biodiversidade*, coord. de Carla Amado Gomes, ICJP, Lisboa, 2014, disponível em: <<http://www.icjp.pt/publicacoes/1/4424>>; Luciane MARTINS DE ARAÚJO, *The payment for environmental services to reduce the deforestation in tropical countries*, 2012, disponível em: <<http://www.ecpr.eu/Filestore/PaperProposal/ecb7f919-ef06-41fc-a9b0-db36cf80064f.pdf>>; Carolina MERIDA, *O pagamento por serviços ambientais como instrumento de efetividade do desenvolvimento sustentável em Rio Verde, Goiás*, 2014, disponível em: <http://tede.biblioteca.ucg.br/tde_arquivos/24/TDE-2014-10-27T114925Z-1716/Publico/CAROLINA%20MERIDA.pdf>

11 Que rezam como segue:

“Artigo 47º - O órgão ou empresa, público ou privado, responsável pelo abastecimento de água ou que faça uso de recursos hídricos, beneficiário da proteção proporcionada por uma unidade de conservação, deve contribuir financeiramente para a proteção e implementação da unidade, de acordo com o disposto em regulamentação específica.

Artigo 48º - O órgão ou empresa, público ou privado, responsável pela geração e distribuição de energia elétrica, beneficiário da proteção oferecida por uma unidade de conservação, deve contribuir financeiramente para a proteção e implementação da unidade, de acordo com o disposto em regulamentação específica”.

12 Que se transcreve:

“Artigo 33º - O poder público, sem prejuízo das obrigações dos proprietários e posseiros estabelecidas na legislação ambiental, estimulará, com incentivos econômicos, a proteção e o uso sustentável do Bioma Mata Atlântica.

§ 1º Na regulamentação dos incentivos econômicos ambientais, serão observadas as seguintes características da área beneficiada:

I - a importância e representatividade ambientais do ecossistema e da gleba;

II - a existência de espécies da fauna e flora ameaçadas de extinção;

III - a relevância dos recursos hídricos;

IV - o valor paisagístico, estético e turístico;

V - o respeito às obrigações impostas pela legislação ambiental;

VI - a capacidade de uso real e sua produtividade atual”.

in Developing countries)¹³ e, no âmbito da União Europeia, pode vir a tornar-se um dos pilares dos “mercados da biodiversidade”¹⁴.

3. EQUÍVOCOS E INTERROGAÇÕES EM TORNO DO PPP

O PPP tem gerado alguns equívocos, que passaremos a tentar desfazer.

3.1 Pagar para poluir ou pagar por poluir?

É muito comum ouvir e ler que o PPP é um princípio que legitima a poluição, autorizando o produtor/industrial a poluir, desde que pagando um “preço”. Não é assim, todavia, que o PPP há-de ser lido: paga-se em razão do que se polui — e no estágio actual, alguma poluição é inevitável —, mas não se deve poluir acima de um determinado limite (fixado nas licenças de emissão), sob pena de sanção, administrativa e eventualmente penal (e responsabilidade civil, em caso de dano).

3.2 Quem paga?

A lógica do PPP, como se viu, é que o produtor (de poluição) seja onerado em função do desgaste que provoca, quer através de impostos, quer através de medidas de reciclagem/destruição dos produtos, no final do seu ciclo de vida. A questão que se coloca é a de saber se o consumidor também pode ser alvo de concretizações do PPP, numa lógica de consumo responsável¹⁵.

Para ARAGÃO, “**o-poluidor-que-deve-pagar é** aquele que tem poder de controlo sobre as condições que levam à ocorrência da poluição, podendo, portanto, preveni-las ou tomar precauções para evitar que ocorram”¹⁶, o que redundaria, na esmagadora maioria dos casos, na oneração apenas do produtor. Mas, em nossa opinião, não é de descartar que o consumidor possa pagar

13 A página do programa REDD é acessível em: <<http://www.un-redd.org/>>

14 Cfr. Carla AMADO GOMES e Luís BATISTA, **A biodiversidade à mercê dos Mercados? Reflexões sobre compensação ecológica e mercados de Biodiversidade**, in *Compensação ecológica, serviços ambientais e protecção da biodiversidade*, cit., pp. 32 segs.

15 Sobre este tópico, veja-se, Carla AMADO GOMES, Consumo sustentável: ter ou ser, eis a questão..., in *Revista do Ministério Público*, nº 136, 2013, pp. 29 segs.

16 Alexandra ARAGÃO, O princípio do poluidor pagador. Pedra angular da política comunitária do ambiente (1997), *Série Direito Ambiental para o Século XXI*, coord. José Rubens Morato Leite e António Herman Benjamin, edição digital do Instituto Planeta verde, 2014, p. 132.

uma taxa, ainda que de valor simbólico, caso opte por consumir produtos mais “desgastantes” tendo opções mais amigas do ambiente¹⁷.

3.3 Qual o destino das importâncias pagas?

Este é um (talvez mesmo o) ponto fulcral do PPP cuja resposta, em nossa opinião, pode autenticá-lo ou defraudá-lo. O destino das verbas arrecadadas a título de tributação da poluição — quando esse for o modelo adoptado, porque não é nem a única concretização possível, nem uma concretização indispensável — deve ser afecto a finalidades de promoção da qualidade do ambiente e não reconduzido ao “saco indiscriminado” do Orçamento do Estado, que serve múltiplos propósitos, muitos deles de duvidosa valia para a preservação do ambiente (v.g., construção de infraestruturas que implicam destruição de componentes ambientais, apoio a políticas antagónicas dos objectivos de protecção ambiental).

Ressalte-se, dadas as diferentes situações em que a aplicação do PPP pode suscitar-se, que podemos estar a pensar num Fundo gerido nacionalmente, ou num Fundo de gestão mais localizada, em razão do raio geográfico de incidência das emissões poluentes — v.g., poluição de um efluente que serve uma localidade; de um solo que suporta uma colectividade. Nestes casos, a importância pode ser atribuída à colectividade, a título de compensação pelo desgaste continuado, pela degradação das condições de bem estar, pelo dano moral ambiental, enfim. Estas situações causam, no entanto, inquietações jurídicas várias, como a eleição de critérios do que é compensável (qual a intensidade do impacto necessária? Como aferi-la?), a natureza desta compensação (tributária? reparatória? outra?) e até a utilidade ambiental da mesma (pode gerar acomodação e menor engajamento cívico na luta por “melhor qualidade ambiental”).

Refira-se ainda que, quando o PPP se traduz em operações de reciclagem, o custo pode ser suportado directamente pelo produtor ou pela estrutura a quem este contrata o serviço.

3.4 Em que se pode traduzir o pagamento?

As soluções variam muito, mas duas opções clássicas sempre serão o pagamento de operações de reutilização, descarte e destruição, pelo poluidor/ produtor ou por terceiros a quem subcontrate o serviço e o imposto ecológico,

¹⁷ A relação entre aplicação do PPP e oneração do consumidor é tão nítida que Paulo Affonso LEME MACHADO, *Direito Ambiental Brasileiro*, cit., p. 92, utiliza as expressões poluidor-pagador e predador-pagador como sinónimas.

desde que as verbas sejam afectas a fins de promoção da qualidade do ecossistema.

Conforme tivemos oportunidade de frisar *supra* [2. b)], pagar pelo desgaste e pelas medidas de reutilização do produto não deve absorver a obrigação de correcção na fonte, de implementar medidas de mitigação, na medida do tecnicamente possível, da poluição inevitavelmente gerada. Uma coisa é retribuir à colectividade o impacto gerado, no plano da degradação de um componente ambiental natural, por uma actividade que gera lucro a favor do seu titular (isso é PPP), outra coisa, bem diferente, é a obrigação que, no Estado Ambiental, todos temos (embora, dependendo da actividade que se desenvolva, uns mais do que outros) de reduzir ao mínimo o impacto que causamos no ambiente (prevenção na dimensão de correcção na fonte).

3.5 Como se calcula quanto paga?

Esta questão só releva, em princípio, para o cálculo do imposto ecológico, quando ele for opção política [veja-se, no entanto, os limites que a Corte de Justiça da União Europeia considera atendíveis no cálculo das despesas com descontaminação de terras impostas a quem não foi o directo responsável pela degradação — *infra*, 4.1. ii)].

O pagamento há-de levar em conta o impacto da actividade do ambiente, mas também o seu “lucro” – que acaba por ter que ser uma média ponderada entre o benefício produzido pela actividade económica em causa para a sociedade e o seu prejuízo para um bem colectivo que é o ambiente. Aceitando que esta é uma matéria da competência dos economistas, sempre arriscaríamos avançar que uma fórmula de cálculo admissível pode passar pela oneração do poluidor em razão do seu lucro declarado, através de uma estimativa assente no seu lucro anual nos últimos cinco anos.

4. O PPP NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA, EM ESPECIAL NA DIRECTIVA DA RESPONSABILIDADE POR DANO ECOLÓGICO

Como vimos, o PPP é importado para o ordenamento da União Europeia em 1975, através de uma Recomendação do Conselho das Comunidades Europeias, de 3 de março, sobre imputação de custos e intervenção dos poderes públicos na protecção do ambiente. No plano dos actos normativos, o primeiro registo encontra-se na Directiva-quadro dos resíduos, Directiva 75/444/CEE,

de 15 de julho, cujo artigo 11 refere expressamente o PPP, prescrevendo que o custo da eliminação do resíduo¹⁸ recai sobre o detentor ou o produtor.

Com a primeira revisão do Tratado da Comunidade Económica Europeia através do Acto Único Europeu, em 1986/87, a política de ambiente entra para o Direito Constitucional da Comunidade Europeia, nos então artigos 130R/S/T – actuais 191, 192 e 193 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). E o PPP passa a constar do elenco de princípios estruturantes da política de ambiente da União Europeia, sediado, hoje, no nº 2 do artigo 191 do TFUE:

A política da União no domínio do ambiente terá por objectivo atingir um nível de protecção elevado, tendo em conta a diversidade das situações existentes nas diferentes regiões da União. Basear-se-á nos princípios da precaução e da acção preventiva, da correcção, prioritariamente na fonte, dos danos causados ao ambiente e do poluidor-pagador.

Depois de ter feito a sua aparição primordial em sede de política dos resíduos, o PPP volta a ser invocado – na lógica “expansiva” a que fizemos referência *supra* – na Directiva 2004/35/CE, sobre prevenção e reparação do dano ecológico, da qual constitui, segundo o Preâmbulo, um dos pilares (versão ampliada, preventiva, do PPP). Em bom rigor, por um lado, a lógica de prevenção associada ao diploma filia-o no princípio da prevenção de danos (que impõe ao operador o custeio das medidas de minimização de impactos da actividade) e, por outro lado, a lógica de reparação põe-o sob a alçada do princípio da responsabilidade. A invocação do PPP não é a mais óbvia, mas prende-se com a (errada) absorção deste princípio pelo princípio da prevenção/correcção na fonte.

A Corte de Justiça, todavia, tem feito uma aplicação original do PPP em sede de responsabilidade por contaminação pretérita de solos.

4.1 Em especial, a jurisprudência da Corte de Justiça da União Europeia sobre descontaminação de terrenos [Casos C-379 – 380/08 (2010)]

Os casos jurisprudenciais até agora apresentados à Corte de Justiça da União Europeia que envolveram a aplicação da Directiva da responsabilidade por dano ecológico versaram sobre contaminação de solo¹⁹ – uma das hipó-

18 Equivalendo a noção de resíduo ao produto que já não pode ser explorado nem comercializado sem que previamente se proceda a uma operação de transformação.

19 Há ainda casos que se prendem com atrasos na transposição da Directiva por parte de alguns Estados membros.

teses de "dano ecológico" previstas na Directiva²⁰. Curiosamente, e apesar de, como afirmámos, o PPP nos parecer deslocado num quadro normativo como o da Directiva 2004/35/CE, a Corte apelou ao princípio para determinar a obrigação de descontaminar por dano pretérito.

Cumpramos explicar sumariamente que a Directiva contém uma norma sobre a sua aplicação no tempo, que se transcreve:

Artigo 17

Aplicação temporal

A presente directiva não é aplicável a:

- danos causados por emissões, acontecimentos ou incidentes que tenham ocorrido antes da data referida no nº 1 do artigo 19º [30 de Abril de 2007],
- danos causados por emissões, acontecimentos ou incidentes que tenham ocorrido depois da data referida no nº 1 do artigo 19º [30 de Abril de 2007], quando derivem de uma actividade específica que tenha tido lugar e tenha terminado antes da referida data,
- danos, desde que hajam decorrido mais de 30 anos desde a emissão, acontecimento ou incidente que lhes tenha dado origem".

As questões colocadas traduzem situações de contaminação pretérita acumulada, que se iniciaram, por vezes, décadas antes do início de vigência da Directiva, decorrentes de actividades desenvolvidas por operadores que já se retiraram mas cuja produção foi sucessivamente retomada por outros, que agora são chamados a proceder à descontaminação dos solos com base no quadro normativo da Directiva — nomeadamente, à luz do 2º travessão do artigo 17 citado.

As perguntas que se colocaram foram, até agora e no que tange especificamente à aplicação do PPP, duas:

1. Se um poluidor determinado cessou a actividade antes do início de vigência da Directiva e deixou um lastro de contaminação, tendo a actividade sido (sucessivamente) retomada por outro(s) operador(es), quem é responsável pelas operações de descontaminação?
2. Depois de determinar que um poluidor actual pode ser responsável por poluição pretérita produzida por terceiro, existe um limite quantitativo ao seu dever de reparação? Se sim, qual: o preço comercial do terreno no momento da reparação; o preço do terreno no momento da aquisição; outro?

²⁰ Note-se, no entanto, que o artigo 2/1/c) da Directiva define "danos ao solo" como "qualquer contaminação do solo que crie um risco significativo a saúde humana ser afectada adversamente devido à introdução, directa ou indirecta, no solo ou à sua superfície, de substâncias, preparações, organismos ou microrganismos", ou seja, abrangendo danos que não constituem verdadeiros danos ecológicos.

4.1.1 Casos C-379 – 380/08 (2010)

Nos casos 379-380/08²¹ tratou-se de apurar (no âmbito de um processo de reenvio prejudicial promovido por um tribunal italiano) se a responsabilidade pela poluição descarregada por várias fábricas de produtos químicos na Enseada de Augusta desde o fim da II Guerra Mundial poderia ser imputada a empresas que aí laboram no presente, no mesmo ramo, sendo certo que se trata de entidades jurídica e empresarialmente diversas das que aí se instalaram na década de '1950.

A questão que se colocou, muito concretamente (no que aqui directamente releva), foi a de saber se se pode considerar a actividade poluente ocorrida desde os anos '1950 terminada com o encerramento das instalações que a produziram — e, portanto, fora do alcance da Directiva; ou se, diferentemente, se deve considerar que, materialmente, a actividade poluente não foi descontinuada e que a acumulação, embora propiciada por entidades diversas, a manteve “viva” para efeitos de poder ser abrangida pela Directiva.

A Corte de Justiça, no §34, respondeu que não se deveria considerar cessada a actividade, por se verificar esta continuidade material (realçado nosso):

34. Donde se infere que esta directiva **se aplica aos danos causados por uma emissão, acontecimento ou incidente ocorridos posteriormente a 30 de Abril de 2007**, quando tais danos resultem de actividades desenvolvidas posteriormente ou anteriormente a essa data, **mas não concluídas antes da mesma.**

Ao propor este entendimento, a Corte apelou ao PPP, uma vez que o nexo de causalidade a que deveria obedecer um princípio (puro) de responsabilidade fora interrompido (e mesmo considerando a eventual responsabilidade objectiva, que só cobriria o que a causalidade determinasse ser imputável à empresa em laboração no presente). No fundo, a Corte de Justiça afirma estar a obrigação de descontaminação por poluição pretérita causada por terceiro a cargo da empresa que presentemente actua na Enseada de Augusta por força de uma deverosidade ambiental que identifica a contaminação pretérita com uma espécie de passivo comercial que cumpre ser assumido por quem substitui as empresas que cessaram formalmente actividade.

21 Acórdão da Corte de Justiça de 9 de Março de 2010 — disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd2b80026a2e9748daa56bf61fc28ab8f9.e34Kaxilc3qMb40Rch0SaxuQa310?text=&docid=79750&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=587783>>

4.1.2 Caso C534/13 (2015)

O caso C-534/13²² prende-se com uma situação só aparentemente próxima da anterior. Trata-se novamente de poluição pretérita (produzida entre 1960 e 1980) e de obrigação de descontaminação de terrenos no sítio de interesse nacional de Massa Carrara, em Itália, mas desta feita produzida por empresas químicas com as quais as actividades das empresas actualmente situadas na área não têm qualquer ligação/continuidade (são empresas dos ramos imobiliário, de equipamento electrónico e de construção e reparação de embarcações).

A Corte de Justiça, no âmbito do processo de reenvio prejudicial, alertou desde logo para esse ponto, crucial no que tange à aplicação da Directiva — e ao cabimento da obrigação de descontaminação. Ou seja, em primeiro lugar, cumpre verificar se a actividade poluente se pode considerar “continuada” ou “terminada”, para os efeitos do 2º travessão do artigo 17 acima transcrito.

Se se entender que sim — o que, no caso *sub judice*, é altamente duvidoso —, a Corteadmite, à partida e na sequência da jurisprudência anterior, duas hipóteses:

- a) O proprietário actual, não responsável pela poluição pretérita, tem um dever ilimitado de descontaminar, independentemente da desproporção que tal dever revele em função do preço do terreno;
- b) O proprietário actual, não responsável pela poluição pretérita, tem um dever de descontaminar, suportando o custo da operação, apenas até ao limite do valor de mercado do terreno (solução prevista no Código ambiental italiano).

A Corte sancionou este último entendimento, fazendo interferir na aplicação do PPP um elemento de proporcionalidade e reduzindo a abrangência do objectivo de protecção do ambiente — ou, pelo menos, fazendo-o valer parcialmente enquanto obrigação do operador económico e, no remanescente, devolvendo-o à comunidade/Administração. A protecção do ambiente — neste caso, a sua recuperação para níveis óptimos — não é um valor absoluto, devendo articular-se com outros valores constitucionais, *maxime* o direito de propriedade.

22 Acórdão da Corte de Justiça de 4 de Março de 2015, disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=162668&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=587929>>

REFERÊNCIAS

ABELHA RODRIGUES, Marcelo, **Elementos de Direito Ambiental: Parte Geral**, 2.ed., São Paulo, 2005.

AMADO GOMES, Carla — **Princípios jurídicos ambientais e protecção da floresta: considerações assumidamente vagas**, in *RCEJ*, nº 9, 2006, pp. 141 segs.

AMADO GOMES, Carla. **Consumo sustentável : ter ou ser, eis a questão...**, in *Revista do Ministério Público*, nº 136, 2013, pp. 29 segs.

AMADO GOMES, Carla, e Luís Batista, **A biodiversidade à mercê dos Mercados? Reflexões sobre compensação ecológica e mercados de Biodiversidade**, in *Compensação ecológica, serviços ambientais e protecção da biodiversidade*, coord. de Carla Amado Gomes, ICJP, Lisboa, 2014, pp. 32 segs — disponível em <http://www.icjp.pt/publicacoes/1/4424>.

ARAGÃO, Alexandra, **O princípio do poluidor pagador. Pedra angular da política comunitária do ambiente** (1997), *Série Direito Ambiental para o Século XXI*, coord. José Rubens Morato Leite e António Herman Benjamin, edição digital do Instituto Planeta verde, 2014.

LEME MACHADO, Paulo Affonso, **Direito Ambiental Brasileiro**, 22.ed., São Paulo, 2014.

MARTINS DE ARAÚJO, Luciane, **The payment for environmental services to reduce the deforestation in tropical countries**, 2012, disponível em: <<http://www.ecpr.eu/Filestore/PaperProposal/ecb7f919-ef06-41fc-a9b0-db36cf80064f.pdf>.>

MERIDA, Carolina, **O pagamento por serviços ambientais como instrumento de efetividade do desenvolvimento sustentável em Rio Verde, Goiás**, 2014, disponível em http://tede.biblioteca.ucg.br/tde_arquivos/24/TDE-2014-10-27T114925Z-1716/Publico/CAROLINA%20MERIDA.pdf.

PEIFFERT, Olivier, **La contribution de la Cour de justice de l'Union européenne à la définition du principe du pollueur-payeur**, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2012/1, pp. 53 segs.

SABRAN PONTEVES, Elzear de, **Le principe pollueur-payeur en Droit Communautaire**, in *Revue Européenne de Droit de l'environnement*, 2008/1, 230 segs.

GAINES, Sanford E., **The Polluter-Pays Principle: from economic equity to environmental ethos**, in *Texas International Law Journal*, 1991, pp. 463 segs.

Educação em Direito no Brasil: case do Direito Ambiental na UNIFOR

Ana Paula Araújo de Holanda
Bleine Queiroz Caúla

INTRODUÇÃO

O direito ambiental é um instrumento de construção da cidadania ambiental definida constitucionalmente, portanto, o conteúdo trabalhado deve ser pautado na sensibilização para a formação de um novo operador do direito, permeado essencialmente por uma visão interdisciplinar e humanista.

A compreensão de qual metodologia utilizar no ensino do direito ambiental parte de um levantamento da regulação da educação em Direito no Brasil e seus pontos de convergência. Com isto, queremos afirmar que o conteúdo não pode ser trabalhado isoladamente, como se não houvesse comunicação com as questões transversais que circundam essa área do direito, notadamente, o direito constitucional, internacional, administrativo e de direitos humanos.

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 abordagem teórico-empírica. 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 quatro seções, a iniciar por esta introdução. Em seguida, decorre-se o suporte teórico em dois capítulos que versam sobre breves notas sobre a constitucionalização do ambiente; as escolas de direito e o direito ambiental. Por fim, estabelecem-se últimas considerações sobre o trabalho.

1. BREVES NOTAS SOBRE A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO AMBIENTE

O processo de constitucionalização do direito ambiental nas Constituições modernas, em especial, as decorrentes do período pós 2ª Guerra Mundial e após a criação da ONU, representou um grande avanço e inovou a forma de ver o ambiente e seus limites de exploração e tolerância às atividades humanas.

Com a positivação constitucional desse “novo” direito fundamental, foi estabelecida uma nova categoria de bens: os chamados difusos, que não são particulares, nem públicos, são bens de uso comum do povo. Os sujeitos de direito são representados não só pelas presentes, mas também pelas futuras gerações.

O direito humano a um ambiente ecologicamente equilibrado ainda encontra-se em processo de concretização junto aos tratados internacionais sobre direitos humanos¹, posto não constar, de forma expressa, positivado em seus textos. Entretanto, consta em algumas convenções regionais² e em alguns instrumentos internacionais³ de condão mais programático sobre meio ambiente.

Identifica-se a Constituição Federal de 1988 como eminentemente “ambientalista”, em contraponto ao anteriormente prescrito no âmbito constitucional, cuja matéria “ambiente” fora tratada de forma indireta, sendo a assegurada basicamente por normas infraconstitucionais⁴. A Constituição brasileira não somente atribui uma prerrogativa, mas também uma obrigação ao Poder Público e à coletividade de defender e preservar o meio ambiente⁵.

1 À guisa de exemplo: Declaração Universal dos Direitos Humanos tangencia a matéria. Ressalta-se que seu período (pós-guerra) a sociedade tinha os olhos voltados às questões de liberdade, igualdade e fraternidade, portanto, consta de modo indireto nos Artigos 3º e 25, *in verbis*, respectivamente: "Toda pessoa têm direito à vida [...]"; "Toda pessoa têm o direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família, a saúde e o bem estar [...]". O Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, versa no Art. 12.º 1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir. 2. As medidas que os Estados Partes no presente Pacto tomarem com vista a assegurar o pleno exercício deste direito deverão compreender as medidas necessárias para assegurar: [...] b) O melhoramento de todos os aspectos de higiene do meio ambiente e da higiene industrial; [...].

2 Exemplo: Continente americano - Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) em seu Art. 11 do Protocolo adicional (1988) estabelece, *in verbis*: "toda pessoa têm o direito a viver em um meio ambiente sadio e ter acesso aos serviços públicos, incumbindo aos Estados parte ou dever de promover, proteger e melhorar o meio ambiente".

3 Declaração de Estocolmo, o Princípio 1, *in verbis*: "O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e a desfrutar de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal, que lhe permita ter uma vida digna e gozar de bem estar, e tem a solene obrigação de proteger e melhorar o meio para as presentes e futuras gerações [...]". Declaração de Viscaia – Art. 13, *in verbis*: "O direito ao meio ambiente deverá ser exercido de forma compatível com os demais direitos humanos, incluído o direito ao desenvolvimento".

4 Anteriormente a CF/88, o Brasil primeiro aprovou a exemplo da Lei da Política Nacional de Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981). Portugal seguiu o caminho inverso e primeiro constitucionalizou para, em seguida, aprovar a Lei de Bases do Ambiente – LBA (Lei nº 11/87) revogada por uma nova política do ambiente (Lei nº 19/2014).

5 Cfr. o Art. 225 da CF/88.

Ao interpretar as normas ambientais constitucionais, é necessário aplicar os princípios da Hermenêutica Constitucional, quais sejam, o princípio da unidade da Constituição, da força normativa, do efeito integrador e da máxima efetividade. O direito ambiental, positivado no artigo 225 da Constituição, é, pois, um direito humano fundamental de terceira dimensão, munido de força normativa, essencial para a consolidação de um regime democrático⁶.

É neste contexto que o papel do cidadão é definido como essencial à concretização destes princípios, na medida em que todos – Estado, sociedade e empresas estão vinculados ao dever de preservar e defender o ambiente. Propugna-se ser o direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado um direito-dever fundamental, a democracia é consagrada pelo princípio da participação ativa e interligada ao direito à informação.

No entanto, detectamos uma omissão na previsão constitucional, pois não especifica quais as formas de atuação positiva do cidadão para cumprir sua obrigação constitucional de defender e preservar o meio ambiente. Dito de outra maneira, como o dever pode ser materializado no Estado Democrático de Direito em que pese o supervalor concedido ao direito à liberdade nos diversos matizes.

Observa-se que no caput do artigo 225 da CF/98 existe a obrigação do Poder Público e da coletividade de defender e preservar o meio ambiente, mas só são explicitamente definidas as incumbências do Poder Público; ficam omissas as atividades da coletividade para efetivar tal obrigação. Ao fazer uma interpretação sistematizada desse artigo, no trecho que impõe o dever de defender e preservar, conclui-se que essa obrigação reflete a aplicação do princípio democrático, atribuindo ao cidadão não somente o poder, mas também a obrigação de participar com ações positivas das políticas ambientais. Mas como será materializada? O Estado pode adentrar na vida privada para esse fim? A muralha que protege a família e os lares pode ser violada para uma fiscalização de cunho obrigacional ambiental? A coleta seletiva é apenas um instrumento no oceano de problemas ambientais oriundos das necessidades humanas.

É na execução desse dever constitucional, consubstanciado no princípio da participação no direito ambiental, que se destaca a importância da formação do bacharel em Direito, de forma integral, indo além do profissional, repercutindo na sua postura de cidadão ambientalmente correto. O discente de hoje é o operador futuro das carreiras jurídicas. Uma formação sólida propiciará um operador sob o prisma de uma hermenêutica ambiental.

⁶ Sobre normas programáticas ambientais na Constituição e a força normativa ao nível de possível aplicabilidade imediata, ver 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, 2011, p. 13-74).

2. EDUCAÇÃO EM DIREITO E O DIREITO AMBIENTAL

Um olhar preocupado com o ambiente adquiriu relevância nas últimas décadas do século XX e no nascer do século XXI adquiriu um expressivo relevo nacional e internacional. Consta da agenda dos grandes fóruns mundiais e nacionais de educação. Fato que também incidiu na educação em direito no Brasil.

É perceptível um incremento nos estudos sobre o meio ambiente junto às Escolas de Direito. No entanto, o primeiro normativo regulador dos cursos de Direito no Brasil, após a promulgação da Constituição de 1988 – a Portaria Ministério de Educação – MEC, nº 1.886/1994⁷ – não tratou da temática. Uma abordagem indireta nasce da inserção no Art. 6º, parágrafo único, os *novos direitos* no currículo pleno, como uma opção do Projeto Pedagógico do Curso - PPC, com observância de interdisciplinaridade.

A Resolução do Conselho Nacional de Educação – CNE, nº 09/2004⁸ trouxe avanços no que diz respeito à definição do perfil profissiográfico do egresso, as competências e habilidades desejadas ao novo contexto do ensino do direito, conforme preconiza o referido normativo em seu Art. 3º, *in verbis*:

O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, **humanística** e axiológica, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e **valorização dos fenômenos jurídicos e sociais**, aliada a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício da Ciência do Direito, da prestação da justiça e do **desenvolvimento da cidadania**. (grifo das autoras)

De posse destes princípios elencados expressamente na normativa em tela, vários cursos de Direito no Brasil adotaram o conteúdo do direito ambiental como obrigatório⁹. Entretanto, trata-se de uma adoção em face ao poder

7 Portaria MEC nº 1886, de 30 de dezembro de 1994, do Ministério da Educação. Fixa as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo dos cursos jurídicos. Consta do Art. 6º, *in verbis*: O conteúdo mínimo do curso jurídico, além do estágio, compreenderá as seguintes matérias, que podem estar contidas em uma ou mais disciplinas do currículo pleno de cada curso. I - Fundamentais (Introdução ao Direito, Filosofia geral e jurídica, ética geral e profissional), Sociologia (geral e jurídica), Economia e Ciência Política (com Teoria do Estado), II - Profissionalizante (Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Processual Civil, Direito Processual Penal, Direito do Trabalho, Direito Comercial e Direito Internacional). Parágrafo único. As demais matérias e **novos direitos** serão incluídos nas disciplinas, se desdobrar o currículo pleno de cada curso, de acordo com suas peculiaridades e com observância de interdisciplinaridade. (grifo das autoras). Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20100108-03.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2015.

8 Resolução CNE/CES nº 9, de 29 de setembro de 2004. 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/rces09_04.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2015.

9 Inclusive a IES em que as autoras fazem parte do corpo docente – Universidade de Fortaleza, conta na matriz curricular do Curso de Direito a disciplina direito ambiental como obrigatória por entender o

discricionário de cada IES na escolha de seus conteúdos curriculares e ainda de modo isolado em sua matriz curricular, posto que, na grande maioria dos cursos de Direito, percebe-se que não há comunicação entre os conteúdos que constituem a referida matriz.

O Estado brasileiro entendeu ser indispensável à disseminação de uma política ambiental para a construção da sociedade mais justa e igualitária, cuja efetividade se dá na pasta do Ministério da Educação - MEC - no âmbito da sua competência constitucional de supervisão e regulação do ensino superior de acordo com o artigo 209 e 211 da Constituição Federal de 1988¹⁰.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB (Lei nº 9.394/96), em consonância com a Constituição Federal, trata do ensino superior e estabelece a competência da União através do artigo 9º¹¹, combinado com o artigo 16 da mesma normativa, *in verbis*: O sistema federal de ensino compreende: I – as instituições de ensino mantidas pela União; II – as instituições de educação superior criadas e mantidas pela iniciativa privada; III – os órgãos federais de educação; [...].

Do exposto, depreende-se que a União possui competência para supervisionar e avaliar as IES públicas e privadas e seus cursos graduação pós-graduação. Portanto, o MEC através da Comissão Nacional de Avaliação da Educação Superior – CONAES¹² definiu os instrumentos de avaliação para os

Projeto Pedagógico do curso que, para desenvolver no egresso um viés humanístico e solidário, vocacionado para o exercício da cidadania, faz imperioso algumas disciplinas obrigatórias nos conteúdos definidos pela Resolução nº 09/2004, dentre elas – direito ambiental. A título de exemplo, na matriz curricular do curso de Direito, da Universidade Federal do Ceará, consta direito ambiental como optativa.

10 Constituição Federal de 1988, artigo 209: O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I - cumprimento das normas gerais da educação nacional; II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público. Artigo 211: A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino. §1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios; [...].

11 O artigo 9º versa: A União incumbir-se-á de: I - elaborar o Plano Nacional de Educação, em colaboração com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; II - organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições oficiais do sistema federal de ensino e o dos Territórios; [...] VI - assegurar processo nacional de avaliação do rendimento escolar no ensino fundamental, médio e superior, em colaboração com os sistemas de ensino, objetivando a definição de prioridades e a melhoria da qualidade do ensino; VII - baixar normas gerais sobre cursos de graduação e pós-graduação; VIII - assegurar processo nacional de avaliação das instituições de educação superior, com a cooperação dos sistemas que tiverem responsabilidade sobre este nível de ensino; IX - autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino. [...] § 2º Para o cumprimento do disposto nos incisos V a IX, a União terá acesso a todos os dados e informações necessários de todos os estabelecimentos e órgãos educacionais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 20 jul. 2015.

12 Lei nº 10.861/2004. Institui o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – SINAES e dá outras providências. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/leisinaes.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

curso de graduação¹³ no Brasil. A avaliação ocorre preliminarmente através do sistema e-MEC em seguida é determinada a avaliação, *in loco*, em função das avaliações que antecederam ou em função de determinação do MEC. O referido instrumento subsidia todos os atos da avaliação, respeitando a identidade de cada curso que compõe o de ensino superior.

O instrumento de avaliação está organizado em três dimensões, a saber: 1) Organização Didático-pedagógica, 2) Corpo docente e tutorial, 3) Infraestrutura e os requisitos legais e normativos, sendo os últimos de caráter apenas regulatório, pois não compõe o cálculo do conceito da avaliação em tela. São de caráter sim ou não, ou seja, há cumprimento ao não por parte da IES/Curso.

Quanto aos requisitos, alguns aspectos se diferem dos requisitos legais da Avaliação Institucional, tais como: a) Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso; b) Diretrizes Curriculares Nacionais da Educação Básica (não se aplica); c) titulação docente¹⁴; d) Núcleo Docente Estruturante – NDE¹⁵ (não se aplica aos cursos sequenciais); e) Denominação dos Cursos Superiores de Tecnologia; f) Carga horária mínima, em horas – para Cursos Superiores de Tecnologia (não se aplica); g) Carga horária mínima, em horas – para Bacharelados e Licenciaturas¹⁶; h) Tempo de integralização; i) condições de acessibilidade (mesma normativa da Avaliação das IES); j) disciplina de libras¹⁷; k) Prevalência de avaliação presencial para EAD¹⁸; l) Informações acadêmicas¹⁹; m) Políticas de educação ambiental (mesma normativa da Avaliação das IES); n) Diretrizes

13 MEC. Instrumento de Avaliação de curso de graduação presencial e a distância. Disponível em: <http://download.inep.gov.br/educacao_superior/avaliacao_cursos_graduacao/instrumentos/2015/instrumento_avaliacao_cursos_graduacao_presencial_distancia.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2015.

14 Ver o artigo 66 da Lei nº 9.394/1996.

15 Resolução CONAES nº 1, de 17 de junho de 2010. Normatiza o Núcleo Docente Estruturante e dá outras providências. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=15712&Itemid=109>. Acesso em: 20 jul. 2015.

16 MEC. Resolução CNE/CES nº 02, 18 de junho de 2007. Dispõe sobre carga horária mínima e procedimentos relativos à integralização e duração dos cursos de graduação, bacharelados, na modalidade presencial. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/2007/rces002_07.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2015.

MEC. Resolução CNE/CES nº 04, de 06 de abril de 2009. MEC. Resolução CNE/CP nº 2, de 19 de fevereiro de 2002. MEC. Resolução CNE/CP nº 1, de 18 de março de 2011.

17 Decreto nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005.

18 Ver o artigo 4º, inciso II, §2º do Decreto nº 5.622, de 19 de dezembro de 2005.

19 MEC. Portaria Normativa nº 40, de 12 de dezembro de 2007. Institui o e-MEC, sistema eletrônico de fluxo de trabalho e gerenciamento de informações relativas aos processos de regulação da educação superior no sistema federal de educação. Disponível em: <<http://www2.mec.gov.br/sapiens/portarias/port40.pdf>>. Acesso 20 Jul 2015. MEC. Portaria Normativa nº 23, de 01 de dezembro de 2010. Altera dispositivos da Portaria Normativa nº 40, de 12 de dezembro de 2007, que institui o e-MEC, sistema eletrônico de fluxo de trabalho e gerenciamento de informações relativas aos processos de regulação, avaliação e supervisão da educação superior no sistema federal de educação, e o Cadastro e-MEC de Instituições e Cursos Superiores e consolida disposições sobre indicadores de qualidade, banco de avaliadores (Basis) e o Exame Nacional de Desempenho de Estudantes (ENADE) e outras disposições. Disponível em: <<http://www.se-mesp.org.br/portal/pdfs/juridico2011/Portarias/Janeiro/PORTARIA%20N%2023%20-1-12-10.pdf>>. Acesso em: 09 jun. 2015.

Curriculares Nacionais para a Formação de Professores da Educação Básica, em nível superior, curso de licenciatura (não se aplica); o) educação das Relações Étnico-Raciais e para o Ensino de História e Cultura Afro - Brasileira, Africana e Indígena (mesma normativa da Avaliação das IES); p) educação em Direitos Humanos (mesma normativa da Avaliação das IES); e q) Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista (mesma normativa da Avaliação das IES). (grifo das autoras).

De posse das normativas supracitadas depreende-se que o Estado brasileiro, através do MEC, estabeleceu em seus normativos a interdisciplinaridade dos Direitos Humanos com o ambiente. O objeto de estudo do presente artigo é o meio ambiente e a sua superior relevância no cenário normativo. As normas constitucionais e as normas infraconstitucionais elevam o ambiente ao status de direito fundamental e propiciam o desenvolvimento de práticas de educação no espaço privilegiado, que são as instituições de ensino. Sendo o curso de direito o *locus* ideal para este viés humanístico. Ressalte-se que, atualmente, em quase todos os concursos públicos da carreira jurídica são cobradas as temáticas de direitos humanos e de direito ambiental.

2.1 Case: ensino do direito ambiental na Unifor

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB (Lei nº 9.394/96) e os normativos reguladores do ensino superior no Brasil preconizam que a educação superior seja exercida com base no tripé: ensino, pesquisa e extensão. Portanto, o conteúdo de direito ambiental e os requisitos legais e normativos contidos no instrumento de avaliação institucional podem ser aplicados de modo transversal nas matrizes curriculares, a partir de projetos de pesquisa e de extensão acadêmicos. A intenção dos normativos é que, no seio das IES, possam ser disseminados vários e inovadores estudos e práticas pedagógicas, que promovam a educação para os direitos humanos e a educação ambiental²⁰.

Com este viés, quiçá, as escolas de direito possam superar o modelo constituído aos moldes de Coimbra²¹ (século XIX). Desde as arcadas, as escolas de direito mantêm-se atreladas ao modelo de aulas conferências de viés tecnicista. No dizer Rodrigues (2000, p. 135):

A atual crise da educação jurídica é bastante complexa e múltiplas as tentativas de explicá-la, muitas vezes através de fórmulas ingênuas

20 Sobre Educação Ambiental - EA, CAÚLA, Bleine Queiroz (**A lacuna entre o direito e a gestão do ambiente**: os vinte anos de melodia das agendas 21 locais, 2012, p. 77) "A legislação ambiental é fundamental, mas ao lado dela é mister a implantação de uma política de EA eficaz e preventiva".

21 Os primeiros cursos jurídicos brasileiros foram criados a partir da Carta de Lei sancionada por Dom Pedro I, em 11 de agosto de 1827.

e simplistas. A não compreensão de seu aspecto multifacetado, que atinge diversas instâncias e níveis, é um dos problemas centrais que reveste muitas das respostas que vêm sendo apresentadas. Outro, não menos grave, é a negação de seus elementos próprios, internos, vendo-a como mera consequência de uma crise político econômica. Também o seu oposto, ou seja, a visão da crise do ensino jurídico meramente como uma crise interna e desvinculada das questões políticas, econômicas, sociais e culturais. A busca de um entendimento da atual situação do ensino do Direito exige uma análise integral e sistematizada, que permita compreender essa realidade.

No entanto, torna-se um imperativo que a aprendizagem da disciplina tenha ampla conexão com os fatos reais²² e se possível propicie um espaço constitutivo de pesquisa e de extensão. A moderna pedagogia propõe a atualização de metodologia ativas, sendo uma delas a aprendizagem baseada em problema. O direito ambiental é um ramo do direito que exige sensibilidade, conhecimento técnico e jurídico e reclama a superação das barreiras econômicas e políticas. Conforme a doutrina de Roberta Teles Bezerra (2004, p. 78)²³: "As raízes do ensino técnico e legalista do direito ainda permanecem nas salas de aula, pois fizeram parte da formação de muitos doutrinadores e muitos professores, e permaneceram como nódoa na formação jurídica".

No dizer de Holanda (2004, p. 17): urge a recriação de uma metodologia capaz de promover uma sinergia entre a Instituição de Ensino, seus docentes e discentes, e que este modelo possa também estabelecer uma abordagem renovadora, criativa e questionadora dos institutos jurídicos, promovendo-se a concretização de uma cidadania acadêmica.

O direito ambiental é interdisciplinar e tem acentuada autonomia²⁴. Ramo do direito público com intervenção no direito privado nasce da preocupação internacional de proteger gerações futuras, biodiversidade e seus ecossistemas, aquecimento global, poluição, resíduos sólidos, lixo, dentre tantos outros problemas transversais ao ambiente.

Os atores do direito não poderão refutar a aplicação das normas ambientais, interpretar os elementos contidos na legislação ambiental, fomentar a cidadania ambiental. A doutrina recepcionou a expressão "gerações futuras", mas essa discussão é muito mais profunda e conexa ao direito de personalidade.

22 Ver BEZERRA, Roberta Teles (**Ensino jurídico e direitos fundamentais**, 2008, p. 73) ao levantar a preocupação de um ensino jurídico desagregado da realidade social. Também WARAT, Luís Alberto (2004, p. 361) apontava já em 1974 para a necessidade de uma reformulação radical dos métodos tradicionais da educação jurídica, adequando-os para uma nova e moderna prática pedagógica de cunho essencialmente científico.

23 BEZERRA, Roberta Teles (**Ensino jurídico e direitos fundamentais**, 2008) pondera que a premente necessidade de melhora do ensino jurídico fez o MEC criar, em 1980, uma Comissão de Especialistas de Ensino de Direito composta por membros de diversos locais do país [...].

24 Ver SILVA, José Afonso da (**Direito ambiental constitucional**, 2004, p. 41).

Dado o caráter interdisciplinar do direito ambiental, ele se constitui num espaço privilegiado de conteúdo e de aplicação pedagógica que possibilite uma ruptura do paradigma atual de ensino aprendizagem, no qual o professor é o detentor do processo. Em termos didáticos, importa afirmar que o ensino do Direito continua adotando, basicamente, a mesma metodologia da época de sua criação: a aula-conferência, técnica preferencial do ensino tradicional. A maior parte dos seus professores possui uma formação pedagógica insuficiente (ou mesmo nenhuma preparação didático-pedagógica) e na sala de aula se restringem a expor o ponto do dia, comentar os artigos dos códigos e contar casos de sua vida profissional, adotando um ou mais livros-texto, que serão cobrados dos alunos nas verificações. Ou seja, um monólogo em que o aluno não protagoniza o seu conhecimento e nem direito de voz (RODRIGUES, 2005, p. 53).

A partir dessa percepção, constata-se a importância do desenvolvimento de novas metodologias²⁵ de ensino do direito ambiental nos cursos de graduação²⁶, com vistas a despertar para o dever constitucional de entender a regulamentação e a fiscalização das questões ambientais. A educação e seus instrumentos pedagógicos proporcionam a inserção e aceitação de hábitos e atitudes sadias de conservação ambiental e respeito à natureza, a partir do cotidiano de vida na escola e na sociedade (CAÚLA; LUZ, 2013)²⁷.

O ensino participativo do direito ambiental é visto como ferramenta importante para reivindicar criticamente o cumprimento da emancipação dos indivíduos envolvidos no processo de aquisição do conhecimento, que torne possível a descoberta de novas práxis educacionais. Tal fundamentação indaga o exame de cada realidade educacional dada, e orienta a relação educador-educando, de modo a aprimorar o senso crítico, o diálogo, a interação com fatos sociais, entre outras competências, impedindo que o aluno limite-se a apenas expectador de conteúdo e, deste modo, torne-se ativo no processo de ensino-aprendizado.

A Universidade de Fortaleza – UNIFOR é uma das pioneiras Instituições de Ensino Superior brasileira a adotar o método *Problem-Based Learning* – PBL no Centro de Ciências da Saúde – CCS e no Centro de Ciências Jurídicas – CCJ.

25 Ver CAÚLA, Bleine Queiroz; BERTOLINI, Adriana Rossas (Metodologias ativas aplicadas na disciplina de direito ambiental na UNIFOR In: **Anais do XXIII Encontro Nacional do Conpedi**. Florianópolis, 2014).

26 Sobre a construção do ensino da questão ambiental no curso superior DERANI; RODRIGUES (2013, p. 133) discorrem que a formação em nível superior permite e requer uma atenção mais pormenorizada sobre a questão ambiental, exatamente no que concerne ao aspecto valorativo. Deve haver uma ética de comportamento com o meio que deve estar presente no exercício das profissões, portanto a educação ambiental deve entrar pela porta da ética, mesmo que aborde aspectos técnicos.

27 Ver CAÚLA, Bleine Queiroz; LUZ, Francisco Jacinês Gurgel (Direito à educação ambiental no curso superior: qual o alcance da norma constitucional diante do ceticismo? In: **Anais do XXII Encontro Nacional do Conpedi**. São Paulo, 2013).

O presente artigo centra-se no ensino do conteúdo do direito ambiental e sua visão multifacetária entranhada aos outros ramos do Direito.

No curso de Direito, a prática do PBL foi utilizada como metodologia do ensino dos Estágios I (prática simulada cível) e II (prática simulada penal), desde o ano de 2001²⁸, conforme previsto no Projeto Pedagógico do Curso – PPC. Portanto, neste período já fora implantado um currículo híbrido, ou seja, os conteúdos são trabalhados com uma metodologia de livre escolha do docente, mediante prévia capacitação para esse novo modelo de aprendizagem baseada em problema – ABP²⁹. A sua aplicação no ensino do direito jurídico revela grande pertinência, na medida em que o aluno é agente e principal responsável pelo seu aprendizado. Neste processo, o desenvolvimento do raciocínio teórico e prático sobre o tema de trabalho, proporciona relevantes habilidades aos alunos, com o fito de promover uma dinâmica inovadora junto aos conteúdos que compõe o projeto pedagógico do curso e sua interdisciplinaridade³⁰.

O objetivo da utilização do PBL no ensino do direito ambiental é promover a diversidade e fomentar no aluno a busca de soluções para os problemas reais, diante de situações motivadoras com vistas a definir o objetivo do aprendizado cognitivo relacionado ao conteúdo. O aluno, ao se deparar com os problemas afetos ao ambiente, descobre que a solução perpassa pela interdisciplinaridade com outras áreas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A investigação revela que a maioria das Escolas de Direito ainda possui apenas a disciplina de direito ambiental, quer em caráter obrigatório ou optativo, mas não aplica o comando da Resolução nº 09/2004 que trata de conteúdos curriculares, ou seja, não há uma inserção do conteúdo nas demais disciplinas da matriz curricular, quicá sua integração interdisciplinar. Tão propagada e

28 Período em que a autora Ana Paula Araújo de Holanda era coordenadora do curso.

29 Cfr. RODRIGUES, Horácio Wanderlei (**Pensando o ensino do direito no século XXI**: diretrizes curriculares, projeto pedagógico e outras questões pertinentes, 2005, p. 152-153) uma estratégia didático-pedagógica centrada no aluno. Os componentes [...] em um projeto pedagógico por ABP são aqueles que se caracterizam como atividades e não como conteúdos. [...] O fundamental, entretanto, é a sensibilização do corpo docente para o deslocamento do eixo do ensino do professor para o aluno.

30 Oportuna a preocupação de FARIA, José Eduardo (Prefácio do livro: *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*, de Miracy Barbosa de Sousa Gustin e Maria Tereza Fonseca Dias, Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. vii) ao criticar o ensino jurídico, por encontrar-se preso a uma concepção estrita da sociedade. O hiato entre a teoria e a realidade é cada vez mais flagrante e perigoso. Na defesa de uma quebra de paradigma do ensino jurídico no Brasil, SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini (*A reprodução do paradigma dogmático da ciência do direito no ensino jurídico e a necessidade de mudanças na pesquisa jurídica, que permitam uma efetiva educação jurídica*, 2013, p. 511) defendem que “é fundamental reconstruir o objeto de estudo e ensino do Direito, buscando uma revisão global do que é Direito, mediante a adoção de novos métodos que possam revelar o fenômeno jurídico em sua totalidade, sempre unindo a pesquisa ao ensino”.

almejada, mas pouco aplicada nos projetos pedagógicos dos cursos de Direito no Brasil.

É preciso ultrapassar o modelo cartesiano de currículo e adotar práticas pedagógicas inovadoras. Romper com os “muros” das IES e efetivar o ensino do Direito acoplado no tripé: ensino, pesquisa e extensão. Todos integrados e promotores da efetividade de educação jurídica como motor de cidadania. Não obstante, tem-se na diretriz curricular do direito a menção aos novos direitos e nos instrumentos de avaliação do MEC a obrigatoriedade da existência de políticas de educação ambiental em todos os cursos de graduação das IES.

O atual ordenamento jurídico brasileiro é extremamente complexo, visto ter várias fontes produtoras de lei infraconstitucionais ambientais (União, estados e municípios), bem como várias instâncias executoras de normas. Em decorrência da natureza interdisciplinar do conteúdo do direito ambiental e da atual regulação das Escolas de Direito, bem como do problema da (in)efetividade das normas ambientais constitucionais e infraconstitucionais, enfrenta-se uma maior dificuldade na processo de ensino e aprendizagem do conteúdo.

Tal fato nos conduz à adoção de práticas pedagógicas inovadoras que promovam o ensino teórico-prático. O método PBL é uma ferramenta eficiente que possibilita a aprendizagem com base no problema e o enfrentamento do aluno à realidade e a descoberta de qual norma é aplicável ao caso concreto. Um olhar especial para o ensino do direito ambiental, dada a (in)aplicabilidade das normas de proteção e fiscalização, é imprescindível no método da aprendizagem baseada em problema, como forma de que o conhecimento transcende à sala de aula e ocupa todos os espaços da vida do discente. Não queremos com isso dizer que os outros ramos do direito não possam recorrer a esse método, mas o foco desta investigação nos motiva um realce ao direito ambiental.

REFERÊNCIAS

BEZERRA, Roberta Teles. **Ensino jurídico e direitos fundamentais**. Fortaleza: Expressão Gráfica, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 21 jul. 2015.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. **Estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 20 jul. 2015.

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.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso 20 jul. 2015.

BRASIL. Lei nº 10.861, de 14 de abril de 2004. **Institui o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior-SINAES e dá outras providências.** Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/leisinaes.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

BRASIL. Decreto nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005. **Regulamenta a Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002, que dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - Libras, e o art. 18 da Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/decreto/d5626.htm>. Acesso em: 13 set. 2015.

BRASIL. Decreto nº 5.622, de 19 de dezembro de 2005. **Regulamenta o art. 80 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.** Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seed/arquivos/pdf/dec_5622.pdf>. Acesso em: 04 abr. de 2015.

BRASIL. Resolução CNE/CES nº 9, de 29 de setembro de 2004. **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/rces09_04.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2015.

BRASIL. MEC. Portaria MEC nº 1886, de 30 de dezembro de 1994, do Ministério da Educação. **Fixa as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo dos cursos jurídicos.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20100108-03.pdf>. Acesso em: 17 out. 2014.

BRASIL. MEC. **Instrumento de Avaliação de curso de graduação presencial e a distância.** Disponível em: <http://download.inep.gov.br/educacao_superior/avaliacao_cursos_graduacao/instrumentos/2015/instrumento_avaliacao_cursos_graduacao_presencial_distancia.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2015.

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.** Lisboa: Juruá, 2011. p. 13-74.

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

CAÚLA, Bleine Queiroz; LUZ, Francisco Jacinês Gurgel. Direito à educação ambiental no curso superior: qual o alcance da norma constitucional diante do ceticismo? In: **Anais do XXII Encontro Nacional do Conpedi.** São Paulo, 2013, p. 86-106. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ab42fc5c2a7c8f48>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

CAÚLA, Bleine Queiroz; BERTOLINI, Adriana Rossas. Metodologias ativas aplicadas na disciplina de direito ambiental na UNIFOR In: **Anais do XXIII Encontro Nacional do Conpedi.** Florianópolis, 2014, p. 382-404. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=71c5957954fed812>>. Acesso em: 21 Jul. 2015.

CONAES. Resolução CONAES nº 1, de 17 de junho de 2010. **Normaliza o Núcleo Docente Estruturante e dá outras providências.** Disponível em: < http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=15712&Itemid=109>. Acesso em: 13 out. 2013.

DERANI, Cristiane; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Educação ambiental: o direito, caminho para a consciência ambiental. In: CAÚLA, Bleine Queiroz; CARMO, Valter Moura do (Org.) et al. **Diálogo ambiental, constitucional e internacional.** Vol.1. Fortaleza: Premium, 2013. p.113-145.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2015.

FARIA, José Eduardo. Prefácio do livro: **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**, de Miracy Barbosa de Sousa Gustin e Maria Tereza Fonseca Dias. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HOLANDA, Ana Paula Araújo de. Ensino jurídico: uma perspectiva cidadã. In: SALES, Lília Mais de Moraes (Org). **Estudos sobre direito na atualidade: a cidadania em debate.** Vol. 2. Fortaleza: UNIFOR, 2004.

MEC. Portaria Normativa nº 40, de 12 de dezembro de 2007 – Republica em 29 de dezembro de 2010. **Institui o e-MEC, sistema eletrônico de fluxo de trabalho e gerenciamento de informações relativas aos processos de regulação, avaliação e supervisão da educação superior no sistema federal de educação, e o Cadastro e-MEC de Instituições e Cursos Superiores e consolida disposições sobre indicadores de qualidade, banco de avaliadores (Basis) e o Exame Nacional de Desempenho de Estudantes (ENADE) e outras disposições.** Disponível em: < [file:///Users/usuario/Downloads/portaria_normativa_n40_12_dezembro_2007republicada%20em%202010%20\(1\).pdf](file:///Users/usuario/Downloads/portaria_normativa_n40_12_dezembro_2007republicada%20em%202010%20(1).pdf) >. Acesso em: 02 jan. 2013.

MEC. Resolução CNE/CES nº 02, 18 de junho de 2007. **Dispõe sobre carga horária mínima e procedimentos relativos à integralização e duração dos cursos de graduação, bacharelados, na modalidade presencial.** Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/2007/rces002_07.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2012.

MEC. Resolução CNE/CES nº 04, de 06 de abril de 2009. **Dispõe sobre carga horária mínima e procedimentos relativos à integralização e duração dos cursos de graduação em Biomedicina, Ciências Biológicas, Educação Física, Enfermagem, Farmácia, Fisioterapia, Fonoaudiologia, Nutrição e Terapia Ocupacional, bacharelados, na modalidade presencial.** Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/rces004_09.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2012.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. As novas diretrizes curriculares e a reforma pedagógica dos cursos jurídicos. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). **Ensino jurídico para que(m)?**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000, p. 134-152.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Pensando o ensino do direito no século XXI.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; SANCHES; Samyra Haydêe Dal Farra Napolini. A reprodução do paradigma dogmático da ciência do direito no ensino jurídico e a necessidade de mudanças na pesquisa jurídica, que permitam uma efetiva educação jurídica. In: COUTO, Mônica Bonetti; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini. **Educação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 497-514.

WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do direito**: o sonho acabou. Vol II. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

Tributação Ambiental e o princípio do protetor-recebedor posto em prática: requisitos de atendimento aos critérios do ICMS ecológico no Estado do Ceará

Ana Barros
Bleine Queiroz Caúla

NOTAS INTRODUTÓRIAS

As Revoluções Industriais marcam um impacto na história humana, transformando as sociedades rurais em agrupamentos urbanos e preponderantemente industriais. Essas radicais alterações inegavelmente trouxeram ganhos em produtividade, e lucratividade, mas contribuíram para a degeneração do capital ambiental.

A intensidade das consequências da ação humana desmedida constitui uma ameaça à própria humanidade e impulsionou a mobilização governamental no tocante à regulamentação e fiscalização dos bens ambientais protegidos. No plano estratégico de sustentabilidade destaca visivelmente a tributação ambiental, na qual o Estado usa de sua força expropriatória e/ou concessora de recursos financeiros como instrumento de fomento às práticas ambientalmente corretas.

O presente artigo analisa os critérios atualizados de atendimento ao Índice Municipal de Qualidade do Meio Ambiente (IQM), um dos requisitos para o repasse do ICMS aos municípios do Estado do Ceará que atendam às exigências ambientais.

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 abordagem teórico-empírica. 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 seis seções, a iniciar por esta introdução. Em seguida, decorre-se o suporte teórico em três capítulos que versam sobre breves notas sobre a quebra de paradigmas do crescimento econômico; a intervenção estatal pró-ambiente; tributação ambiental brasileira e o ICMS ecológico; critérios de satisfação do ICMS socioambiental no Ceará. Por fim, estabelecem-se considerações finais sobre o trabalho.

1. BREVES NOTAS SOBRE A QUEBRA DE PARADIGMAS DO CRESCIMENTO ECONÔMICO

O modelo produtivo atual se baseia na ideia, já provada falha, na prática (AUMOND, 1999, p. 5-11), de que o progresso econômico pode ser ilimitado. Na visão de Aumond (1999), um desenvolvimento econômico pode ser factível desde que seja radicalmente alterada a visão política, social e cultural sobre o uso dos recursos naturais.

No século XXI, o progresso econômico está imbricado com o progresso ambiental na medida de sopesamento aos bens ambientais, cuja conservação, manutenção e sustentabilidade serão indicativos de como caminhará a Economia. Indubitavelmente, este entendimento ainda enfrenta barreiras de um ceticismo empresarial e social.

Autores como Jackson (2013) e Georgescu-Roegen (1971) propõem que o mito do crescimento contínuo seja definitivamente abandonado. O projeto capitalista, segundo Jackson, falhou por se basear nesse crescimento, já que “a ideia de uma economia que não cresce pode ser uma aberração para os economistas, mas a ideia de uma economia em crescimento constante é uma aberração para os ecologistas” (JACKSON, 2013, p. 28):

O impacto da ação humana desmedida na natureza há muito é assunto de debate nos meios acadêmicos, políticos e na imprensa. O ponto de partida foi a denúncia de Carson (2010, p. 315-340) sobre a extrema lucratividade e crédito social advindos da Revolução Verde - incremento em grande escala na produção de alimentos, em especial, nos Estados Unidos, a partir dos anos 1950 - terem blindado a indústria química contra intromissão estatal que interrompesse ou reduzisse o fluxo de emissões tóxicas no meio ambiente advindo dos fertilizantes e inseticidas agrícolas.

A desídia na fiscalização das atividades econômicas gerou graves acidentes nas últimas décadas do século XX, em vários setores produtivos, especialmente o agronegócio¹. Esses desastres ambientais, a intensa mobilização de

¹ Michael Pollan (apud LOVINS, L. Hunter; COHEN, Boyd. **Capitalismo climático**: liderança inovadora

cientistas e organizações não governamentais (ONG), o impacto junto à população leiga e as evidências das mudanças climáticas global em curso começaram a sensibilizar os governos dos Estados, realidade que motivou a realização anual da Conferência das Partes - COP².

Afinada com o pensamento de Laszlo (2001), defensor de que a humanidade se encontra diante de bifurcação histórica - iniciada há mais de 200 anos, a partir da primeira Revolução Industrial - que pode ocasionar fatal colapso nas possibilidades de existência humana, Bulzico afirma "todos os governos podem concordar que falar de meio ambiente em pleno século XXI significa tratar de sobrevivência" (BULZICO, 2009, p. 13).

2. INTERVENÇÃO ESTATAL PRÓ-AMBIENTE

Integrada aos direitos de terceira geração, a proteção do direito fundamental ao ambiente é uma tarefa primordial do que Silva (1999, p. 130) denominou "Estado Pós-social", Birnfeld (2013, p. 27) nomina como "Estado Socioambiental" e Jaccoud (2006, p.3) muito acertadamente prefere dizer "Estado Fiscal Social". Essa nova visão acerca do Estado Democrático de Direito vincula, como condição de existência mínima e dignidade da pessoa humana, o direito a usufruir de um ambiente saudável. O Estado deveria, então, implantar políticas públicas de fomento à preservação do meio ambiente, equilibrando lucratividade empresarial e manutenção do capital ecológico (educação ambiental formal e informal³; incentivo tributário; fiscalização). Nesse sentido, Belchior e Portela:

A utilização do conceito de controle é adequado se continuarmos a considerar o direito na função tradicional de proteção-repressão. Com o Estado social, a função do ordenamento jurídico, além de controlar o comportamento dos indivíduos, baseia-se no direcionamento de comportamentos desejáveis. (BELCHIOR; PORTELA, 2007, p. 3961).

Uma das formas de estimular uma atuação ambiental junto ao empresário é alcançá-lo em sua essência, o exercício da atividade econômica profissional voltada para a circulação de bens, serviços e produção de riqueza. É a

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".

2 Paris sediará a COP21 em novembro de 2015. São muitas as expectativas de um acordo global sobre a crise climática e a discussão de um capitalismo climático. Ver LOVINS, L. Hunter; COHEN, Boyd. (**Capitalismo climático: liderança inovadora e lucrativa para um crescimento econômico sustentável**, 2013).

3 Cfr. CAÚLA, Bleine Queiroz (**A lacuna entre o direito e a gestão do ambiente**: os 20 anos de melodia das agendas 21 locais, 2012, p. 186) assentada em uma nova ética, a Educação Ambiental exerce um papel de intervenção na sociedade, atuando como um imperativo para estimular as pessoas a uma mudança comportamental nos hábitos de consumo, de maneira a prevenir novos problemas ambientais.

rentabilidade o coração desse grupo social: portanto, é por meio do incentivo/sanção tributário que os governos podem alcançar comportamentos empresariais que coadunem com a norma ambiental ínsita na CF/88.

A atividade tributária é legítima, na opinião de Oliveira (1999, p. 37): “o direito tributário pode e deve influir no comportamento dos entes econômicos de sorte a incentivar iniciativas positivas, e desestimular as nocivas ao Bem Comum”. Esse behaviorismo ambiental poderá ser fomentado pela ação coercitiva do Estado, através da tributação.

O caráter compulsório do tributo ambiental, garantido no artigo 3º. do Código Tributário Nacional (CTN), força a adesão comportamental do empresário à adoção de práticas de proteção, mesmo que num primeiro momento esse comportamento seja causado pelo temor da sanção e não pela efetiva conscientização ecológica. Carvalho entende que:

Prestação pecuniária compulsória quer dizer o comportamento obrigatório de uma prestação em dinheiro, afastando-se qualquer cogitação inerente às prestações voluntárias. Por decorrência, independem da vontade do sujeito passivo, que deve efetivá-la, ainda que contra seu interesse. Concretizando o fato previsto na norma jurídica, nasce, automática e infalivelmente, o elo mediante o qual alguém ficará adstrito ao comportamento obrigatório de uma prestação tributária (CARVALHO, 1993, p. 21).

Pregando uma atuação menos sancionatória e mais fomentadora, Yoshida (2005) sugere políticas ambientais focadas no incentivo:

Embora a legislação ambiental brasileira tenha um cunho marcadamente protetivo-repressivo, devem ser introduzidas cada vez mais técnicas de estímulo (facilitação ou atribuição de incentivos), privilegiando-se o controle ativo, que se preocupa em favorecer as ações vantajosas, mais do que desfavorecer as ações nocivas ao meio ambiente. Os estímulos e incentivos tributários e econômicos, em geral, são anteriores ou concomitantes à degradação ambiental e, desse modo, são menos onerosos que corrigi-la posteriormente (YOSHIDA, 2005, p. 560).

Assim, pode o Estado oferecer benesses, seja à iniciativa pública ou privada, a partir de suas atuações mais ou menos sensíveis ao impacto ambiental de suas atividades.

3. TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL BRASILEIRA E O ICMS ECOLÓGICO

A preocupação de fomentar práticas ambientais está presente na Constituição de 1988: o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está disposto nos artigos 225 e 170, inciso VI, onde se inscreve a

obrigação do Poder Público e da coletividade de preservá-lo e defendê-lo, “inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”.

Inseridos nesse contexto, os chamados impostos verdes têm duplo efeito: enquanto elevam o montante arrecadatário para a máquina pública, também incentivam comportamentos mais positivos no tocante à exploração dos recursos naturais. Muitos desses impostos se sustentam no Princípio do Protetor-Recebedor, ou seja, a ação postura sancionatória deixa de ser única política, busca-se o fomento de ações ecologicamente desejáveis por parte do contribuinte, através do incentivo fiscal.

Nesses casos, o Estado atua como regulamentador, licenciador e fiscalizador da atividade privada, concedendo incentivo a quem protege os bens naturais⁴, proteção essa aferida a partir do cumprimento de objetivos formalmente estabelecidos. Segundo Ribeiro (1998, p. 2), esse formato é o ideal para países cujos contribuintes não vivem cotidiano de fartura:

A gestão ambiental nos países em que existe abundância de recursos aplica a Princípio Usuário-Poluidor-Pagador, que ainda não é usual em países com escassez financeira. Em situações de pobreza, é preciso virar pelo avesso aquele conceito e aplicar os princípios Protetor-Recebedor e Não-Poluidor-Recebedor, que fundamentam esse tipo de incentivo e mostram-se eficazes na realidade concreta de sociedades que precisam resolver as carências de infraestrutura de saneamento (RIBEIRO, 1998, p. 2).

Um desses impostos verdes é ICMS Socioambiental, também conhecido como ICMS Ecológico. Ele se baseia no federalismo fiscal brasileiro, que permite o intercâmbio de recursos financeiros entre os entes da federação. A formatação do ICMS ecológico permite que parte dos valores arrecadados pelos estados através do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) seja repassado, pelo sistema de quotas-parte, aos municípios. Através dele, 25% dos valores arrecadados pelos estados, sob a tutela do ICMS, retornam para os cofres dos municípios, que se habilitam como receptores dessas transferências, a partir da satisfação de critérios estabelecidos em leis estaduais.

Esse repasse é autorizado constitucionalmente pelo artigo 158 inciso IV da CF/88⁵, regulamentado pela Lei Complementar nº 63/90. Os critérios se di-

4 A Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) apresentou seu primeiro selo ecológico - o Colibri - para produtos eletroeletrônicos. A certificação garante que os produtos ofereçam menor impacto ao meio ambiente, tanto com relação a substâncias tóxicas quanto ao consumo de energia, desde a matéria prima utilizada até o descarte final. Disponível em: <http://www.ecodesenvolvimento.org/posts/2015/julho/abnt-lanca-selo-ecologico-inedito-para?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook>. Acesso em: 13 jul. 2015.

5 Art. 158. Pertencem aos Municípios: IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços

videm entre as áreas de educação, patrimônio histórico, saúde, e ambiental. As unidades estaduais estabelecem por lei as demandas individualizadas que atendam melhor às suas necessidades de fomento, e cada município, uma vez atendidos esses critérios, tem liberdade para alocar os recursos repassados em qualquer área da administração pública local.

Essa discricionariedade da Administração Pública merece cuidados e atenção redobrada, na medida em que possui um viés positivo – o de atender às necessidades mais urgentes dos municípios no tocante aos direitos sociais; e negativo porque deixa ao encargo do chefe do executivo a escolha para a alocação dos recursos, correndo o risco de promover “lobby verde” e maquiagem a responsabilidade socioambiental da Administração Pública.

Acerca da importância da criação do ICMS ecológico, que foca as ações em prol do meio ambiente como critério de distribuição de valores, Loureiro (2008) afirma que uma vantagem fundamental é o fato de ser uma “alternativa de baixo custo, pois não se trata de um imposto novo, mas da utilização de um dispositivo já consolidado na constituição” (LOUREIRO, 2008, p. 25):

O ICMS Ecológico merece, sem dúvida, um local de destaque no panorama nacional e internacional. Instrumento econômico classificado como um instrumento de compensação fiscal tem a grande vantagem de não criar novos tributos e, sim, de redistribuir para os municípios os frutos da tributação existentes a partir de critérios ambientais determinados por cada Estado da Federação brasileira através de legislação específica (LOUREIRO, 2008, p. 9).

Atualmente, no Brasil, segundo dados da Nature Conservancy (2015), apenas Santa Catarina, Amazonas, Roraima, Maranhão, Rio Grande do Norte, Alagoas, Sergipe, Bahia e o Distrito Federal continuam sem adesão ao ICMS Ecológico. Nos demais estados, a ferramenta está ativa e o repasse dos valores é feito mensalmente aos municípios que se habilitam após avaliação anual.

Pioneiro no ICMS Ecológico, o Paraná tem como critérios ambientais a conservação de biodiversidade e mananciais aquíferos de abastecimentos para os municípios do entorno. O estado de São Paulo repassa parte do valor recebido, sob sua atribuição, a municípios que possuam unidades de conservação estaduais em seus territórios (LOUREIRO, 2008, p. 18).

O estado de Minas Gerais inovou quando, a partir de 1995, estabeleceu critérios que englobam, além da existência de unidades de conservação, ações

de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios: I - três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios; II - até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal.

para tratamento do lixo, patrimônio cultural e educação ambiental (LOUREIRO, 2008, p. 18). Os estados de Rondônia, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul priorizam a manutenção da biodiversidade. Em Pernambuco, o valor é distribuído entre municípios que mantêm unidades de conservação ou possuem unidades de compostagem e aterro sanitário.

Tocantins também trouxe inovações nos critérios de prioridades. Dentre eles, a aprovação de leis ambientais municipais, designação de orçamento para a estruturação de políticas ambientais e Agenda 21⁶ nos municípios, combate a incêndios, conservação e manejo do solo, saneamento básico, tratamento de água e coleta/destinação de lixo (LOUREIRO, 2008, p. 19). O estado do Acre reserva 20% da verba de repasse do ICMS para a satisfação de critérios socioambientais. Assim, os municípios acreanos têm forte incentivo para investir em unidades de conservação, assentamentos sustentáveis e nas comunidades tradicionais indígenas.

4. CRITÉRIOS DE SATISFAÇÃO DO ICMS SOCIOAMBIENTAL NO CEARÁ, COM ENFOQUE NO ÍNDICE AMBIENTAL

Criado em 2007, o ICMS ecológico cearense foi regulamentado em 2008, com efetivos repasses iniciados no ano de 2009. Essa transferência está organizada legalmente de modo que, dos 25% destinados à partição do imposto entre os municípios, 18% sejam auferidos pelo atendimento ao Índice Municipal de Qualidade Educacional (IQE); 5% pelo Índice Municipal de Qualidade da Saúde (IQS); e 2% pelo Índice Municipal de Qualidade do Meio Ambiente (IQM).

O IQM foi instituído pelo Decreto n.º 29.306/2008. Nele, estava prevista a possibilidade de que a partir de 2012 (ano-base 2011) fossem integrados os critérios do Programa Selo Município Verde, implantado em 2004 no Ceará, que integra educação ambiental, biodiversidade, gestão e licenciamento ambiental, agricultura sustentável, dentre outras áreas de ação destinadas à sustentabilidade do ambiente.

No entanto, até hoje não houve essa integração, o que aconteceu por três motivos. Inicialmente porque falta uma decisão política da alçada da governadoria do Estado, legalizando a integração. Segundo, porque foram detectadas falhas na estrutura do Programa Selo Município Verde – correção recente fez o número de agraciados por este programa diminuir de 39, em 2013, para apenas 9 municípios, em 2015. Terceiro, porque a nova configuração do selo,

⁶ Sobre as Agendas 21 locais, ver CAÚLA, Bleine Queiroz ([A lacuna entre o direito e a gestão do ambiente: os 20 anos de melodia das agendas 21 locais, 2012](#)).

que passará a ter estrutura bienal em breve, inviabiliza a integração com o IQM, que tem verificação técnica anual dos critérios⁷.

Os cinco pontos básicos para a satisfação ao IQM no Estado do Ceará estão focados unicamente na gestão de resíduos sólidos. São eles: implantação de estrutura operacional de gestão de resíduos sólidos, implantação da coleta sistemática, implantação de coleta seletiva, licenças de instalação e licença de operação para estrutura de disposição final dos resíduos sólidos.

A metodologia para o cálculo do IQM foi estabelecida nos artigos 16 a 21 do Decreto Nº 29.306, de 5 de junho de 2008, e seria apto a receber os repasses do município que atendesse a todos os critérios listados. Como nenhuma unidade municipal foi capaz de cumprir integralmente os critérios (COSTA; PAIVA, 2009), a metodologia foi atualizada, de modo a oferecer repasses proporcionais ao atendimento dos quesitos em matéria de meio ambiente.

Para atender ao primeiro critério, a implantação de estrutura operacional de gestão de resíduos sólidos, o município deve ter lei de criação do órgão gestor dessa operação, apresentar contratos vigentes e registros fotográficos dos veículos adaptados para coleta de resíduos sólidos urbanos, lixo hospitalar e coleta seletiva, e também dos equipamentos usados na disposição final dos resíduos, ou seja, a instalação física que irá fazer a contenção dos resíduos municipais não reciclados. É necessário ainda apresentar contratos de trabalho ou nomeação por concurso e folhas de pagamento de engenheiro civil, tecnólogo em saneamento, garis, funcionários da unidade de disposição final e motoristas dos veículos supracitados. Por fim, o quesito exige ainda o cadastro nominal dos catadores de lixo.

Ou seja, para atender a esse quesito, é necessária a existência de um aterro sanitário em funcionamento, seja custeado isoladamente ou em consórcio com municípios do entorno, que se cotizariam para manter em funcionamento um aterro sanitário, considerado hoje uma forma eficaz de destinar os resíduos sólidos.

Para atender ao segundo quesito, a implantação da coleta sistemática, é necessário apresentar cronograma de coleta urbana e de lixo hospitalar, além do contrato de prestação de serviço assinado para a execução desse serviço, acompanhado dos custos mensais.

O terceiro quesito, implantação de coleta seletiva exige, além do instrumento normativo (lei, decreto ou portaria) que formalize a atividade no municí-

⁷ Informações fornecidas por Leorne Cavalcante, gestor ambiental da Coordenação de Desenvolvimento Sustentável da Secretaria do Meio Ambiente – SEMA do Ceará (órgão estadual criando em substituição ao Conselho de Políticas e Gestão do Meio Ambiente – CONPAM), em visita *in loco* no mês de junho de 2015.

pio, a existência efetiva de um plano de coleta seletiva, cadastro dos domicílios beneficiados (mínimo de 10% da população sendo atendida), prova de ações concretas pela inclusão social e produtiva dos catadores de material reciclável (preferencialmente por convênio), fotos do galpão de triagem em operação, disponibilização de pontos de coleta do lixo reciclável para a comunidade (mínimo de cinco unidades), além de planilha detalhando volume (toneladas/mês) de produção e comercialização (em reais) do resíduo selecionado ou comprovação similar da sustentabilidade econômica da atividade.

O quarto e o quinto quesitos, licenças de instalação e operação válidas para disposição final dos resíduos sólidos, exigem do gestor municipal que sejam apresentadas as licenças respectivas e a lei municipal do contrato de consórcio (se houver), além de esclarecer se os resíduos do município, efetivamente, são reservados para o aterro ou são descartados em lixões.

O processo de aferição dos quesitos do IQM começa com o preenchimento e envio à Sema-CE, até o dia 31 de março de cada ano, do Formulário de Coleta de Dados do Plano de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos (PGIRSU), disponível no site do órgão, acompanhado de documentação comprobatória.

Ainda no primeiro semestre de cada ano, acontecem visitas técnicas de avaliação *in loco*. Na ocasião, os técnicos da Secretaria de Meio Ambiente - SEMA/CE conferem os dados apresentados no formulário, fotografam, fazem georreferenciamento dos lixões e/ou aterros existentes e realizam pesquisas qualitativas junto aos moradores.

Ao final, os dados são enviados ao Instituto de Pesquisa e Estratégia Econômica do Ceará (Ipece), órgão que estuda, pesquisa e fornece informações socioeconômicas e geográficas sobre o Estado. Lá, os dados são transformados em estatísticas e apresentados à Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará (Sefaz/CE), onde as estatísticas geram informações financeiras que orientam o repasse do percentual referente ao IQM.

Em 2009, primeiro ano de recebimento do ICMS ecológico pelos municípios, o repasse devido pelo atendimento ao IQM foi da ordem de R\$ 19.487.920,78. Em 2013, chegou a R\$ 41.555.429,49 (Ipece, 2014). No entanto, o aumento do volume de dinheiro repassado se deveu ao aumento da arrecadação do ICMS, não porque houve mais ações municipais em prol do meio ambiente e maior atendimento aos quesitos do IQM: o percentual de cumprimento das exigências do IQM tem se mantido o mesmo ou evoluído pouco, na maioria dos municípios que se candidatam ao recebimento do repasse, desde o início do Programa ICMS Ecológico (Ipece, 2014).

O ICMS ecológico ainda é pouco conhecido, muitos gestores municipais não o compreendem devidamente ou não contratam profissionais capacitados para efetivar as ações necessárias⁸. Na prática, há pouca informação, conscientização e interesse na satisfação das exigências no tocante à gestão dos resíduos sólidos. Embora a Sema/CE tenha uma ação contínua de investimento técnico, informativo e educativo junto aos gestores municipais e em prol do atendimento aos tópicos do IQM, o resultado em percentuais, mensurado ano a ano é reduzido (Ipece, 2014).

Dos 184 municípios cearenses, apenas 21 (vinte e um)⁹ podem ser destacados como mais avançados no tocante à política de resíduos sólidos e à satisfação das exigências do ICMS Ecológico. Os demais, principalmente os 100 municípios cearenses que contam com menos de 120 mil habitantes (Censo 2010), formataram planos de gerenciamento de resíduos sólidos, mas não o concretizaram, ou deixaram de atualizá-lo em relação à Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei 12.305/2010). Ciente desse cenário, a Sema/CE continua aceitando que os municípios atendam os critérios do IQM sob parâmetros que não coadunam com a atual legislação nacional do setor¹⁰. O objetivo desse descompasso temporário é permitir que mais municípios tenham tempo para a adequação às novas exigências legais, evitando a perda substancial nos repasses, do ponto de vista dos entes municipais interessados.

No ano de 2015, há um saldo positivo: todos os municípios do Estado do Ceará¹¹ já contam com coleta regular de lixo – embora o atendimento a apenas 10% dos municípios seja suficiente para atender a essa exigência. Já o quesito coleta seletiva tem apresentado evolução: 21 municípios atualmente contam com essa estratégia, contra apenas 5 em 2008, ano da implementação do ICMS Ecológico no Ceará.

Apesar dessa discreta evolução, ainda existem 300 lixões no território cearense e, desde 2005, nenhum novo aterro sanitário foi construído além dos 5 que já existiam. No mesmo passo, ainda são raros os profissionais habilitados para a gestão de resíduos sólidos atuando nos municípios cearenses, e os proje-

8 Cfr. Leorne Cavalcante, gestor ambiental da Coordenação de Desenvolvimento Sustentável da Secretaria do Meio Ambiente – SEMA do Ceará (órgão estadual criando em substituição ao Conselho de Políticas e Gestão do Meio Ambiente – CONPAM), em visita *in loco* no mês de junho de 2015.

9 Cfr. Leorne Cavalcante, gestor ambiental da Coordenação de Desenvolvimento Sustentável da Secretaria do Meio Ambiente – SEMA do Ceará (órgão estadual criando em substituição ao Conselho de Políticas e Gestão do Meio Ambiente – CONPAM), em visita *in loco* no mês de junho de 2015.

10 Cfr. Leorne Cavalcante, gestor ambiental da Coordenação de Desenvolvimento Sustentável da Secretaria do Meio Ambiente – SEMA do Ceará (órgão estadual criando em substituição ao Conselho de Políticas e Gestão do Meio Ambiente – CONPAM), em visita *in loco* no mês de junho de 2015.

11 Cfr. Leorne Cavalcante, gestor ambiental da Coordenação de Desenvolvimento Sustentável da Secretaria do Meio Ambiente – SEMA do Ceará (órgão estadual criando em substituição ao Conselho de Políticas e Gestão do Meio Ambiente – CONPAM), em visita *in loco* no mês de junho de 2015.

tos de reciclagem são pontuais, se limitando a cidades maiores como Fortaleza, Sobral, Eusébio e Crato¹².

Neste ano de 2015, a Sema/CE está estudando o aperfeiçoamento dos parâmetros de aferição do IQM, no sentido de torná-los mais específicos e exigentes, embora ainda adstritos à questão de resíduos sólidos. As próprias autoridades técnicas do órgão estadual de meio ambiente (informação verbal¹³) consideram que o detalhamento dos quesitos do IQM precisa ser atualizado e tornado mais rígido, voltado ao cumprimento dos objetivos da política ambiental do Estado do Ceará.

Mesmo com os atuais parâmetros, considerados pouco exigentes, a quantidade e o percentual de atendimento a eles não tem crescido de maneira perceptível (Ipece, 2014). Isso pode ser sinal de que a instituição do IQM e o repasse de valores do ICMS não têm tido sucesso, salvo em algumas exceções, em seu papel de motivadores da ação municipal em prol do meio ambiente.

Essa aparente desconexão entre a iniciativa pública e o resultado efetivo junto às administrações locais vai ao encontro do pensamento de Birnfeld (2013), quando a autora defende a necessidade de que a tributação ambiental seja encarada de forma sistêmica, e não apenas como ferramenta de coação ou incentivo financeiro. Para ela, “é fundamental que a atividade tributária do Estado Socioambiental ultrapasse os limites meramente fiscais e se converta como política socioeconômica por parte do Estado”. (BIRNFELD, 2013, p. 81).

NOTAS CONCLUSIVAS

É possível aventar justificativas para o aparentemente tímido sucesso do ICMS ecológico e seus quesitos de satisfação no contexto do Estado do Ceará, mas uma causa concreta só poderá ser identificada após estudo junto aos próprios municípios envolvidos. Esse estudo, principalmente no tocante ao impacto financeiro do repasse junto às realidades locais, ainda não foi realizado pelos órgãos ligados ao setor, no estado do Ceará¹⁴.

12 Cfr. Leorne Cavalcante, gestor ambiental da Coordenação de Desenvolvimento Sustentável da Secretaria do Meio Ambiente – SEMA do Ceará (órgão estadual criando em substituição ao Conselho de Políticas e Gestão do Meio Ambiente – CONPAM), em visita *in loco* no mês de junho de 2015.

13 Cfr. Leorne Cavalcante, gestor ambiental da Coordenação de Desenvolvimento Sustentável da Secretaria do Meio Ambiente – SEMA do Ceará (órgão estadual criando em substituição ao Conselho de Políticas e Gestão do Meio Ambiente – CONPAM), em visita *in loco* no mês de junho de 2015.

14 Cfr. Leorne Cavalcante, gestor ambiental da Coordenação de Desenvolvimento Sustentável da Secretaria do Meio Ambiente – SEMA do Ceará (órgão estadual criando em substituição ao Conselho de Políticas e Gestão do Meio Ambiente – CONPAM), em visita *in loco* no mês de junho de 2015.

Não é improvável que os gestores municipais se sintam desencorajados a imobilizar parte do -normalmente escasso- capital municipal para investir em ações ambientais e atender a um índice de aferição que, se satisfeito, renderá aos cofres públicos apenas 2% do montante rateável a partir do ICMS.

Para dar um exemplo do volume de capital necessário para que os critérios ambientais de repasse do ICMS sejam integralmente atendidos e da capacidade financeira da maioria dos municípios cearenses, a instalação e todo o ciclo de operação de um aterro sanitário de pequeno porte, que corresponde apenas ao primeiro quesito de satisfação do índice ambiental, custa mais de R\$ 52.000.000,00 (cinquenta e dois milhões de reais) (FGV, 2008, p.13). Já o repasse individual por conta do ICMS Ecológico - a partir do critério Meio Ambiente - feito em 2013 para forte maioria dos municípios cearenses não ultrapassou R\$ 189.315,51 (Ipece, 2014).

Isso quer dizer que, em cálculos grosseiros, cada município precisaria reservar mais de 275 anos de repasse do ICMS Ambiental para poder, individualmente, instalar um aterro sanitário de pequeno porte em seu território. Mesmo que se considere a hipótese do consórcio, 5 municípios, por exemplo, precisariam economizar 55 anos de repasse do IQM antes de se habilitarem financeiramente para a empreitada. De fato, como já mencionado anteriormente, desde a criação do ICMS Ecológico nenhum novo aterro sanitário foi posto em funcionamento do Estado do Ceará. A matriz de manejo dos resíduos sólidos ainda é o lixão a céu aberto.

Tendo em vista que os alcaides só têm 4 anos de legislatura (salvo reeleição) e pouquíssima verba disponível, fica claro que o investimento em equipamentos ambientais, embora louvável e necessário do ponto de vista ecológico, oferece pouco potencial atrativo para os gestores.

Essa discricionariedade da Administração Pública pode facilitar a prática de "lobby verde" e maquiagem a responsabilidade socioambiental dos municípios, utilizando a questão ecológica como meio de arrecadação para outros fins, já que o repasse feito pelo critério ambiental, qualquer que seja ele, como regra, tem sido revertido para outras necessidades.

Como os municípios têm liberdade na escolha da alocação do ICMS para qualquer área da administração pública local, se verifica na prática que o investimento ambiental não empolga os alcaides cearenses, que preferem construir escolas, estradas, poços profundos e outras obras de mais visibilidade e retorno, financeiro ou eleitoral.

Depreende-se, a partir da investigação, que o ICMS Ecológico tenha se tornado, na visão dos municípios recebedores, um mero repasse de verbas, sem

ligação direta ou necessária com possíveis ações em prol do meio ambiente. É possível que o desencaixe entre a realidade local e a exigência legal - aliado à falta de informação e ao volume de investimento necessário para a quitação dos critérios do IQM - seja fator de desestímulo para os gestores municipais. Desse modo, talvez seja preferível, na visão dos administradores públicos, alocar investimentos em outras áreas. Educação e Saúde, por exemplo, representam percentuais maiores do rateio relativo ao ICMS e têm impacto mais sensível no cotidiano dos eleitores municipais e suas famílias, o que talvez atraia mais interesse dos alcaides cearenses.

Talvez a adesão ao IQM possa aumentar a partir de políticas mais sensíveis às particularidades municipais. É possível que colocar em prática estratégias que se pautem pelas realidades e demandas regionais - como a reanálise dos critérios de rateio do ICMS ecológico, programas de conscientização dos gestores e a abertura de canais de créditos a juros subsidiados para as iniciativas quesitadas pelo índice ambiental - aumente o percentual de adesão e cumprimento do IQM.

Fato é que, hoje, a existência do ICMS Ecológico não tem representado, salvo raras exceções, um incentivo à concretização de políticas ambientais efetivas nos municípios cearenses. É provável que a pouca efetividade se deva aos próprios critérios de repasse, ao exigirem ações que, num primeiro momento, estão distantes das possibilidades e realidades locais.

REFERÊNCIAS

AUMOND, Juarês José. Desenvolvimento sustentável: realidade ou utopia? **Revista de Estudos Ambientais**. Blumenau: FURB / IPA, v. 1, n. 2, p. 5-11, maio/ago. 1999.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva; PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. O ICMS como instrumento de direção social. In: **XVI Congresso Nacional/ PUC Minas - Belo Horizonte**, 2007, p. 3955-3975. Disponível em: <http://conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/germana_parente_neiva_belchior2.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2015.

BIRNFELD, Liane Francisca Hüning. **A extrafiscalidade nos impostos brasileiros como instrumento jurídico-econômico de defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado**. 2013. 299 fl. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Porto Alegre.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. In: Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2014. 1904p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. In: Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2014. 1904p.

BULZICO, Bettina, A. A. **O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado**: origens, definições e reflexos na ordem constitucional brasileira. 2009. 236 fl. Dissertação (Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia). Faculdades Integradas do Brasil, Curitiba.

CARSON, Rachel. **Primavera silenciosa**. São Paulo: Gaia, 2010.

CARVALHO, Paulo de B. **Curso de direito tributário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

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

CEARÁ. Decreto nº 29.306, de 5 de junho de 2008. **Dispõe sobre os critérios de apuração dos índices percentuais destinados à entrega de 25% (vinte e cinco por cento) do icms pertencente aos municípios, na forma da lei nº 12.612, de 7 de agosto de 1996, alterada pela lei nº 14.023, de 17 de dezembro de 2007, e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.fortaleza.ce.gov.br/emlurb/decreto-ndeg-29306-de-05-de-junho-de-2008>. Acesso em: 05 mar. 2016.

CENSO DEMOGRÁFICO 2010. **Características da população e dos domicílios**: resultados do universo. Rio de Janeiro: IBGE, 2011.

COSTA, L.O.; PAIVA, W.L. **Memória de cálculo dos coeficientes de distribuição do ICMS municipal 2010**. Fortaleza: IPECE, 2009 (Nota Técnica n. 39).

FGV. **Estudo sobre os aspectos econômicos e financeiros da implantação e operação de aterros sanitários** – Relatório final. 2008. Disponível em: <<http://www.abetre.org.br/biblioteca/publicacoes/publicacoes-abetre/FGV%20-%20Aterros%20Sanitarios%20-%20Estudo.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2015.

GEORGESCU-ROEGEN, N. **The entropy law and the economic process**. Cambridge, USA. Londres: Harvard University Press, 1971.

IBGE. **CENSO DEMOGRÁFICO 2010**. Rio de Janeiro: IBGE, 2012.

IPECE, 2014. **Memória de cálculo dos coeficientes de distribuição do icms municipal 2014**. Disponível em: <http://www.ipece.ce.gov.br/publicacoes/notas_tecnicas/NT_56.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2015.

JACCOUD, Cristiane Vieira. Tributação ambientalmente orientada: instrumento de proteção ao meio ambiente. In: **XV Congresso Nacional do CONPEDI/UEA** – Manaus, 2006. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_tribut_cristiane_v_jaccound.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2015.

JACKSON, Tim. **Prosperidade sem crescimento**. Economia para um planeta finito. Lisboa: Tinta da China, 2013.

LOUREIRO, Wilson. **ICMS Ecológico, uma experiência brasileira de pagamentos por serviços ambientais**. São Paulo: Fundação SOS Mata Atlântica, 2008.

LASZLO, Ervin. **Macrotransição**: o desafio para o terceiro milênio. São Paulo: Axis Mundi, 2001.

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.

NATURE CONSERVANCY. **ICMS Ecológico** – Atualização 2015. Disponível em: <<http://www.icmsecologico.org.br/site/>>. Acesso em: 03 mar. 2015.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues. **Direito tributário e meio ambiente**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 1999.

RIBEIRO, M. A. O Princípio protetor recebedor para preservar um bem natural. **Revista Eco 21**, Rio de Janeiro, 1998. Disponível em: <www.ida.org.br/ARTIGOS/principioproteotr.html>. Acesso em: 22 fev. 2015.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. Verdes são também os direitos do homem (publicismo, privatismo e associativismo no direito do homem). In: **Studia Iuridica**, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Coimbra, n. 40, 1999.

YOSHIDA, C. Y. M. A Efetividade e a eficiência ambiental dos instrumentos econômico-financeiros e tributários. Ênfase da prevenção. A utilização econômica dos bens ambientais e suas implicações. In: TÔRRES, H. T. (Org.). **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 552-570.

Transplantes legais: o caso das áreas protegidas brasileiras.¹

André Olavo Leite

INTRODUÇÃO

O comparatista e historiador do direito Alan Watson certa vez afirmou (1996, p. 335) que “na maior parte dos lugares e na maior parte dos casos, empréstimos são a mais profícua fonte de mudanças no direito”. De acordo com ele, empréstimos (uma metáfora para o seu conceito de *transplantes legais*, que para efeitos deste trabalho será considerado análogo ao conceito mais difundido de *recepção do direito*) têm como objeto “regras – não apenas regras estatutórias – instituições, conceitos legais e estruturas que são emprestadas”, e podem ser definidos como “o movimento de uma regra ou de um sistema de leis de um país para outro, ou de um povo para outro” (WATSON, 1993, p. 21). Além disso, eles podem ocorrer “em toda sorte de formas e tamanhos: da adoção de regras individuais até (teoricamente) quase um ordenamento inteiro” (1996, p. 335).

Os países da América Latina são bastante conhecidos pela ampla recepção de conceitos legais estrangeiros, e um dos mais notados exemplos desse fenômeno é a extensiva recepção do *Code Napoléon* francês nas legislações desses países, que incluem o Brasil². No entanto, um outro exemplo extraordinário de transplantes legais, frequentemente ignorado pela doutrina nacional, refere-se aos conceitos de áreas protegidas³, que desde sua modesta origem

1 Uma versão prévia deste trabalho foi publicada em Pimentel, Leite e Ramaswamy (2015), *When East meets West: China-Brazil Deliberations on Contemporary Legal Issues*.

2 A respeito da recepção do *Código Civil* no direito brasileiro, ver Sylvio Capanema de Souza (2004) *O Código Napoleão e sua Influência no Direito Brasileiro*, que aponta a forte influência do código civil francês e diversos elementos transplantados para o direito brasileiro, embora considere que sua influência em outros direitos latino-americanos possa ter sido ainda mais forte. Para uma introdução ao tema nesses países, ver Jan Kleinheisterkamp (2008) *Development of Comparative Law in Latin America*. Para um trabalho que trata de forma mais ampla da influência do *Code Civil* ao redor do mundo, ver Imre Zajtay (1954) *Les destinées du Code civil*.

3 Neste trabalho, empregamos o termo área protegida de forma ampla. Para uma introdução ao

em meados do século XIX, em um punhado de países, consagraram-se como a mais difundida e efetiva ferramenta jurídica para proteção *in situ* da natureza⁴.

De fato, uma análise dos diferentes conceitos de áreas protegidas existentes na legislação brasileira mostra que as conclusões de Watson podem muito bem estarem corretas, pois do conceito americano de *National Parks* aos conceitos franceses de *Forêts de Protection* e *Parcs Naturels Régionaux*, boa parte dos conceitos brasileiros de áreas protegidas foram recebidos de ordenamentos jurídicos estrangeiros, formando um notável campo para estudos na área do direito comparado.

Nesse sentido, partindo de paralelos entre o direito brasileiro e o direito estrangeiro, este trabalho analisa as origens de alguns dos principais conceitos brasileiros de áreas protegidas, com o objetivo de identificar importantes aspectos de sua recepção e evolução na legislação brasileira. Além de buscar estimular novas pesquisas na área do direito ambiental comparado, visa-se contribuir para uma melhor compreensão dos fenômenos de circulação de conceitos jurídicos entre diferentes ordenamentos, particularmente na área do direito ambiental.

1. PRIMEIROS TRANSPLANTES DE CONCEITOS DE ÁREAS PROTEGIDAS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

A proteção da natureza foi primeiro mencionada em uma Constituição brasileira em 1934, em uma passagem que determina que a União e os estados federados devem proteger as “belezas naturais” e “monumentos” brasileiros (BRASIL, 1934a, art. 10). Também em 1934 o País viu a promulgação do seu primeiro Código Florestal, que entre outras coisas transplantou para o direito brasileiro o conceito de Parque Nacional, originalmente criado nos Estados Unidos da América (EUA) na segunda metade do século XIX, sob o nome *National Parks*.

Apesar de, em certa medida, esse conceito ter sido esculpido por diferentes mãos⁵, é correto dizer que se trata de uma criação americana porque

complexo debate a respeito do conceito de área protegida, ver Nigel Dudley e Sue Stolton (2008) *Defining protected areas: na international conference in Almeria, Spain*; o capítulo “Definitions” da obra *Protected Areas and International Environmental Law*, de Alexander Gillespie (2007, p. 28–46); e Antonio Herman Benjamin (2001) *Introdução à Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação*.

4 A proteção *in situ* da natureza é aquela que permite a conservação da diversidade biológica e demais elementos naturais nos locais onde eles ocorrem naturalmente. Ela se opõe à proteção *ex situ*, que é aquela onde a diversidade biológica e demais elementos naturais são conservados em um local diferente daquele onde ocorrem naturalmente, como por exemplo em bancos de sementes, hortos florestais e jardins zoológicos, dentre outros.

5 Vinte anos antes da formulação de um conceito de *National Park* pelo artista americano George Catlin (em 1833), o poeta romântico inglês William Wordsworth havia sugerido tornar o *Lake District* inglês

de fato os EUA foram o primeiro país a torna-lo lei e a definir suas características jurídicas, que mais tarde seriam incorporadas em maior ou menor medida por outros ordenamentos. O *Act of Congress* criando o Parque Nacional de Yellowstone, o primeiro parque desse tipo jamais criado, determinava que a área desse parque deveria ser:

[...] reservada e retirada de habitação, ocupação, ou venda, sob as leis dos Estados Unidos, [...] dedicadas e destacadas como um parque público ou área de recreação para o benefício e gozo do povo, [...] e sob exclusivo controle do Secretário do Interior, cujo dever será, assim que possível, criar e publicar as regras e regulações que considerar necessárias ou próprias para o cuidado e gestão da mesma (ESTADOS UNIDOS, 1872).

Ainda de acordo com ele, “essas regulamentações devem garantir a preservação [...] de toda madeira, depósito mineral, curiosidades naturais, ou maravilhas dentro do mencionado parque, e sua manutenção em seu estado natural”, e como consequência, embora descrito como um “parque público ou área de recreação para o benefício e gozo do povo”, uma das mais importantes características desse conceito de área protegida é que “todas as pessoas que se localizarem ou instalarem ou ocuparem o mesmo, [...] devem ser consideradas invasoras e removidas dele” (ESTADOS UNIDOS, 1872).

Para muitos acadêmicos, Yellowstone é não apenas o primeiro Parque Nacional jamais criado, mas talvez a primeira área protegida a ser criada, no sentido em que sua criação mostraria, pela primeira vez, uma vontade e um esforço consistente em proteger a natureza por si mesma e em sentido amplo (que vai além da proteção de um recurso natural específico), e com o objetivo de que seus benefícios imateriais (contemplação, relaxamento, beleza, inspiração, dentro outras coisas) pudessem ser apreciados por toda a população. Por essa razão, a criação de Yellowstone é frequentemente considerada um marco das preocupações ambientais que começam a surgir em diferentes países na segunda metade do século XIX (MCCORMICK, 1992).

Em uma perspectiva comparada, o conceito de *National Park* é, sem sombra de dúvida, o conceito de área protegida que teve maior sucesso, pois foi transplantado para mais ordenamentos jurídicos estrangeiros do que qualquer outro. De fato, logo após a criação de Yellowstone em 1872, o modelo americano foi rapidamente recepcionado por diversos outros ordenamentos, a começar pelos de Canadá (1885), México (1894), Nova Zelândia (1894) e Aus-

em uma “propriedade nacional” para que toda população pudesse beneficiar de sua natureza (PHILLIPS, 2004, p. 4). Além disso, a política americana que levou à criação de Yellowstone e outros parques foi muito influenciada pelas técnicas de gestão florestal francesas e alemãs (MCCORMICK, 1992, p. 17–18; MILANO, 2012, p. 19).

trália (1898) (DIEGUES, 2001, p. 59; MILANO, 2012, p. 19). Muito além desses casos, um levantamento apurado mostra que, na segunda década do século XXI, o conceito de *National Park* faz parte do direito de pelo menos 121 países, localizados em todas as regiões do planeta e pertencentes a todos tipos de blocos políticos, econômicos e culturais.⁶

Embora, como visto, no Brasil o transplante desse conceito tenha ocorrido relativamente tarde⁷, diversas outras proposições e documentos foram produzidos anteriormente com o objetivo de recepcionar esse conceito. Por exemplo, em 1874, apenas quatro anos após a criação de Yellowstone nos EUA, o engenheiro André Rebouças famosamente propôs a criação de dois Parques Nacionais em áreas brasileiras de excepcional apelo estético, a Ilha do Bananal e as Sete Quedas (DRUMMOND; FRANCO; OLIVEIRA, 2011, p. 345). Além disso, alguns anos depois, o pesquisador L. F. Gonzaga de Campos editou o atlas *Mapa florestal do Brasil*, o primeiro estudo detalhado dos ecossistemas brasileiros e do seu estado de conservação. De acordo com o autor, o propósito do trabalho era prover as autoridades brasileiras com dados para a criação de um conjunto de Parques Nacionais, como nos EUA (MARCONDES, 2005, p. 146; MEDEIROS, 2006). Nos quarenta anos seguintes, governos locais e estaduais e até proprietários privados criaram diversos tipos de áreas protegidas no Brasil (DRUMMOND; FRANCO; OLIVEIRA, 2011, p. 345–346), frequentemente inspirados no exemplo americano.

A recepção do conceito de *National Park* na legislação brasileira, no iní-

6 Nosso levantamento dos países que introduziram em seus ordenamentos o conceito de Parque Nacional foi feito por meio de um cruzamento de informações da Lista Mundial de Áreas Protegidas das Nações Unidas e do sistema de categorias de áreas protegidas da UICN, relativas aos parques dos países signatários da Convenção sobre Diversidade Biológica, ambas disponíveis na plataforma *Protected Planet*, que é a interface da *World Database on Protected Areas* (UNEP; IUCN, 2014). Embora o número de países que incluem os Parques Nacionais em sua lei seja maior que 121, alguns não foram incluídos neste estudo (por exemplo o Reino Unido) porque seus conceitos de Parque Nacional não equivalem às características das categorias I e II da UICN, que normalmente são aplicadas aos Parques Nacionais dos países. O mesmo se aplica a outros países que eventualmente possam ter recepcionado o conceito de Parque Nacional mas tenham dado outro nome a ele, impossibilitando sua identificação. Os países que utilizam denominações que são variações de *Parque Nacional*, e que também dotaram esses instrumentos com as suas características tradicionais, são: Alemanha, Angola, Áustria, Argélia, Argentina, Armênia, Austrália, Azerbaijão, Bahamas, Bangladesh, Barbados, Belize, Benim, Bielorrússia, Botswana, Brasil, Brunei Darussalam, Bulgária, Burkina Faso, Butão, Camarões, Camboja, Canadá, Chade, Chile, Comores, Congo, Coreia (Norte), Coreia (Sul), Costa do Marfim, Costa Rica, Croácia, Cuba, Dominica, Emirados Árabes Unidos, Egito, El Salvador, Eslovênia, Etiópia, Fiji, Filipinas, Finlândia, França, Gâmbia, Geórgia, Gana, Granada, Guiné, Guiné (Equatorial), Guiné-Bissau, Guiana, Holanda, Honduras, Hungria, Ilhas Salomão, Índia, Indonésia, Irã, Iraque, Islândia, Itália, Japão, Letônia, Líbano, Líbia, Macedônia, Madagascar, Malásia, Malawi, Mali, Maurício, Maurítânia, México, Marrocos, Myanmar, Namíbia, Nepal, Nova Zelândia, Nicarágua, Nigéria, Noruega, Paquistão, Panamá, Paraguai, Peru, Portugal, Romênia, Quênia, Quirguistão, República Centro Africana, República Dominicana, República Tcheca, Rússia, Ruanda, Samoa, São Vicente e Granadinas, Seicheles, Senegal, Sérvia, Serra Leoa, Sri Lanka, Suazilândia, Sudão, Sudão (Sul), Suécia, Tailândia, Taiwan, Tajiquistão, Tanzânia, Togo, Tonga, Trindade e Tobago, Tunísia, Ucrânia, Uganda, Uruguai, Uzbequistão, Venezuela, Vietnam, Zâmbia and Zimbábue. Com relação ao México, a pesar de não estar presente na base de dados *Protected Planet*, uma análise de sua legislação mostra que o conceito de Parque Nacional se encontra presente e é análogo ao que se observa em outros países.

7 Em comparação com outros países do *Novo Mundo*. Na Europa, por exemplo, esse conceito surge nas legislações nacionais principalmente nas décadas de 1960 e 1970.

cio de 1934, é tida como uma grande vitória do nascente movimento conservacionista brasileiro (MEDEIROS, 2006). Como já se mostrou, até então, o interesse em proteger os espaços naturais brasileiros vinha recebendo pouca atenção política, mas finalmente uma certa efervescência nacionalista experimentada durante o primeiro governo Vargas - que aliás, nessa época encontra eco em diversos países, notadamente na Alemanha (MCCORMICK, 1992; FERRY, 2009) – viria a reconhecer a natureza do País como elemento importante na construção da identidade nacional, e que portanto deveria ser preservado.

Além do contexto nacional, diversas conferências internacionais foram organizadas nessa época, levando à assinatura de um número de documentos cujos objetivos incluíam a difusão de conceitos e ferramentas específicos para a proteção da natureza, com destaque para conceitos relacionados às áreas protegidas, já nessa época o instrumento operatório privilegiado pelo movimento conservacionista. Um caso particularmente importante, no contexto brasileiro, é o da *Convenção para a proteção da flora, da fauna e das belezas cênicas naturais dos países da América*, também conhecida como Convenção de Washington de 1940, que difundiu nas Américas objetivos e conceitos similares àqueles da *Convenção relativa à preservação da fauna e da flora em seu estado natural*, também conhecida como Convenção de Londres de 1933⁸, ela mesma baseada na *Convenção para a preservação de animais selvagens, pássaros e peixes na África*, também conhecida como Convenção de Londres de 1900, que como seu nome e data de assinatura sugerem, havia sido elaborada pelas metrópoles europeias com o objetivo de incentivar a criação de áreas protegidas em suas então colônias africanas.

Não é surpresa, portanto, que nessa mesma época o Brasil tenha visto a promulgação de uma nova Constituição expressamente incluindo a responsabilidade dos governos em protegerem as “belezas naturais” e “monumentos” (BRASIL, 1934a, art. 10) brasileiros; e de um Código Florestal (BRASIL, 1934b) criando os primeiros tipos de áreas protegidas do direito nacional: o conceito americano de *National Park*, traduzido literalmente como Parque Nacional (art. 9), os conceitos de Floresta de Rendimento e Floresta Modelo, cuja origem ainda não é clara, e o conceito francês de *Forêt de Protection* (art. 4), traduzido também literalmente como Floresta Protetora, e que mais tarde ganharia o nome de Área de Preservação Permanente (APP).

⁸ A Convenção de Londres de 1933 é conhecida não apenas por ter definido pela primeira vez o conceito de parques nacionais no direito internacional e por ter disseminado esse conceito entre um número expressivo de países, mas também por ter imposto às colônias europeias na África uma visão de conservação em alguns casos até mesmo misantrópica. Quanto ao conceito de Parque Nacional, mais tarde ele seria utilizado como base pelo documento *Categories, objectives and criteria for protected areas*, publicado em 1978 pela União Internacional para a Conservação da Natureza (IUCN, 1978, p. 5-7), e que dará início à longa elaboração do influente conceito de área protegida da UICN.

Apesar dos benefícios inerentes a esses conceitos, em um contexto de crescente desmatamento e erosão de espécies, nas décadas seguintes a recepção do conceito de Parque Nacional mostraria-se particularmente problemática na legislação brasileira, porque diferentemente de outros países que tiveram grande cuidado em adaptar o conceito americano em função das características de seus próprios contextos nacionais, no Brasil o conceito de Parque Nacional foi transplantado sem grandes considerações para as particularidades geográficas e sociais locais.

De fato, enquanto o conceito de Parque Nacional foi desenvolvido em um país temperado, cujas florestas são relativamente desprovidas de populações humanas (em Yellowstone, por exemplo, as temperaturas no inverno atingem impressionantes -40°C , tornando difícil a instalação de populações humanas⁹), as florestas brasileiras são habitadas por uma diversidade de populações, não apenas indígenas mas também tradicionais e rurais, inclusive como resultado de políticas públicas, caso notadamente de populações que se instalaram na floresta Amazônica por conta de sucessivos mas inconsistentes programas governamentais de *desenvolvimento* e ocupação da região (DIEGUES, 2001).

A falta de atenção do legislador brasileiro para as possíveis consequências sociais da implementação desse conceito no Brasil levou a consequências, por vezes, dramáticas para essas populações, incluindo a remoção de diversas delas de suas áreas tradicionais, para dar lugar aos parques (DIEGUES, 2001). Apesar do Brasil não estar sozinho no grupo dos países que enfrentaram problemas com a recepção do conceito de Parque Nacional, também existem exemplos contrastantes. Um exemplo disso pode ser visto na norma francesa (Loi no. 60-708 du juillet 1960) que introduziu o conceito de Parque Nacional no ordenamento do país: como na França boa parte das áreas naturais apresentam algum nível de ocupação humana, principalmente populações montanhesas, um sistema de zoneamento (reserva integral, coração do parque e zona de amortecimento) foi adicionado ao conceito americano, de forma a conciliar a existência de áreas estritamente protegidas com áreas mais ou menos habitadas nas quais o uso dos recursos naturais é controlado. Trata-se de uma inovação que só chegaria ao direito brasileiro muitas décadas depois da recepção do conceito, que como vimos ocorreu nos anos 1930.

Além dos Parques Nacionais, outro caso particularmente interessante é o conceito francês de *Forêts de Protection* e de sua contraparte brasileira *Florestas Protetoras*. Enquanto em seu contexto original trata-se de um conceito criado como um instrumento de gestão florestal e que combina a produção

⁹ Apesar de escavações mostrarem que historicamente Yellowstone foi habitado por diversos grupos humanos, e que no momento de sua criação pelo menos um grupo indígena estava instalado em sua área (GOMEZ-POMPA; KAUS, 1992).

sustentada de madeira com a proteção de florestas consideradas particularmente importantes por sua função estabilizadora em regiões geologicamente sensíveis (bordas de falésias e de rios, topos e quedas de montanhas, dentre outros), no Brasil esse instrumento adquiriu características de proteção estrita. Um bom exemplo dessa questão pode ser visto no instrumento contemporâneo das Áreas de Preservação Permanente, o herdeiro direto das Florestas Protetoras no direito brasileiro: apesar do seu objetivo ser equivalente ao conceito original francês, e dos elementos geológicos citados por ambos serem análogos¹⁰, as APP requerem uma proteção que veda o uso direito dos recursos naturais da área afetada¹¹.

Outra característica interessante é que em seu contexto de origem esse instrumento conta com uma das principais características definidoras das áreas protegidas, isso é, cada área à proteger é afetada por ato jurídico único e individual, que a especifica e determina sua proteção. No Brasil esse conceito foi modificado, e como se sabe a afetação propiciada por esse instrumento é, via de regra¹², de aplicação geral (BRASIL, 2012b, art. 4), ou seja, não depende de decisões específicas de autoridades ou de consultas públicas como na França, e nem exige que esses espaços contem com uma gestão ativa. Por esses motivos, as APP brasileiras não podem ser consideradas áreas protegidas, se tomados como referência os conceitos de área protegida mais difundidos, que são os da Convenção sobre Diversidade Biológica e da União Internacional para a Conservação da Natureza (UICN).

Após o transplante desses primeiros conceitos, o País reformulou, receptionou ou criou diversas outras categorias de espaços protegidos nas décadas seguintes: em 1965 foram introduzidas as Florestas Nacionais, substituindo as Florestas de Rendimento e Florestas Modelo de 1934; as Áreas de Preservação Permanente, que como visto substituíram as Florestas Protetoras; e as Reservas Legais, substituindo as chamadas Quartas Partes, também criadas em 1934 (BRASIL, 1965). Depois, em 1967 foi a vez das Reservas Biológicas e Parques de Caça¹³ (BRASIL, 1967), provavelmente inspirados nos conceitos britânicos de *Preserves* e *Game Reserves*, bastante usados em suas colônias africanas.

Apesar da disponibilidade de novos conceitos de áreas protegidas na legislação nacional, as autoridades públicas brasileiras da época investiram

10 Exceto por um dispositivo relacionado às avalanches, evidentemente ausente da lei brasileira.

11 Exceto em casos de utilidade pública, devidamente reconhecida em procedimento administrativo.

12 As APP do atual art. 6 da Lei 12.651, de 25 de maio de 2012, que podem ser criadas individualmente por ato do Chefe do Poder Executivo, são um caso excepcional tanto na lei quanto na prática, pois o dispositivo raramente é utilizado.

13 Esse conceito foi posteriormente substituído pelo de Reserva de Fauna, e o destino desses conceitos guarda uma interessante proximidade: assim como jamais foi criado um Parque de Caça no Brasil, até 2016 não foram criadas Reservas de Fauna.

principalmente na criação de Parques Nacionais, pois essa categoria era, e em alguns meios ainda é, considerada a categoria “mais nobre” de área protegida, tanto por sua efetividade em relação à proteção dos recursos, quanto em função de seu apelo junto ao público. Se até 1962 onze Parques Nacionais foram criados no Brasil, em pouco mais de duas décadas outros dezesseis seriam criados pela União (ESTEVES, 2006, p. 15).

Essa situação mudaria sensivelmente nas décadas seguintes, com a emergência de duas discussões interrelacionadas na cena política internacional: a primeira, uma crítica à frequente remoção de populações tradicionais para a criação de áreas protegidas estritas, e que emerge em diversos países em desenvolvimento que haviam recepcionado conceitos estrangeiros de áreas protegidas; e uma discussão mais ampla a respeito da integração entre preocupações ambientais e desenvolvimento econômico.

2. A EMERGÊNCIA DE UM NOVO CONTEXTO PARA A CONSERVAÇÃO

Apesar de inicialmente a proteção da natureza no direito brasileiro, como na maior parte do mundo, ter sido orientada principalmente por valores estéticos que incluíam paisagens e espécies carismáticas, a partir dos anos 1960 o contexto político levaria a uma discussão que teria como objeto central não a natureza, mas o meio ambiente, conceito esse mais amplo. O resultado foi um fenômeno global, frequentemente denominado “a revolução ambiental”, que teve profundo impacto no campo da conservação da natureza: se até os anos 1960 as preocupações ambientais se concentravam principalmente nos efeitos negativos da industrialização sobre o meio ambiente e particularmente a natureza, a partir dessa época o movimento ambientalista questionaria a própria lógica capitalista (MCCORMICK, 1992), mostrando a irracionalidade de um sistema econômico baseado na exploração ilimitada dos recursos naturais e a necessidade de integrar interesses econômicos e preocupações ambientais.

Trata-se de uma mudança que pode ser claramente reconhecida nos documentos políticos dessa época, como na Declaração da Conferência Mundial sobre o Meio Ambiente Humano, também chamada Declaração de Estocolmo de 1972, em que foi notória a oposição entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento. Enquanto os países desenvolvidos buscaram estabelecer limites ao desenvolvimento (provavelmente baseados nas ideias do influente relatório *The Limits to Growth* (MEADOWS et al., 1972), publicado no mesmo ano), como forma de reduzir o impacto humano sobre o meio ambiente, os países em desenvolvimento recusavam aprovar limitações ao seu desenvolvimento

econômico pois isso significaria manter boa parte de suas populações em um estado de necessidade. Nesse cenário de desacordo, a ideia de combinar desenvolvimento econômico e conservação do meio ambiente foi identificada como um ponto de acordo entre as partes, e a Declaração publicada reflete a busca por um equilíbrio entre esses objetivos aparentemente conflitantes.

Esse debate, evidentemente, teve importante impacto no nicho específico das áreas protegidas, que vai ver o surgimento de novos conceitos de áreas protegidas, adaptados aos novos consensos que então emergiam. Alguns anos depois, a UICN, o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (UNEP) e o *World Wide Fund for Nature* (WWF), com contribuições da Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO) e da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), publicaram o documento *World Conservation Strategy: Living Resource Conservation for Sustainable Development* (IUCN; UNEP; WWF, 1980), que incorpora a discussão sobre o desenvolvimento sustentável e dá um passo à frente em reconhecer as consequências negativas da remoção de populações tradicionais para a criação de áreas protegidas.

Em 1991, antecipando a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, também conhecida como Eco-92 e Cúpula da Terra, a UICN, o UNEP e o WWF publicaram outro documento fundamental tratando dos objetivos e métodos das áreas protegidas, *Caring for Earth: a Strategy for Sustainable Living*. Em seu prefácio, os diretores dessas três organizações afirmam que esse documento é “fundado na convicção de que as pessoas são capazes de alterar seu comportamento quando elas vêem que isso tornará as coisas melhores, e de que elas podem trabalhar juntas quando necessário”, e que ele vem na esteira e reforça a mensagem da *World Conservation Strategy* de 1980, de que a conservação da natureza passa por uma diversidade de conceitos de áreas protegidas, que vão desde a proteção estrita até a conciliação da proteção da natureza com a presença humana permanente e o uso controlado dos recursos naturais locais:

Mais de uma década atrás nossas organizações publicaram a *World Conservation Strategy*. Ele afirmava uma nova mensagem: que a conservação não é o oposto de desenvolvimento. Ele enfatiza que a conservação inclui tanto a proteção quanto o uso racional dos recursos naturais, e é essencial se as pessoas devem conquistar uma vida de dignidade e se o bem-estar das presentes e futuras gerações deve ser assegurado. [...] Na década desde 1980 [...] *Caring for Earth* [...] foi feito para reafirmar o conhecimento atual sobre a conservação de uma maneira que informe e encoraje aqueles que acreditam que as pessoas e a natureza merecem ser cuidadas, e que o futuro de ambos é interdependente (IUCN; UNEP; WWF, 1991, p. 1–2, itálico no original, nossa tradução).

Em seu quarto capítulo, intitulado "Conservando a vitalidade e a diversidade da Terra", esse documento vai ainda mais além, afirmando que "áreas protegidas são criadas para salvaguardar exemplares excepcionais do patrimônio cultural e natural", para a conservação dos sistemas que suportam a vida e a diversidade biológica e para o gozo humano, e que portanto "existem muitos tipos diferentes de áreas protegidas [...]", cabendo a cada país "estabelecer um compreensivo sistema nacional de áreas protegidas, que deve incluir exemplos de diversas categorias" (IUCN; UNEP; WWF, 1991, p. 36, nossa tradução).

Em uma outra passagem, ele afirma também que a diversidade biológica deve ser conservada "por uma combinação de medidas para salvaguardar os estoques de espécies, a criação e a manutenção de áreas protegidas e estratégias mais amplas que combinam atividades econômicas e a conservação em amplas regiões". Segundo ele, nessas regiões uma estratégia geral "deve ser desenvolvida pelas comunidades locais, agências governamentais e privadas e outros interessados, de forma a garantir o desenvolvimento humano de maneira que conserve a diversidade biológica" (IUCN; UNEP; WWF, 1991, p. 40, nossa tradução).

Além disso, uma das passagens mais admiráveis desse documento trata especificamente da situação das populações locais e tradicionais e da integração entre desenvolvimento econômico e proteção da natureza, além de reconhecer que os sistemas nacionais de áreas protegidas devem "ser governados por uma política que explicitamente":

[...] assegura a participação efetiva de comunidades locais no projeto, criação e operação das áreas protegidas;

mantém um retorno financeiro sustentável das áreas protegidas, mas garante que a maior parte dele vá para a gestão da área e seja usado de uma forma que retorne para as comunidades locais;

encoraja as comunidades locais, incluindo especialmente comunidades autóctones e organizações privadas, a estabelecerem e gerirem suas próprias áreas protegidas dentro do sistema nacional;

[...] assegura que as áreas protegidas não se tornem oásis de diversidade em um deserto de uniformidade, ao promover sua integração nas políticas públicas de gestão das áreas e águas vizinhas (IUCN; UNEP; WWF, 1991, p. 36, nossa tradução).

Esses objetivos políticos, também expressados em outros documentos, gradualmente levaram as estratégias brasileiras de conservação a uma nova fase. Um dos registros mais importantes da chegada dessa nova perspectiva ao contexto nacional é o relatório apresentado pelo deputado Fábio Feldman no curso do Projeto de Lei no. 2.898 de 1992, que mais tarde daria origem à Lei no. 9.985/2000, que cria o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natu-

reza (SNUC)¹⁴. Segundo ele afirma, “é fundamental abandonar a ideia negativa de que a unidade de conservação constitui um meio para se restringir, coibir, limitar a ação do homem sobre a natureza”. Pelo contrário, caberia ter em mente que as unidades de conservação “são criadas para promover a conciliação das necessidades humanas com os imperativos ecológicos do uso equilibrado, inteligente e informado ou, numa palavra, sustentável dos recursos naturais”. Além disso,

[...] Para se alcançarem esses diferentes objetivos, e considerando a diversidade de situações ambientais, sociais e econômicas existentes no País, são necessárias diferentes e complementares categorias de unidades de conservação, com características e objetivos de manejo específicos.

[...] Na realidade, se a sociedade brasileira, em geral, não está informada, conscientizada e convencida da importância dessas unidades é porque, em medida significativa, elas não são concebidas e manejadas com o propósito, claro, evidente e inequívoco, de contribuir para promoção social, cultural, e econômica da população, especialmente das comunidades do entorno dessas áreas (FELDMANN, 1994, nosso destaque).

É interessante notar que essa nova percepção da conservação da natureza levou a duas respostas semelhantes mas fundamentalmente distintas nos países: enquanto em alguns países, principalmente naqueles que pela história do processo de ocupação de seus territórios já não contavam com espaços relativamente *selvagens* (para usar uma expressão queria ao conservacionismo tradicional), os diferentes conceitos de áreas protegidas presentes em seus ordenamentos foram adaptados para dar conta dos novos objetivos de desenvolvimento sustentável; em outros países, principalmente aqueles considerados *mais jovens*, a inclusão dos novos objetivos do desenvolvimento sustentável ao quadro jurídico das áreas protegidas levou a uma divisão dos diferentes conceitos em dois grupos, de proteção estrita ou uso indireto dos recursos naturais, e de desenvolvimento sustentável ou uso direto dos recursos naturais.

Trata-se de uma divisão que espelha a famosa controvérsia entre *Preservationists* e *Conservationists*, ocorrida nos EUA na virada do século XIX, por conta dos objetivos (e conseqüentemente dos métodos operatórios) da conservação¹⁵. No Brasil, em especial, essas duas visões distintas sobre porque e como a natureza deve ser conservada tomou forma na conhecida distinção trazida

14 O relatório do deputado Feldmann recebeu justa homenagem no notável capítulo de Mauricio Mercadante (2001), “Uma Década de Debate e Negociação: a História da Elaboração da Lei do SNUC”.

15 Sobre *Conservationists* e *Preservationists* nos EUA, e o famoso caso do *Hetch Hetchy Valley*, que expõe as profundas diferenças filosóficas desses dois grupos, ver o artigo “Hetch Hetchy” na *Encyclopedia of Environmental Ethics and Philosophy* de in J. Baird Callicott e Robert Frodeman (2008); a obra *Rumo ao paraíso: a história do movimento ambientalista* de John McCormick (1992); e o famoso artigo de Arturo Gomez-Pompa e Andrea Kaus, *Taming the Wilderness Myth* (1992).

pela Lei no. 9.985, de 18 de julho de 2000, que separou as áreas protegidas brasileiras em “Unidades de Proteção Integral” (art. 8) e “Unidades de Uso Sustentável” (art. 14).

3. TRANSPLANTES RECENTES E A EMERGÊNCIA DE CONCEITOS ORIGINAIS DE ÁREAS PROTEGIDAS NO DIREITO BRASILEIRO

As discussões a respeito das populações locais, a necessidade de aumentar a superfície coberta por áreas protegidas, e também a questão da integração entre objetivos de desenvolvimento econômico e conservação da natureza, tiveram uma importante influência na cena política brasileira. Como resultado, em 1981 foram criados os conceitos de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental; em 1984 surgiu o conceito de Área de Relevante Interesse Ecológico; em 1996 foi a vez das Reservas Particulares do Patrimônio Natural; e no ano 2000 viram o dia os Monumentos Naturais, Refúgios da Vida Silvestre, Reservas de Desenvolvimento Sustentável e Reservas Extrativistas.

As origens de pelo menos três desses conceitos podem ser claramente identificadas e correspondem a exemplos contrastantes. Primeiro, como tivemos oportunidade de mostrar em maior detalhe em outra ocasião¹⁶, o conceito de Área de Proteção Ambiental (APA) é um transplante do conceito português de *Parque Natural*, ele mesmo um transplante do conceito francês de *Parc Naturel Régional*. Depois, o conceito de Monumento Natural (Monat) foi inspirado no conceito de *Natural Monument* da UICN (categoria III dos sistemas de categorias de gestão de áreas protegidas de 1978 e 1994), ele mesmo inspirado no conceito americano de *National Monument*. E por fim, o conceito de Reserva Extrativista (Resex) emerge de um contexto específico, e destaca-se por ser uma criação genuinamente brasileira.

Como se verá a seguir, esse último conceito de área protegida foi formulado e proposto por um grupo social específico, como alternativa capaz de responder aos seus problemas e oportunidades locais. De fato, esse modelo só se transformaria em norma jurídica em um segundo momento, e por esse motivo o termo que melhor exprime seu surgimento no direito brasileiro é justamente “emergência”, que permite sublinhar que trata-se de um exemplo contrastante em relação a outros conceitos de áreas protegidas, tradicionalmente pensados e implementados verticalmente.

¹⁶ Para um estudo mais detalhado do transplante do conceito de APA para o direito brasileiro, ver nosso trabalho “A recepção do modelo de Áreas de Proteção Ambiental (APA) no direito brasileiro” (2015).

3.1. Áreas de Proteção Ambiental e *Parcs Naturels Régionaux*

Desde longa data têm-se notado que o conceito brasileiro de Área de Proteção Ambiental tem origem estrangeira, tendo sido baseado no “modelo de Parques Naturais Regionais europeus” ou no conceito de Reservas da Biosfera do Programa Homem e Biosfera¹⁷ da UNESCO (MEDEIROS, 2006; PÁDUA, 2001). De acordo com o chefe do serviço governamental, que propôs à Presidência da República o modelo que constaria no projeto de lei submetido por essa última ao Congresso Nacional, as APA brasileiras foram “trazidas” ao Brasil a partir especificamente do modelo português de *Parque Natural* (NOGUEIRA-NETTO, 2001, p. 364). Ocorre que esse conceito português é, ele mesmo, um transplante do conceito de *Parcs Naturel Régional*, desenvolvido na França no final dos anos 1960 como uma alternativa ao modelo americano de *National Park*.

Na França, os anos entre 1945 e 1975 são conhecidos como *Les Trente Glorieuses*¹⁸ (Os Trinta Gloriosos), um período durante o qual a economia cresceu rapidamente e conheceu consideráveis aumentos em industrialização, produtividade e consumo, enquanto os trabalhadores beneficiavam de salários relativamente altos e de um sistema altamente desenvolvido de benefícios sociais. No entanto, trata-se de um período também caracterizado por um aumento inédito do êxodo rural, da expansão urbana, do empobrecimento das tradicionais regiões rurais francesas e da degradação dos espaços naturais e seminaturais franceses.

Nesse contexto, a recém-criada Delegação Interministerial para o Ordenamento do Território e a Atratividade Regional¹⁹ (DATAR) identificou a necessidade de um novo conceito de área protegida capaz de fazer frente a essas questões. A ideia era criar uma alternativa ao modelo de *National Park*, que nessa época já se havia difundido em muitos países, e que pudesse proteger áreas peri-urbanas, aumentando assim a conservação do patrimônio natural e oferecendo às populações urbanas áreas naturais de fácil acesso onde elas pudessem ter lazer, ao mesmo tempo em que encorajasse as populações rurais a permanecerem em suas áreas tradicionais e tornasse a desapropriação de terras desnecessária, portanto evitando o êxodo rural. Além disso, havia claramente um interesse em conservar e fomentar a promoção das tradicionais regiões

17 Trata-se provavelmente da primeira iniciativa internacional buscando combinar exploração controlada dos recursos naturais, proteção da natureza e desenvolvimento local. O conceito de Reserva da Biosfera foi recepcionado pelo direito brasileiro no ano 2000, e apesar de ter sido incluído na Lei do SNUC, foi deixado de fora do Sistema, por parte do movimento conservacionista brasileiro considera-lo muito flexível e pouco efetivo (MERCADANTE, 2001).

18 Esse termo foi cunhado pelo demógrafo Jean Fourastié em 1979, em seu livro *Les Trente Glorieuses, ou La révolution invisible de 1946 à 1975*. Trata-se de uma analogia a *Les Trois Glorieuses*, os três dias da revolução de julho de 1830.

19 Em francês, *Dé légation interministérielle à l'aménagement du territoire et à l'attractivité régionale*.

rurais francesas e de sua paisagem e caráter cultural, um elemento importante do patrimônio cultural nacional que, acreditava-se, seria capaz de atrair investidores a cidades menores (MORMONT, 1984).

Para que esses objetivos tomassem forma e fosse elaborada uma proposta, uma conferência foi organizada no vilarejo alpino de Lurs-en-Provence, que reuniu um variado grupo de atores sociais que incluía políticos, arquitetos, organizações não governamentais, especialistas da indústria turística, habitantes locais, artistas e outros. O resultado foi um conceito de área protegida "no cruzamento entre proteção e organização territorial" (GUIGNIER; PRIEUR, 2012, p. 53), e que tem como objeto "territórios em posição frágil, com um patrimônio natural e cultural que se encontra ameaçado, cujo projeto de desenvolvimento é baseado na preservação e na valorização de seu patrimônio" (FRANÇA, 2005, art. 333-1).

Tratam-se de áreas protegidas de grande extensão, e seu território é definido em função da coesão do seu patrimônio cultural e natural. Os parques desse tipo, portanto, são formados pelos territórios de municipalidades de uma mesma região que compartilham um grupo de características sociais, culturais e naturais, e que nesse sentido possuem uma identidade comum. Como esse conceito de área protegida se alicerça em um modelo de desenvolvimento dependente da proteção dos elementos constitutivos desse patrimônio local, e conseqüentemente na participação da sua população, a responsabilidade por solicitar ao Ministro do Meio Ambiente a criação dos *Parcs Naturels Régionaux* pertence não aos governos nacional e regional, mas às municipalidades interessadas em reunirem-se em um projeto de parque. Portanto, não apenas a população dessas regiões precisam estar informadas e convencidas do interesse em criar o parque, como o seu projeto deve prever formas de compensá-las financeiramente e em termos de qualidade de vida.

Com seu amplo território e riqueza social e natural, o Brasil recepcionou o conceito de *Parc Naturel Régional* em 1981, dando a ele o ambíguo nome de Área de Proteção Ambiental. Diferentemente do direito português, que preservou todas as principais características do modelo francês, o modelo introduzido no brasileiro tinha como objetivo "assegurar o bem-estar das populações humanas e conservar ou melhorar as condições ecológicas locais" (BRASIL, 1981, art. 8), e além de não explicitar de quais populações exatamente se está falando, nenhuma menção é feita ao desenvolvimento ou à valorização dos patrimônios cultural e natural. Além disso, apenas quatro meses após sua introdução no direito nacional, seu regime jurídico foi modificado e os governos municipais perderam a iniciativa de criar esse tipo de área protegida.

De fato o conceito de Área de Proteção Ambiental tem muito pouco em comum com o conceito francês de *Parcs Naturels Régionaux* e com a sua contraparte portuguesa, exceto que incluem áreas urbanas e peri-urbanas no perímetro dos parques. Enquanto os projetos originais de *Parcs Naturels Régionaux* deveriam ser elaborados e desenvolvidos em parceria entre os governos nacional e regional, incluindo diversas instâncias de participação da população local, no Brasil eles rapidamente se tornaram instrumentos que muito pouco encorajam a participação pública. Além disso, talvez a questão que mais tenha prejudicado o modelo brasileiro de APA tenha sido a má compreensão do conceito francês de *aménagement du territoire*, que é comumente traduzido como ordenamento do território ou zoneamento, mas que tem uma dimensão muito mais ampla e constitui um verdadeiro projeto de desenvolvimento e planificação ancorado em uma série de tendências sociais (que desde os anos 1960 têm como elemento central a proteção do patrimônio natural).

Mais tarde, o conceito de APA foi reformulado e atualmente a legislação brasileira o define como

[...] uma área em geral extensa, com um certo grau de ocupação humana, dotada de atributos abióticos, bióticos, estéticos ou culturais especialmente importantes para a qualidade de vida e o bem-estar das populações humanas, e tem como objetivos básicos proteger a diversidade biológica, disciplinar o processo de ocupação e assegurar a sustentabilidade do uso dos recursos naturais (BRASIL, 2000, art. 15).

Apesar das mudanças mais recentes terem aproximado ligeiramente esse conceito da ideia original de *Parcs Naturels Régionaux*, o conceito brasileiro de APA parece incapaz de replicar o sucesso que suas contrapartes francesa e portuguesa tiveram em seus próprios países. De fato, no Brasil ele permanece um dos conceitos de área protegida mais criticados, pois para seus detratores ele nem protege o patrimônio natural de maneira adequada, nem traz benefícios duráveis para suas populações.

3.2. Monumentos Naturais, *Natural Monuments* e *National Monuments*

Em reconhecimento às evidentes limitações do direito brasileiro em termos de diversidade de categorias de áreas protegidas, a Lei no. 9.985, de 18 de julho de 2000, que criou o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, introduziu novos conceitos de áreas protegidas no País.

O conceito de Monumento Natural foi transplantado para o direito brasileiro a partir do conceito de *Natural Monuments* que havia sido incorporado

em 1978 ao Sistema de "Categorias, objetivos e critério para áreas protegidas" da UICN, um conjunto de diretrizes criadas para servirem de referência aos governos dos países e demais atores das áreas protegidas. Apesar da influência desse sistema de categorias sobre as legislações dos países ter sido objeto de algum debate doutrinário na última década, com opiniões que vão desde uma influência limitada (GILLESPIE, 2007) até uma influência acentuada que estaria presente nas legislações contemporâneas da maior parte dos países (DILLON, 2004), o exemplo dos Monumentos Naturais parece confirmar que, ao menos em alguns casos, a influência das diretrizes técnicas da UICN tem sido profunda e tem levado à sua incorporação nas legislações dos países.

Originalmente publicado em 1978 (revisto em 1994 e depois em 2008, após sua inclusão no projeto de lei que originou o SNUC), o sistema de categorias de áreas protegidas da UICN era inicialmente dividido em três grupos distintos, A, B e C. O Grupo A, considerado o mais importante, incluía categorias de áreas protegidas nas quais o uso dos recursos naturais deveria ser indireto: *Strict Nature Reserves* (categoria I, também chamadas *Scientific Reserves*), *National Parks* (categoria II), *Natural Monuments* (categoria III, também chamados *National Landmarks*), *Nature Conservation Reserves* (categoria IV) e *Protected Landscapes*²⁰ (categoria V) (IUCN, 1978).

O conceito que nos interessa aqui é especificamente aquele da categoria III (*Natural Monuments* ou *National Landmarks*), cujo duplo nome é particularmente revelador das origens desse conceito de área protegida, que podem também ser identificadas em suas características: o dispositivo americano dos *National Monuments*, ele mesmo formalmente não um conceito de área protegida, mas um uso específico do *American Antiquities Act* de 1906. Originalmente criada para que fossem preservados os patrimônios cultural e histórico americanos, principalmente remanescentes arqueológicos, artefatos e sítios de grupos indígenas, essa lei permite ao presidente do País decretar²¹ "marcos geográficos, estruturas históricas e pré-históricas, e outros objetos de interesse histórico ou científico [...] como sendo monumentos nacionais". O governo deve sempre ser o titular das áreas afetadas, e quando necessário áreas privadas "podem ser renunciadas ao Governo"²², e as áreas de cada Monumento Nacional "deve ser confinada à menor área compatível com o cuidado apropriado e a gestão dos objetivos a serem protegidos" (ESTADOS UNIDOS, 1906).

20 O Grupo B incluía áreas nas quais os recursos naturais podiam ser utilizados diretamente mas de maneira controlada, e por esse motivo eram explicitamente tidas como menos importantes e "não seriam consideradas exclusivamente dentre os objetivos do CNPPA [o antecedente da Comissão Mundial de Áreas Protegidas da UICN]" (IUCN, 1978, p. 10-11).

21 O instituto jurídico utilizado nesses casos é a chamada *public proclamation*, que não necessita da participação do congresso americano.

22 A questão de se é possível ou não ao Estado desapropriar áreas para a criação de *National Monuments* é tratada mais à frente.

Apenas três meses após a promulgação de decreto, Theodore Roosevelt criou o primeiro Monumento Nacional, *Devil's Tower*, e nos anos seguintes ele e seus sucessores criaram diversos outros. A polêmica em relação a esse instrumento legal nos EUA concerne seu uso pelo presidente para contornar o congresso americano, isso é, para criar áreas protegidas cuja criação havia sido recusada pelo congresso do país; e também o uso do *Antiquities Act* para criar áreas protegidas, uma vez que ele não cita a conservação da natureza, mas a proteção de objetos de interesse histórico e científico (ESTADOS UNIDOS, 1906).

Em 1920 a Suprema Corte americana estabeleceu um importante precedente, ao decidir unanimemente que algumas áreas naturais (no caso específico o *Grand Canyon*) podem ser “objetos de interesse histórico ou científico” e, portanto, podem ser protegidas pelo estatuto dos *National Monuments* (ESTADOS UNIDOS, 1920). Decisões posteriores desse mesmo tribunal têm confirmado o mesmo entendimento, e ajudado a moldar o conceito americano de Monumentos Nacionais como um instrumento de proteção de sítios naturais, normalmente de caráter pitoresco ou esteticamente relevante.

Além do seu nome, outras características desse conceito podem ser claramente identificadas na categoria III do sistema da UICN, que evidentemente adaptou-as ao contexto específico da conservação da natureza. Por exemplo, seu objetivo é preservar “características naturais de particular interesse científico e educacional”, que, em alguns casos, “não recebem reconhecimento nacional” e “podem estar sujeitas a danos ou exploração adversa”. Os objetos a serem protegidos “podem incluir exemplos extraordinários do patrimônio natural de um país, como quedas d’água, cavernas, crateras, vulcões, espécies únicas da fauna e da flora, dunas de areia”, dentre outros. De fato, “eles devem ser de tamanha importância cênica, científica, educacional e inspiradora, que mereçam afetação e proteção especiais” (IUCN, 1978, p. 15, nossa tradução e ênfase).

A importância a nível nacional do objeto a ser protegido, isso, é de seu caráter simbólico a nível nacional e não apenas regional, tal qual no modelo americano, é também confirmada pelos objetivos de gestão:

[Devem] proteger e preservar características naturais nacionalmente significativas graças ao seu interesse particular ou características únicas, e na medida em que seja consistente com isso, graças às oportunidades que possa proporcionar para a interpretação, a educação, a pesquisa e o gozo público (IUCN, 1978, p. 15, nossa tradução e ênfase).

Um aspecto interessante do conceito americano de *National Monument* é que ele é particularmente característico de seu tempo, e conceitos muito semelhantes a ele podem ser identificados em outros países mais ou menos na

mesma época em que ele foi introduzido no direito americano. Um exemplo notável disso é que, enquanto o *American Antiquities Act* foi promulgado em 8 de junho de 1906, apenas alguns meses antes a França havia promulgado uma lei “organizando a proteção de sítios e monumentos naturais ou de caráter artístico”, que criou no país o conceito de *Site Classé*. Embora bastante semelhante ao modelo americano de *National Monument*²³, provavelmente a diferença mais importante entre eles seja que no conceito francês as propriedades constituindo as áreas protegidas podem ser privadas: seus proprietários são então “chamados a concordarem a não destruir ou modificar a situação ou o aspecto de suas propriedades”, e apenas quando necessário elas são desapropriadas (FRANÇA, 1906).

No Brasil, um conceito muito semelhante a esse foi introduzido no direito nacional sob a forma do Tombamento (Decreto n. 25 de 30 de novembro de 1937), provavelmente inspirado no modelo da lei francesa de 2 de maio de 1930, que reformulou o conceito de *Site Classé* e introduziu no direito uma variação dele, o conceito de *Site Inscrit*. Como em suas contrapartes francesa e americana, o conceito brasileiro de Tombamento é uma ferramenta jurídica para proteger o patrimônio histórico, artístico e natural do País, incluindo “monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pelo indústria humana” (BRASIL, 1937, art. 1º).

Como no caso dos *Sites Classés* e *Sites Inscrits*, as áreas afetadas pelo Tombamento são listadas ou *inscritas* em registros especiais que tratam do patrimônio nacional. Mas diferentemente de suas contrapartes francesa e americana, que desempenham um papel maior na proteção da natureza de seus países, o conceito brasileiro de Tombamento tem sido relegado - principalmente desde os anos 1960, com a emergência da diversidade biológica como elemento central das políticas públicas de proteção de conservação da natureza - a um papel secundário, devido principalmente ao seu foco nos elementos culturais dos espaços naturais, como paisagens pitorescas, de forte apelo estético ou alto valor simbólico, que podem ser puramente naturais ou conjugar elementos que são fruto da interação do homem com o meio natural. Tudo leva

23 As criações desses conceitos em ambos os países é relativamente bem documentada e nenhuma referência mútua é feita. Nos EUA, “o ímpeto para o *Antiquities Act*” é atribuído a preocupações com a preservação de sítios arqueológicos no sudoeste americano (MCMANAMON, 2014, p. 325–330). Na França, as origens dos *Sites Classés* é considerada parte da longa tradição de leis cuidando monumentos nacionais, mas podem ser traçadas até uma série de associações de proteção da natureza e turismo (por exemplo, o *Club alpinfrançais*, a *Société pour la rotection des paysages et de l'esthétique de la France* e o *Touringclub de France*) do começo do século XX, que pressionaram para sua criação (MATAGNE, 1999, p. 153). Mas apesar das origens aparentemente diferentes, a impressionante semelhança entre esses dois instrumentos e a proximidade de datas de suas criações sugerem que ambos foram criados como resposta a preocupações semelhantes.

a crer que seja essa a razão por detrás do posterior transplante do conceito de Monumento Natural da UICN, na década de 1990, e que de um ponto de vista comparativo parece redundante, pois introduz no direito brasileiro um conceito que virtualmente já existia nele e poderia ser adaptado às novas tendências da conservação, inclusive permitindo a cogestão desses espaços por instituições ligadas ao patrimônio natural e à conservação da diversidade biológica.

Evidentemente o conceito contemporâneo de Monumentos Naturais possui algumas características particulares, e, mais que isso, foi reforçado para que possa conferir uma maior proteção à diversidade biológica, a ponto de ameaçar sacrificar outros elementos culturais e históricos, igualmente importantes, dessas áreas. Isso é confirmado pelo fato de que enquanto no Brasil os Monumentos Naturais só podem afetar terras públicas e para isso o Estado está autorizado a expropriar quantas terras se julgar necessário, (a) a categoria III da UICN não prevê que as terras protegidas devem ser públicas; (b) o conceito francês tem como método a participação voluntária dos proprietários e, como visto, somente em casos excepcionais pode o Estado desapropriar seus bens; e (c) o conceito americano de *National Monument* se aplica a terras que tradicionalmente pertencem ao Estado, e não o autoriza a desapropriar terras privadas para essa finalidade²⁴.

3.3. Reservas Extrativistas

O conceito brasileiro de Reserva Extrativista foi primeiro institucionalizado em 1987, através da Portaria n. 627, de 30 de julho, do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), e três anos mais tarde foi contemplado pelo decreto federal no. 98.897, de 30 de janeiro de 1990, que “dispõe sobre as reservas extrativistas e dá outras providências”. A história desse conceito, contudo, pode ser traçada até 1985, quando a primeira Conferência Nacional dos Seringueiros ocorreu em Brasília. Trata-se de um evento organizado por um grupo de seringueiros ativistas, dentre eles Chico Mendes, preocupados com o crescente desmatamento de sua região nativa por criadores de gado e traficantes de madeira, e que dessa forma colocavam em risco não apenas o patrimônio natural local mas também suas atividades tradicionais, seu modo de vida e sua cultura.

²⁴ O *Antiquities Act* determina que se os objetos a serem preservados encontrar-se em áreas privadas, essas propriedades “podem ser renunciadas ao Governo”. O significado disso não é muito claro, e até o momento os tribunais americanos trataram do assunto apenas indiretamente. Em diversos desses casos, incluindo uma decisão da Suprema Corte de 1978 (*California v. U.S.*, 436 U.S. 32, 40) e uma outra recente (2008, *Buono v. Kempthorne*, 527 F.3d 758), decidem que o *Antiquities Act* “não autoriza oficiais do governo a adquirirem propriedades privadas por meios forçosos para que delas possam cuidar, e nem a entrarem em terras privadas” (VICENT; ALEXANDER, 2010, p. 6).

As discussões a respeito dessas ameaças levaram à proposição de um novo tipo de área protegida, inspirada no modelo das Terras Indígenas brasileiras, cujo objetivo central seria conciliar usos tradicionais dos recursos naturais com a proteção da diversidade biológica, e cujo método consistiria em proteger territórios florestais tradicionalmente ocupados por grupos de seringueiros e coletores de castanhas, desapropriando-os, submetendo-os a um plano de gestão que preveria as atividades compatíveis com os objetivos locais, e atribuiria a essas populações contratos de concessão ajustando seus direitos e deveres para com a reserva.

Mais tarde o SNUC retomaria esse conceito, e as discussões que levaram à sua aprovação mostram alguns dos mais persuasivos exemplos de reconhecimento da significância do conceito de Reserva Extrativista. Para o deputado Fábio Feldmann, um dos relatores do projeto de lei em questão, as Reservas Extrativistas

[...] constituem um tipo radicalmente novo de unidade de conservação. A preocupação aqui não é apenas com a conservação da natureza, no seu sentido restrito, mas de uma forma de relação com o meio natural, de uso econômico sustentado da floresta ou de outros ambientes. A Reserva Extrativista sintetiza todo o avanço observado na conceituação do que é conservação e do papel das áreas protegidas, uma categoria que nunca tinha sido pensada antes pelos conservacionistas mais antigos e dificilmente o seria, porque obedece a uma filosofia fundamentalmente diferente. A proposta das Reservas Extrativistas nasceu da luta dos seringueiros na Amazônia contra a derrubada da floresta - da qual obtêm todos os recursos necessários à sua subsistência -, e não na mente dos técnicos e especialistas. A criação dessas áreas atende a uma reivindicação da própria comunidade que é, por sua vez, a principal responsável por sua manutenção.

Evidentemente, mais importante do que a inclusão da Área de Proteção Ambiental e da Reserva Extrativista no SNUC, como sinal das mudanças em curso no País nessa área, é a própria existência dessas categorias (FELDMANN, 1994).

No entanto, apesar do reconhecimento de sua relevância social e política, o conceito de Reserva Extrativista permanece amplamente criticado pelos "conservacionistas mais antigos", pois ele, evidentemente, não provê a mesma proteção estrita dos Parques Nacionais. De fato, como mencionado na passagem acima, trata-se de um conceito de área protegida que responde a um ideal diferente, não de proteção de ilhas de natureza, mas de busca por modos alternativos de vida baseados no equilíbrio entre proteção e uso sustentável. Nesse sentido é inevitável reconhecer a ligação desse exemplo com o modelo de *Parc Naturel Régional* apresentado, e com a intenção que levou à introdução do modelo de APA no direito brasileiro.

Muito se disse nas últimas décadas a respeito do desenvolvimento sustentável, mas muitos falham em compreender que as áreas protegidas são os

territórios mais privilegiados para a sua busca. Em sua grande maioria, tratam-se de territórios que, empobrecidos, contam com um patrimônio natural particularmente rico e ameaçado, e enquanto clamam por proteção da natureza e desenvolvimento social e econômico, eles contam também com um quadro regulatório que deveria ser capaz de buscar formas novas de conciliação entre esses objetivos. Por essa razão, as áreas protegidas devem ser territórios de experimentação para a busca por novos modelos de desenvolvimento, adaptados às necessidades humanas e às limitações impostas pela finitude dos recursos naturais, e que possam ser replicados em outros lugares.

Nesse sentido, a ideia por detrás do conceito de Reserva Extrativista é notável no sentido em que surge como proposta da própria população interessada, população essa que se caracteriza por modos de vida tradicionais e relativamente adaptados ao meio ambiente natural em que vive, mas que ao mesmo tempo é carente de um quadro regulatório que permita filtrar as influências externas que, frequentemente, desestruturam seu modo de vida e levam a um consumo desenfreado dos recursos locais. Além disso, em uma perspectiva comparada trata-se de uma verdadeira inovação do direito brasileiro, que como visto aqui, é marcado por extensivos transplantes de conceitos estrangeiros de áreas protegidas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho identificou diversas correlações entre conceitos brasileiros e estrangeiros de áreas protegidas, chamando atenção para diversos aspectos do seu transplante para o direito brasileiro. Ao demonstrar que o direito que trata da proteção dos espaços naturais é um campo particularmente rico para estudos em direito comparado, ele explicitamente objetiva servir como referência e contribuir para fomentar novos trabalhos na área.

Assim, em um primeiro momento foram retraçadas as origens do conceito americano de *National Park*, e mostrou-se que ele se tornou não apenas o mais usado e mais reconhecível modelo de área protegida, mas também o mais difundido, tendo sido demonstrado que ele se encontra presente em pelo menos 121 legislações nacionais. Atenção especial foi dada ao caso do transplante desse conceito para o direito brasileiro, frisando os complexos impactos dos transplantes legais em contextos sociais e legais contrastantes.

Também, tratou-se de um caso particularmente negligenciado pela doutrina nacional, que concerne o conceito brasileiro de Floresta Protetora e o conceito francês de *Forêt de Protection*. Quanto a ele, apontou-se que, quan-

do transplantado para o direito nacional, o conceito francês passou por modificações pontuais, mas importantes. De fato, enquanto ambos os conceitos têm como objetivo proteger áreas geologicamente frágeis, em seu contexto original o conceito francês foi criado para a exploração sustentável dos recursos naturais locais, ao passo que no Brasil ele tornou-se um instrumento de proteção estrita.

Em segundo lugar, mostrou-se como as mudanças ocorridas no campo do ambientalismo a partir dos anos 1960 e 1970 tiveram ao menos duas importantes consequências no campo específico da conservação da natureza: uma crítica direcionada especificamente ao movimento conservacionista, relacionada à remoção das populações locais de áreas protegidas, e o reconhecimento da necessidade de conciliação entre desenvolvimento e conservação, inclusive nos sistemas nacionais de áreas protegidas.

Na sequência, mostrou-se que essas duas questões tiveram papel central nas mudanças processadas nos quadros legais das áreas protegidas brasileiras nas décadas seguintes, levando à modificação ou à criação ou recepção de novos conceitos de áreas protegidas. Nesse sentido, este trabalho tratou em maior detalhe de três casos específicos: (a) o caso das Áreas de Proteção Ambiental, um transplante do conceito português de *Parque Natural*, por sua vez um transplante do modelo legal francês de *Parc Naturel Régional*; (b) o caso dos Monumentos Naturais, transplantado do conceito da UICN de *Natural Monuments*, ele mesmo originado no dispositivo americano dos *National Monuments*, que não é formalmente um conceito de área protegida e sim um uso que se faz do *American Antiquities Act* de 1906; e (c) o caso das Reservas Extrativistas, um conceito original e que emerge de um contexto regional específico, e que é um modelo legitimamente brasileiro de área protegida.

Os exemplos mostrados neste trabalho são especialmente interessantes pois corroboram as conclusões de outros comparatistas tratando de transplantes legais, de que os transplantes são a mais influente – se não a decisiva – forma de evolução dos direitos nacionais. De fato, eles mostram que a afirmação de Alan Watson de que “na maior parte dos lugares e na maior parte dos casos, empréstimos são a mais prolífica fonte de mudanças no direito”, encontra respaldo no direito das áreas protegidas brasileiro, uma vez que diversos (se não a maioria) dos seus conceitos possuem raízes no direito estrangeiro.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, A. H. V. Introdução à Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação. In: BENJAMIN, A. H. V. (Org.). **Direito Ambiental das áreas protegidas**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 276–316.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). **Diário Oficial da União** - Seção 1 - Suplemento - 16/7/1934, Página 1. 1934a.

BRASIL. Decreto n. 23.793 de 23 de janeiro de 1934, aprova o código florestal que com este baixa. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 9/2/1934, Página 2882. 1934b.

BRASIL. Decreto n. 25 de 30 de novembro de 1937, organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. **Diário Oficial da União**- Seção 1 - 6/12/1937, p. 24056, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0025.htm>. Acesso em: 10 jul. 2015.

BRASIL. Lei n. 4.771 de 15 de setembro de 1965, institui o novo Código Florestal. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 16/9/1965, Página 9529. 1965.

BRASIL. Lei n. 5.197 de 3 de janeiro de 1967, dispõe sobre a proteção à fauna e dá outras providências. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 5/1/1967, Página 177. 1967.

BRASIL. Lei n. 6.902 de 27 de abril de 1981, dispõe sobre a criação de Estações Ecológicas, Áreas de Proteção Ambiental e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Seção 1, 28/4/1981, p. 7557. 1981.

BRASIL. Lei n. 9.985 de 18 de julho de 2000, regulamenta o art. 225, § 1o, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 19 de julho de 2000, seção 1, p. 1. 2000.

BRASIL. Lei n. 12.651 de 25 de maio de 2012, dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nos 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nos 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 28/5/2012, Página 1. 2012b.

CALLICOTT, J. B.; FRODEMAN, R. **Encyclopedia of Environmental Ethics and Philosophy**. Farmington Hills: MacmillanReference USA, 2008. v. 1

DIEGUES, A. C. S. **O mito moderno da natureza intocada**. 3. ed. São Paulo: Hucitec, 2001.

DILLON, B. The use of the categories in national and international legislation and policy. **Parks**, Gland, v. 14, n. 3, p. 15–22, 2004.

DRUMMOND, J. A.; FRANCO, J. L. DE A.; OLIVEIRA, D. Uma análise sobre a história e a situação das unidades de conservação no Brasil. In: GANEM, R. S. (Org.). **Conservação da Biodiversidade: Legislação e Políticas Públicas**. Série memória e análise de leis. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011. p. 341–386.

DUDLEY, N.; STOLTON, S. (Org.). **Defining protected areas: an international conference in Almeria, Spain**. Gland: IUCN, 2008.

ESTADOS UNIDOS. Actcreating Yellowstone National Park, March 1, 1872. **Enrolled Acts and Resolutions of Congress, 1789-1996**; General Records of the United States Government; Record Group 11; National Archives. 1872.

ESTADOS UNIDOS. American Antiquities Act of 1906. **34 Stat. 225**. 1906.

ESTADOS UNIDOS. Cameron v. United States. **U.S. Supreme Court, 252 U.S. 450 (1920)**, argued 29-30/01/1920, decided 19/04/1920, 19 abr. 1920. Available at: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/252/450/case.html>>. Acesso em: 2 jan. 2015

ESTEVES, C. M. P. E. **Evolução da criação dos Parques Nacionais no Brasil**. Monografia (Graduação em Engenharia Florestal) - Seropédica: Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, 2006.

FELDMANN, F. Parecer preliminar sobre o projeto de lei n. 2.892 de 1992, na Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias da Câmara dos Deputados. In: BRASIL (Org.). **Dossiê digitalizado do Projeto de lei 2.892/1992**, que deu origem à lei 9.985/2000. Brasília: Câmara dos Deputados, 1994. p. 630–655.

FERRY, L. **A nova ordem ecológica: a árvore, o animal e o homem**. Tradução Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Difel, 2009.

FRANÇA. Loidu 21 avril 1906 organisant la protection des sites et monuments naturels de caractère artistique. **Centre historique des Archives nationales, A 1615**. 1906.

FRANÇA. **Code de l'environnement**. Partie législative au JO du 21/09/2000; Partie législative (livres I et V) au JO du 6/01/2012; Partie réglementaire (livres I, III et IV) au JO du 5/08/2005; Partie réglementaire (livre II et VI) au JO du 23/03/2007; Partie réglementaire (livre V) au JO du 16/10/2007.2005.

GILLESPIE, A. **Protected Areas and International Environmental Law**. Leiden; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

GOMEZ-POMPA, A.; KAUS, A. Taming the Wilderness Myth. **Bio Science**, Reston, v. 42, n. 4, p. 271–279, abr. 1992.

GUIGNIER, A.; PRIEUR, M. Le cadre juridique des aires protégées : France. In: LAUSCHE, B. (Org.). **Lignes directrices pour la législation des aires protégées**. IUCN Environmental Policy and Law Paper no. 81. Gland: IUCN, 2012. CD-ROM.

IUCN. **Categories, objectives and criteria for protected areas: A Final Report prepared by Committee on Criteria and Nomenclature [and] Commission on National Parks and Protected Areas**. Morges: IUCN; Rockefeller Brothers Fund, 1978.

IUCN; UNEP; WWF. **Caring for Earth: a Strategy for Sustainable Living**. Gland: IUCN; UNEP; WWF, 1991. (Second World Conservation Strategy Project).

IUCN; UNEP; WWF. **World Conservation Strategy: Living Resource Conservation for Sustainable Development**. Gland: IUCN, 1980.

KLEINHEISTERKAMP, J. Development of Comparative Law in Latin America. In: REIMANN, M.; ZIMMERMAN, R. (Eds.). **The Oxford Handbook of Comparative Law** [Kindleversion]. New York: Oxford University Press, 2008. p. 261–301.

MARCONDES, S. **Brasil, amor à primeira vista! Viagem ambiental no Brasil do século XVI ao XXI**. São Paulo: Peirópolis, 2005.

MATAGNE, P. **Aux origines de l'écologie: les naturalistes en France de 1800 à 1914**. Paris: Comité des travaux historiques et scientifiques, 1999.

MCCORMICK, J. **Rumo ao paraíso: a história do movimento ambientalista**. Tradução Marco Antonio Esteves Rocha; Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992.

MCMANAMON, F. P. The Antiquities Act and How Theodore Roosevelt Shaped It. **The George Write Forum**, Hancock, v. 31, n. 3, p. 324–344, 2014.

MEADOWS, D. H. et al. **The Limits to Growth: a report for the Club of Rome's project on the predicament of mankind**. New York: Universe Books, 1972.

MEDEIROS, R. Evolução das tipologias e categorias de áreas protegidas no Brasil. **Ambiente & Sociedade**, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 41–64, jun. 2006.

MERCADANTE, M. Uma Década de Debate e Negociação: a História da Elaboração da Lei do SNUC. In: BENJAMIN, A. H. V. (Org.). **Direito Ambiental das áreas protegidas**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 190–231.

MILANO, M. S. Um olhar para além da Amazônia Brasileira: Conceitos, histórico, políticas e formas de gestão. In: COLETIVO. **Áreas protegidas. Integração > Transformação > Desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Fundo Vale, 2012. v. 2. p. 16–28.

MORMONT, M. **Parcs naturels et gestion de l'espace rural**. Arlon: Fondation Universitaire Luxembourgeoise, 1984.

NOGUEIRA-NETO, P. Evolução Histórica das ARIEs e APAs. In: BENJAMIN, A. H. V. (Org.). **Direito Ambiental das áreas protegidas**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 363–371.

PÁDUA, M. T. J. Área de Proteção Ambiental. In: BENJAMIN, A. H. V. (Org.). **Direito Ambiental das áreas protegidas**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 425–433.

PHILLIPS, A. The history of the international system of protected area management categories. **Parks**, Gland, v. 14, n. 3, p. 4–14, 2004.

PIMENTEL, L. O.; LEITE, A. O.; RAMASWAMY, M. P. (Org.). **When Eastmeets Whest: China-Brazil Deliberations on Contemporary Legal Issues**. Florianópolis: Caxif; Prava, 2015.

SOUZA, S. C. O Código Napoleão e sua Influência no Direito Brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro. v. 7, n. 26, p. 36-51, 2004.

UNEP; IUCN. **The World Database on Protected Areas** (WDPA). Cambridge: [s.n.], 2014. Available at: <<http://protectedplanet.net/>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

VICENT, C. H.; ALEXANDER, K. **National Monuments and the Antiquities Act**. Washington: Congressional Research Service, 2010.

WATSON, A. **Legal transplants: An approach in Comparative Law**. 2. ed. Athens: University of Georgia Press, 1993.

WATSON, A. Aspects of Reception of Law. **The American Journal of Comparative Law**, Michigan, v. 44, n. 2, p. 335–351, 1996.

ZAJTAY, I. Les destinées du Code civil. **Revue internationale de droit comparé**, Paris, v. 6, n. 4, p. 792–810, 1954.

Diálogo CONSTITUCIONAL



Mediação em Warat: releitura sistêmica da ecologia do desejo.¹

Leonel Severo Rocha
Sheila Willani

INTRODUÇÃO

Buscando ampliar fronteiras e dar contribuições que provoquem os movimentos da alma no caminho da paz, prima-se por estruturas abertas, receptivas ao novo, ao diferente, ao inigualável, a alteridade. Para isso, mergulha-se nos sentidos humanos, nos valores sociais (morais e éticos), individuais e plurais, num Direito que possa refletir justiça e, significar não apenas respostas para uma sociedade conflitiva, mas apresentar caminhos para que se possibilite a conquista da solução para seus desentendimentos interpessoais (WARAT, 2001, p. 191).

A possibilidade de se ditar um "ideal" normativo, que abarque toda a população mundial, para regradar o comportamento humano, é equivocada, mas esperar uma conduta unanime de paz e de equilíbrio nas relações entre todos para que tenhamos qualidade na recepção e estabilidade para a mesma, sim, é benéfico. Por esse motivo, podemos dizer que, na **perspectiva de Guattari e Lacan** ainda nos encontramos numa fase inicial em face de sua forma de se comunicar: onde encontra vários meios de fazê-la, no entanto, encontra dificuldades para se expressar por meio destas.

Interpela-se pela importância da comunicação, da conversação, das estruturas que se colocam à disposição, abertas a escutar o que os partícipes de um conflito social, familiar ou não, tem a dizer, dando a oportunidade de expor os fatos segundo sua ótica, seu conhecimento e compreensão.

A teoria Waratiana canaliza a expressão do ser em seus atos e palavras, dando ao Direito uma brecha para uma opção distinta do tradicional. Ela flexibiliza o entendimento dando margem para a singularidade, ao Direito Natural.

¹ Este texto faz parte do relatório do projeto de pesquisa financiado pelo CNPq intitulado como: "AUTOORGANIZAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO: Comunicações e Autorreferência entre Brasil e Chile". E do projeto de pesquisa "TEORIA DO DIREITO E DIFERENCIAÇÃO SOCIAL NA AMERICA LATINA.

No Direito, para Warat, o procedimento para o tratamento destas questões poderia seguir o caminho da mediação.

1. MEDIAÇÃO EM LAW

A Mediação na perspectiva de LAW visa fundamentalmente à aproximação das partes, não se preocupando unicamente com a celebração do acordo entre os interessados. Porém, o seu maior objetivo é o de pacificar as relações que estavam em conflito, de modo a restaurar a convivência e o diálogo entre as partes.

Para Warat (1999, p. 21), a mediação é

[...] um processo de reconstrução simbólica do conflito, no qual as partes têm a oportunidade de resolver suas diferenças reinterpretando, no simbólico, o conflito com o auxílio de um mediador, que as ajuda, com sua escuta, interpretação e mecanismos de transferência, para que elas encontrem os caminhos de resolução, sem que o mediador participe da resolução ou influa em decisões ou mudanças de atitude (nisto se baseia sua imparcialidade, é imparcial porque não resolve nem decide).

Neste sentido compreende-se que se trata de um processo no qual uma terceira pessoa – o mediador – auxilia os participantes a chegar a uma resposta que beneficie ambos na disputa. O acordo final trata o problema com uma proposta mutuamente aceitável, construída pelos partícipes e será estruturado de modo a manter a continuidade das relações das pessoas envolvidas no conflito.

A mediação, para nós, deve ser definida a partir de uma unidade temática, de forma que se possa configurar um conceito apto a estabelecer, a priori, as possibilidades de comportamento inerentes a uma atividade aberta à produção de sentido do outro. Conforme Michèle Guillaume-Hofnung, a teoria da mediação deve muito a obra de J. F. Six, "Le temps des médiateur", (uma definição geral de mediação deve levar em consideração que existe quatro espécies de mediação, as duas primeiras estando destinadas a fazer nascer ou renascer uma ligação, as duas outras estando destinadas a terminar um conflito). Para Guillaume-Hofnung (2013), globalmente a mediação se define antes de tudo como um processo de comunicação estática repousando sobre a responsabilidade e autonomia dos participantes dentre os quais um terceiro- imparcial, independente, neutro, com a única autoridade que lhe reconhece os mediados – favorece contatos confidenciais estabelecidos, e capazes de reestabelecerem relações sociais, a prevenção ou a regulamentação da situação em causa.

Por outro lado, Luis Alberto Warat inspirado pelo surrealismo entendia, assumindo uma postura típica de Magritte, que é impossível interpretar alguma coisa: o que existem são imagens. Para Magritte, a pior coisa seria a resignação. Ele nunca aceitou conhecer exatamente seus limites. Este limiar sempre colocou um olhar de suspeita em Warat sobre aqueles mediadores donos da verdade (juizadores).

No entanto, a mediação ainda não se concretizou em todo seu potencial, conforme dados fornecidos em 2010 pelo Ministério da Justiça. A mediação, segundo Camila Nicácio (2011, p. 81):

é, todavia, ainda muito precária, com exceção dos Estados Unidos. No que concerne ao Brasil, os dados estatísticos são poucos e muito pouco sistematizados. Um primeiro diagnóstico nacional foi realizado em 2005 pelo Ministério da Justiça⁴ e trouxe a público apenas 67 experiências espalhadas em todo o país, número que parece não contemplar uma parte considerável das iniciativas em curso, como os próprios relatores do diagnóstico afirmam.

Percebe-se, outrossim, que a mediação não deve se restringir a uma tentativa de diminuição da quantidade de processos judiciais, como geralmente se propõe em projetos de Lei. Ressalta-se nesse momento, qual é a proposta de mediação que gostaríamos que se difundisse: de um modelo de observação fundado em uma perspectiva sistêmica onde a comunicação se originasse autopoieticamente desde a incorporação do outro em um “nós”.

Isto é, partindo da concepção de que o ofício do mediador seria tornar visível o não-dito que gerou a quebra do laço comunicativo. O mediador seria como um foco de luz para encontrar uma unidade escondida.

Warat (2010, p. 58) ainda, em sua brilhante obra, acentua:

Não tenho dúvidas da necessidade de que seja elaborada outra concepção do Direito longe do normativismo. Cabe advertir que, a partir da psicanálise o que mais afeta no processo decisório não é a sua debilidade racional, mas as marcas traumáticas que toda decisão deixa em nossos estados de consciência. A transformação do conflito em litígio exige o percurso institucional de um processo, que inevitavelmente traumatiza as partes. Particularmente me preocupo mais com os traumas processuais do que com os mecanismos com que conseguimos falsificar as fundamentações. Prefiro o Direito muito mais imperfeito e muito mais sensível.

Por outro lado, a sociedade se caracteriza por uma grande complexidade que para sua redução exige processos de tomada de decisão. Nesta ótica, conforme o tipo de comunicação que se diferencia historicamente, surgem códigos, inclusão-exclusão, que configuram diversos sistemas. A noção de sistema permite que a observação dessa amplitude problemática, organize

comunicações que constroem possibilidades de sentido voltadas para cenários inesperados. Desde os sistemas, no caso o sistema do Direito, como escreve Niklas Luhmann, pode-se construir observações sobre a sociedade com uma abrangência inovadora. Pois situações vistas como mediações jurídicas individualizadas implicam em relacionamentos, redes, constelações de sentimentos, desejos e impossibilidades criadas pelos diferentes atores de uma mesma cultura, família ou comunidade. Uma identidade, ao mesmo tempo, individual, mas criada socialmente. Enfrentar problemas sem colocá-los dentro de um sistema seria como observar a falta de amor, olhando apenas o lado de um indivíduo, sem relacioná-lo com os outros. O sujeito ama ou odeia aquilo que lhe comunica o sistema como dotado de sentido. Isto é, precisa-se amar o amor para produzir esse tipo de comunicação. Em outras palavras uma sociedade que cultua a violência e as reações de causa e efeito, não pode exigir de maneira simples condutas pacifistas. Ai está o papel do mediador sistêmico, ter como objetivo, além dos envolvidos diretamente, a construção de uma cultura da paz.

2. DA SEMIOLOGIA JURÍDICA A MEDIAÇÃO

Em se tratando de um trabalho que coloca em pauta a semiologia jurídica e política e a autopoiese no tratamento dos conflitos sociais, se coloca em evidência o entrelaçamento com os trabalhos da mediação **à luz do imaginário de Luis Alberto Warat** como meio de auxiliar a sociedade e ao meio Jurídico.

Warat e Rocha, nos anos oitenta² pensavam que a semiologia jurídica e a semiologia política, poderiam esclarecer o significado sonhado por Roland Barthes. Porém, logo vimos que a afetividade e o amor não passavam de imagens que somente podemos manter no tempo e no espaço enquanto tivermos a capacidade de delirar. Talvez a afetividade, o prazer, e alguma forma de amor seja o objeto de uma semiologia do desejo. Porém, o que realmente busca/deseja a sociedade quando procura pelos "seus direitos", ou até (e mais profundamente) mesmo pelo real significado/sentido de seus desejos e da vida, dependa muito mais de um observador, mediador, apto a perscrutar o sentido de uma imagem vazia para o ego, mas plena de sentidos para o alter. O mediador talvez dependa unicamente de um trabalho solitário que poderia tornar essa proposta em uma análise psicanalítica das significações do poder e do poder das significações. Como diz Warat: o mediador é um típico herói do silêncio (WARAT, 1995, p. 304).

² Warat e Leonel publicaram sobre semiologia em um texto na revista Sequência de 1981 ("O PODER DO DISCURSO DOCENTE").

Conforme citam Rocha e Warat (1995, p. 107), na obra *O Direito e sua Linguagem*:

A semiologia que se ocupa do universo das significações políticas em sua expressão mais ampla: as significações do Poder e do Desejo.

Por isso,

[...] busco uma semiologia comprometida com o futuro do homem e sua sociedade, com a diferença e com a autonomia individual e coletiva (democracia). Uma semiologia do porvir que enfrente, de maneira criativa e superadora, a crise de sentido que se instalou como ordem da idealização na modernidade. Essa perda de sentido do social, do político e das identidades que alguns chamam de pós-modernidade. O que equivale a dizer: a "semiologia surrealista da transmodernidade", que pode instituir o imaginário social da liberdade (criação constante social - histórica-psicológica de significações coletivas, que não constituíam como ameaça toda e qualquer diferença). Seria uma semiologia libertária do Desejo, destinada a recuperar para o homem seus vínculos perdidos com a vida (WARAT, 1995, p. 107).

Neste sentido nota-se a necessidade do restabelecimento de uma pesquisa onde seja exposta e evidenciada a notória ligação entre os estudos da semiologia jurídica e política (enquanto estudo de comportamento humano, do meio e da forma que se utilizam para se comunicar). Da autopoiese, no sentido de aclarar como, de forma estrutural e sistêmica, os seres humanos absorvem os acontecimentos e, o mais importante, suas significações, donde a partir disso exteriorizará um meio estruturalmente "organizado", dentro do seu sistema de auto-organização para se comunicar e interagir com o outro e com o meio social.

Em 2013, Pierre Rosanvallon (2014) escreveu um texto que procura mostrar o desejo profundo das pessoas comuns tornarem-se protagonistas de um mundo onde os direitos humanos pertencem apenas aos políticos. Por isso a linguagem deve ser elaborada a partir de metáforas que permitem a abertura significativa para uma inclusão do outro.

Por isso, estamos em um tempo onde o rude e a rispidez já não colaboram com o desenvolvimento das relações, seja de amizade, de trabalho ou de amor. Um importante pensador italiano também se aproxima de LAW. Pois como bem observou Eligio Resta (2004, p. 13), solicita que sejam expostos e colocados em prática os Direitos Humanos, conforme refere

O direito fraterno coloca, pois, em evidência toda a determinação histórica do direito fechado na angústia dos conflitantes estatais e coincide com o espaço de reflexão ligado ao tema dos Direitos Humanos, com uma consciência a mais: a de que a humanidade é simplesmente o lugar "comum", somente em cujo interior pode-se pensar o reconhe-

cimento e a tutela. Em outras palavras: os Direitos Humanos são aqueles direitos que somente podem encontrar vigor, também, aqui, senão graças à própria humanidade. Bastaria para tanto, escavar na fenda profunda que corre entre duas diferentes expressões como "ser homem" e "ter humanidade".

Na última expressão supracitada, onde o autor Eligio Resta menciona a diferenciação da definição de valores que deve ser feita entre "ser homem" e "ter humanidade", percebe-se uma ligação de pensamentos deste e do autor Paulo Freire. Do mesmo modo, Darci Ribeiro colocou a importância de um Brasil onde a brasilidade e a cordialidade seriam construídas no contato com as diferentes culturas existentes. Parece, assim, que a decisão do despertar de consciência para a realidade de uma nova comunicação, sendo ela mais afável, aberta, receptiva e observadora, depende unicamente e exclusivamente da boa vontade do ser humano em tornar-se humano.

Nessa linha de ideias, é possível que a mediação possa auxiliar neste despertar, pois ensina a passos lentos como direcionar as palavras, como identificar os sentimentos e ainda como expressá-los. Portanto, a mediação corresponde a um reaprender a se comunicar, dando a oportunidade de todo cidadão da nossa sociedade, de conhecer e se autocompreender dentro de uma nova perspectiva, mais saudável, que lhes fará sentir-se melhor, não só pela reflexão, mas pela autonomia, pelo empoderamento gerado de resolver seus conflitos.

A mediação como forma ecológica³ de negociação leva aos participantes do conflito/litígio uma transformação na percepção do seu mundo e ao redor, colocando em prática o princípio da alteridade e da responsabilidade. Isso modifica radicalmente todo um sistema de soluções já previstas e que tornam a reconciliação algo saturado e desinteressante para as partes. Inicia-se então uma nova era, onde para novos tempos exigem-se novas proteções contra as "tormentas" (WARAT, 1999, p. 02).

Graças à mediação abrem-se caminhos antes pouco evidenciados, que é do tratamento e da valoração dos sentimentos. Desde os primórdios a justiça trata do fato ocorrido, encaixando a lei correspondente, deixando os sentimentos que motivaram o acontecido desconhecidos e desvalorizados. Dessa forma nota-se que, assim como uma erva daninha, o que se faz com o litígio é ceifar o caule, deixando as raízes ainda todas na terra, restando possibilidades para que se refaçam novos brotes.

Ainda que o conflito tenha uma solução justa aos olhos da lei e da sociedade (não menosprezando as decisões do Poder Judiciário), há sempre um par-

3 **Ecológica:** nesse artigo deseja-se expressar o sentido da palavra ecológica como intenção e desejo de algo saudável. Algo que traz benefícios e que gera uma melhora no relacionamento entre os participantes de um conflito/litígio.

ticipante do caso conflituoso que se sente prejudicado, pois a decisão formada é dada por um terceiro, o qual nem sempre consegue ter a “real” dimensão do processo existente. Por isso, não há melhor comunicação do que aquela elaborada por quem sente e vivencia a desarmonia impressa nos autos, que é interna e única, dados os valores que cada ser humano dá às peculiaridades existentes numa relação afetiva, econômica, social e tantas outras que envolvem o mínimo de sociabilidade.

A mediação é uma proposta jurídica de tratamento dos conflitos que escapa do normativo,

[...] sendo a melhor fórmula, até agora encontrada, para superar o imaginário do normativismo jurídico. A mediação como a realização do Feminino no Direito. Estou falando da permanente busca de um sempre-mais-além dos desejos, que é a característica mais específica do feminino (WARAT, 1999, p. 04).

Dessa forma, o rito desempenhado pelas partes e pelo mediador torna-se uma composição satisfatória, dando a assistência necessária e precisa para cada momento e sentimento colocado, garantindo mais segurança e contentamento ao acordo formado pelos participantes do conflito.

Como anteriormente mencionado, o mediador desempenha papel de lisura, quase de transparência, apenas como foco de luz que traduz o que antes não se havia dado a correta interpretação. Ele também conduz o diálogo para que este não se perca nas subjacências do conflito, focando no motivo principal, pois que, arrancado na raiz, o restante todo perde a importância anteriormente dada, sendo mais facilmente tratado.

A partir de uma sessão de mediação, pode-se evidenciar, ainda, outras “raízes” (subjacentes ao conflito tratado) de importância semelhante ou maior do que a primeira, e que também podem ser acompanhadas e tratadas com o mesmo tramite se for da vontade das partes, porém em outro momento, onde o foco seja desta outra⁴.

É por meio da mediação que os participantes colocam em prática o poder da autonomia e da democracia (de escolher o que acreditam ser o melhor), pois se investe neles a responsabilidade que aprenderam a delegar ao Poder Judiciário. Essa responsabilidade proporciona uma vantagem importante da mediação, pois extrapola o âmbito do caso particular, trazendo uma melhora não só no conflito tratado, mas na vida íntima e em sociedade daquele que pratica os atos e os valores que configuram a mediação⁵.

4 Ver também, Fabiana M. Spengler. **Justiça Restaurativa e Mediação**: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais. Ijuí: Unijuí, 2011.

5 Sobre esse tema recomenda-se: MELEU, Marcelino. **Jurisdição Comunitária**. A efetivação do aces-

Uma sociedade que assimila a mediação como cultura, conforme Paulo Freire (1987), modifica não somente o meio de tratar os conflitos/litígios, mas traz também à tona a evolução do ser humano e do ser social. A criança, que antes imatura se socorria ao pai para resolver seus desentendimentos, torna-se um adulto maduro e responsável que busca compreender as diferenças, compreender ao seu próximo e olhar para os conflitos com outros olhos, dando a eles perspectivas de novas respostas e soluções, saudáveis e construtivas.

3. QUAL SUA FINALIDADE?

Os Direitos Humanos, conforme Claude Lefort (1986), permitem uma renovação da ideia de democracia e nesse sentido a mediação poderia ser uma imagem não estereotipada de dizer o amor.

A mediação vem especificamente estruturada para comportar e amparar, em tese, todo e qualquer tipo de conflito, tendo como primazia a reestruturação da comunicação. Metaforicamente, pode-se afirmar que ela trata a relação que se encontra enferma com os remédios necessários, abrindo espaço para a exposição de sentimentos e conversação tranquila, valorando o que sentem necessidade de expor e de melhorar. Assim, dá largos passos para uma resposta mais eficaz, transformando o conflito em algo construtivo.

Nessa linha de ideias, a proposta Waratiana seria mais limitada do que nosso intuito, visto que geralmente a ecologia do desejo se contextualiza em questões intersubjetivas e familiares, não chegando ao alcance epistemológico mais universal pelo qual lutamos.

Assim sendo, com esta intenção, pragmaticamente traça-se caminho para que aos poucos a mediação se torne algo cultural e de tal maneira naturalmente realizada e implantada antes, durante ou até mesmo depois do processo judicial.

O sistema de mediação no Brasil tem sido aplicada por meio de políticas públicas e por vínculos institucionais entre universidades e o judiciário⁶.

De todo modo a mediação é necessária tendo em vista a crise da democracia contemporânea onde o princípio da igualdade é cada vez mais afastado por políticas econômicas que retrocedem a concessão de direitos. Isso

so à justiça na policontextualidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

6 Sobre esse assunto, ver o texto de Camila Nicácio, 2011.

transforma o sistema jurídico tradicional em um local de difícil tratamento dos conflitos, estimulando a criação de outras opções para garantia dos direitos⁷.

Do ponto de vista de uma matriz teórica luhmaniana⁸ se poderia radicalizar a interpretação da mediação. Como exemplo, podemos seguir Dario Rodrigues Mansilla (2007), em sua Obra “Comunicaciones de La Organización” cita três formas de improbabilidades de que a comunicação aconteça: a) a primeira improbabilidade se baseia em que o outro entenda; b) a segunda improbabilidade é que chegue além dos presentes; c) e a terceira improbabilidade é, de que o outro aceite.

Sendo assim, sob este aspecto luhmaniano, salienta-se uma grande mudança epistemológica na teoria do Direito. Buscando reduzir a complexidade sobre as expectativas das expectativas dos atores sociais, dando-se por três dimensões: a) temporal; b) social; c) prática. A dimensão temporal atua na estabilização das expectativas contra possíveis frustrações através da normatização. A dimensão social se apoia sobre um consenso esperado de terceiros. E a dimensão prática se compõe em uma interrelação de confirmações e limitações recíprocas (RODRIGUEZ, 2007). A mediação seria um aspecto que privilegiaria a abertura do sistema para expectativas cognitivas fora do código do Direito.

CONCLUSÃO

Estando cientes de um trabalho complexo e ao mesmo tempo benevolente, onde se busca incessantemente a compreensão da dimensão na esfera da comunicação social da sistemática de uma trilha para a descomplicação das subversões, entende-se: que o conflito é natural e inerente a construção de nossos demônios privados. Nessa linha de ideias, o conflito adquire um significado que torna a comunicação algo que flui como um desejo incontido que aparece somente no consumo de um adereço, manifestando disfarçadamente o sublime momento em que o consciente, compreende que cada ser é um mundo em constante transformação e que devemos sempre somar as realidades concebidas, tornando o mundo sistêmico em algo pacífico, proveniente do sopro da alma, sentido vital, partindo do pressuposto do amor e do romantismo pregados por Luis Alberto Warat.

O desamor é provocado pela expansão da complexidade dos sistemas sociais. A comunicação nesse cenário torna-se altamente improvável e a re-

7 Sobre democracia no contexto europeu contemporâneo. Veja-se, ROSANVALLON, Pierre; **La société des égaux**. Seuil, 2011, e também PIKETTY, Thomas. **Le capital aux xix^e siècle**. Paris. Seuil, 2013.

8 Neste artigo por preferirmos comentar a obra de Warat e divulgar a prática da mediação, optamos por não radicalizarmos a perspectiva sistêmica.

cura do outro em produzir sentidos comuns provoca graves dissonâncias que levam ao desamor. Para Warat, uma saída otimista para a construção ou reelaboração de vidas harmoniosas passaria pela canalização do desejo dentro da afetividade. Em outras palavras, o mediador teria como terceiro excluído o papel de redefinir a observação do outro, desde a abertura deste ao diferente de forma afetiva. Em Warat, desde uma perspectiva sistêmica, como também diz Maturana, o sujeito adquire uma consciência de paz e universalidade somente quando vivencia o amor em sua plenitude. Talvez Shakespeare tenha resumido em “Romeu e Julieta”, quase todo o encantamento do amor como paixão. François Ost salienta que a literatura sempre se relaciona com o poder e o desejo conjuntamente com o enfrentamento de uma lei dogmática (OST, 2012). O grande mediador que foi Gandhi, como salienta Dario Rodrigues, é o modelo ideal, ao postular o Direito, como caminho da paz. O mediador, portanto, será importante para o Direito na medida em que também seja comprometido com a sociedade, os direitos fundamentais e uma nova cultura de fraternidade.

O tema da mediação ainda nos trará muitas surpresas por caracterizar na sociedade socialmente diferenciada uma aquisição evolutiva. Desse modo, como diz Michèle Guillaume-Hofnung, a semântica da mediação precisa ser bem caracterizada para que se produza, a partir da sua unidade, uma comunicação menos violenta simbolicamente.

REFERÊNCIAS

- FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**: saberes necessários à prática educativa. São Paulo: Paz e Terra, 1996.
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia da indignação**: cartas pedagógicas e outros escritos. São Paulo: UNESP, 2000.
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- GANDHI, Mohandas Karamchand. **A roca e o calmo pensar**. São Paulo: Palas Athena, 1991.
- GAGLIETTI, Mauro; GAGLIETTI, Natália. (Org.). **Direito Contemporâneo em pauta**. Passo Fundo: Passografica; Santo Ângelo: URI – Campus Santo Ângelo, 2012.
- GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de conflitos a partir do Direito Fraternal** [recurso eletrônico] / Ana Carolina Ghisleni e Fabiana Marion Spengler - Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.
- GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris: Puf, 2013.
- LEFORT, C. **Essais sur le politique**. Paris: Seuil, 1986.
- LEFORT, C. **Le temps présent**, Écrits 1945-2005. Paris: Belin, 2007.
- LEMPEREUR, Alain; SALZER, Jacques; COLSON, Aurélien. **Méthode de Médiation: au coeur de la conciliation**. Paris: Dunod, 2008.

LUHMANN, N. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007.

LUHMANN, N. **Sociologia do Direito – II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MATURANA, H.R.; VARELA, F. **El árbol del conocimiento: las bases biológicas del conocimiento humano**. Madrid: Debate, 1996.

MELEU, Marcelino. **Jurisdição Comunitária**. A efetivação do acesso à justiça na policontextualidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

NICÁCIO, Camila Silva. Direito e Mediação de Conflitos: entre metamorfose da regulação social e administração plural da justiça? **Revista Tribunal Regional do Trabalho**, 3. Região, Belo Horizonte, v.53, n.83, p.79-108, 2011.

OST, François. **La comédie de la Loi**. Paris: Michalon. 2012.

PIKETTY, Thomas. **Le capital au xxi siècle**. Paris: Seuil, 2013.

ROSANVALLON, Pierre. **Le Parlement des Invisibles**. Paris: Seuil, 2014.

RESTA, Eligio. **Direito Fraternal**. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.

ROCHA, L.S. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

ROCHA, L.S. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: L.S. ROCHA; G. SCHWARTZ; J. CLAM. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROCHA, L.S.; KING, M.; SCHWARTZ, G.. **A verdade sobre a autopoiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RODRÍGUEZ, Darío; OPAZO, Maria Pilar. **Comunicaciones de La Organización**. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2007

SPENGLER, Fabiana M. **Justiça Restaurativa e Mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais**. Ijuí: Unijuí, 2011.

WARAT, Luis Alberto; com colaboração ROCHA, Leonel Severo. **O Direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Safe, 1985.

WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985.

WARAT, Luis Alberto. **A Rua Grita Dionísio. Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo: a mediação no Direito**. Argentina: ALMED – Angra Impresiones, 1999.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.

WARAT, Luis Alberto. **Por quien Cantan Las Sirenas**. Joaçaba – SC: UNOESC/CPGD-UFSC, 1996.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**. v. III. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

Mutação por construção constitucional.

Francisco Lisboa Rodrigues

INTRODUÇÃO

O presente trabalho, sem nenhuma pretensão de aprofundamento, lança olhos em tema ainda inseguro quanto às suas conclusões, qual seja o das mutações constitucionais por construção judicial, notadamente nos Tribunais Superiores.

Como pressuposto lógico, inicia-se com um conceito de mutação constitucional. O conceito de mutação constitucional, de semântica imprecisa, é discutido e adotado um enfoque para fins deste trabalho. A seguir, sempre de forma superficial, delineiam-se algumas linhas sobre a historicidade da interpretação constitucional, relevando o problema da pré-compreensão e, por fim, a construção judicial reveladora de mutação. Ver-se-ão alguns exemplos de mutação nos Tribunais Constitucionais como fechamento do trabalho.

A metodologia adotada consiste na leitura e releitura de doutrina e decisões judiciais sobre a temática. Ao término, pretende-se ter indicada alguma contribuição para a abordagem da questão.

1. CONCEITO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A abordagem do tema mutação constitucional prescinde de uma noção, mesmo perfunctória, da gênese das normas constitucionais como manifestação do poder constituinte originário. Por não ser objeto central do presente escrito, limitar-se-á a uma visão panorâmica a respeito da doutrina do poder constituinte originário¹.

¹ O inventário sobre os fatos históricos que podem evidenciar a origem de uma constituição, como

Há acordo entre os doutrinadores no sentido de que a doutrina do poder constituinte se consolida à época da Revolução Francesa (1789), coincidindo com a gênese do constitucionalismo moderno². Deve-se o seu desenvolvimento teórico ao abade Emmanuel Joseph Sieyès (1993, p. 129-176) que apontava a nação como titular do poder constituinte. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2014, p. 23) observa que:

A ideia da existência de um poder que estabelece a Constituição, ou seja, que estabelece a organização fundamental de um Estado, distinto dos estabelecidos pela Constituição, não obstante encontre raízes remotas na Antiguidade, surge tão só no século XVIII, associada à ideia de Constituição escrita.

Na elaboração conceitual acima, o autor releva a titularidade do Poder Constituinte originário em detrimento de sua real afirmação enquanto realidade lógica e histórica. Assim, é o próprio Abade Sieyès (1988, p. 113) que firma a noção deste Poder ao afirmar que,

[...] em toda nação livre – e toda Nação deve ser livre – só há uma forma de acabar com as diferenças que se produzem com respeito à Constituição. Não é aos notáveis que se deve recorrer, é a própria Nação. Se precisamos de Constituição devemos fazê-la. Só a Nação tem direito de fazê-la.

Ao atribuir à nação a titularidade do Poder Constituinte originário, Sieyès reconhece um único direito acima da nação: o direito natural. Nas palavras do Abade (1993, p. 157):

Pero que se no diga según qué puntos de vista, según qué interés se habría podido dar una Constitución a la nación misma. Ella existe ante todo y es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal es la ley misma. Antes de ella, por encima de ella, no hay más que el derecho natural.

Modernamente, as características deste Poder são: inicial, ilimitado e autônomo e incondicionado. Portanto, pode-se afirmar que não há limitação jurídica ao Poder Constituinte originário. “Todavia, há na doutrina o reconhecimento da existência de limitações *extrajurídicas* ou *metajurídicas* ao próprio poder constituinte originário, isto é, vedações que transcendem a órbita puramente

se sabe, resultaria, dependendo do autor seguido, no mundo hebreu ou, ainda, na Grécia antiga. Este levantamento historiográfico comprometeria o fim perseguido neste trabalho que é mais simples, embora não menos importante.

2 Entende-se que o constitucionalismo moderno já se fazia presente, em suas linhas mestras, no Século XVII, na Inglaterra. Entretanto, faz-se a opção pelos fatos consolidadores na Revolução Francesa. Indica-se a excelente obra: PORRAS, Javier Dorado. **La luta por la constitución**: las teorías del fundamental law em la Inglaterra del siglo XVII. CEPC: Madrid, 2001. No mais, Bernardo Bayona Aznar (2009) afirma, com apoio em Kantorowicz e García Pelayo, que Frederico II foi o primeiro homem moderno a subir no trono, fundou a primeira monarquia absoluta do ocidente e com suas *Constituciones de Melfi* criou a burocracia moderna e sua obra antecipou o Estado, com seus caracteres usuais.

juspositiva" (BULLOS, 1997, p. 21). Admite-se, então, limitações ideológicas, religiosas, multiculturais, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana.

Citando Marcelo Rebelo de Sousa, Uadi Lammêgo Bulos (1997, p. 21) enfatiza que "quer o poder constituinte formal, quer o poder constituinte material são limitados pelas estruturas políticas, sociais, econômicas e culturais dominante da sociedade, bem como pelos valores ideológicos de que são portadores." Sem ingressar na distinção entre constituinte originário e derivado ou formal e material, merece relevo a constatação de que o Poder Constituinte, seja originário ou derivado, não possui *pureza existencial* ou realiza-se no mundo dos fatos de forma imune às demais produções culturais do homem. Daí a necessidade de se verificar os fatores *metajurídicos* que influenciaram na produção de uma dada Carta Política. E mais, tem-se de se levar em conta a possibilidade, não tão remota, de sua modificação por mutações posteriores, inclusive as produzidas por via judicial, o enfoque principal desse trabalho.

Estabelecida a premissa do poder constituinte como responsável pela produção constitucional, seja originária ou revolucionária, cumpre admitir que as constituições são alteradas, também, por processos informais, distantes dos regramentos normativamente postos nas próprias constituições, as mutações constitucionais.

Para Uadi Lammêgo (1997, p. 57),

[...] denomina-se mutação constitucional o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da *Lex Legum*, quer por intermédio da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem cômodos usos e costumes constitucionais.

O conceito de mutação constitucional não recebe a mesma abordagem desde seu surgimento nos finais do século XIX e início do século XX. Em recente trabalho, Carlos Victor Nascimento dos Santos (2015, p. 80-91) demonstra as tendências doutrinárias, usos e sentidos da mutação constitucional e, principalmente, sua utilização de sem verificação de proximidade com a realidade social. Os exemplos abaixo comprovam a variedade conceitual aqui apontada.

Georg Jellinek (1991, p. 7), após expressar sua ideia sobre reforma da constituição, acrescenta "*y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por lá intención, o consciencia, de tal mutación*".

O elemento de destaque no conceito de Jellinek é a intenção, a vontade de modificar a constituição. Em Hsü Dau-Lin (1998, p. 29), [...], *quizás podría hacerse diciendo que se trata de la incongruencia que existe entre las normas constitucionales por um lado y la realidade constitucional por otro*. Os dois autores clássicos não convergem em seus conceitos. Isto para não falar de Garcia-Pelayo (1951), Hermann Heller (2002), na doutrina alienígena e, no Brasil, Uadi Lamêgo Bulos (1996), Raul Machado Horta (1992), Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986) e Luís Roberto Barroso (2015), para citar alguns.

Para fins deste texto será adotada a ideia de mutação constitucional como alterações informais das normas constitucionais, em decorrência de costumes, usos, atos dos poderes instituídos, resultados do distanciamento entre as normas constitucionais e a realidade social, axiológica, podendo alterar o sentido e alcance dessas normas, especialmente por atividade judicial, conceito que mais se aproxima ao de Hsü Dau-Lin.

A problemática referente à questão terminológica, não será objeto de delineamento mais profundo neste trabalho, cujo objetivo central é o de demonstrar as mudanças constitucionais em razão da atividade judicial, considerando-se, logicamente, a interpretação constitucional. Portanto, é suficiente a conceituação retro de mutação constitucional.

2. HISTORICIDADE DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: O PROBLEMA DA PRÉ-COMPREENSÃO

Torna-se difícil ou mesmo irrazoável falar de interpretação constitucional sem que se faça uma abordagem, embora perfunctória, dos elementos de pré-compreensão. Assim é devido ao fato de que toda interpretação pressupõe a crença numa posição anterior, seja relativa ao sujeito, ao objeto ou ao modelo de interpretação adotado. Neste contexto não se pode afastar a dimensão tempo na captação de uma realidade e sua conseqüente (às vezes simultânea) interpretação. Inocêncio Mártires Coelho (2000, p. 15-16), em obra coletiva, traz uma notável contribuição de Heidegger:

A interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa *posição prévia, visão prévia e concepção prévia*. A interpretação nunca é a apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições. Se a concreção da interpretação, no sentido de interpretação textual exata, se compraz em se basear nisso que 'está' no texto, aquilo, que, de imediato, apresenta como estando no texto nada mais é do que a opinião prévia, indiscutida e supostamente evidente, do intérprete. Em todo princípio de interpretação, ela se apresenta como sendo aquilo que a

interpretação necessariamente já 'põe', ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia.

Fica evidente, desta forma, que a interpretação, porque humana, exige uma compreensão da realidade história do ser do intérprete. Esta compreensão proporcionará a justificação das suas conclusões, ofertando uma cosmovisão dos elementos que interagem no ato de interpretar.

Quando Gaston Bachelard fala de obstáculo epistemológico, refere-se exatamente a esses elementos de pré-compreensão que estão presentes e atuantes na vida de todos. Sobre o progresso do conhecimento científico, Bachelard escreve (1996, p. 17) que,

quando se procuram as condições psicológicas do progresso da ciência, logo se chega à convicção de que é em termos de obstáculos que o problema do conhecimento científico deve ser colocado. E não se trata de considerar obstáculos exteriores, como a complexidade e a fugacidade dos fenômenos, nem de incriminar a fragilidade dos sentidos e do espírito humano: é no âmago do próprio ato de conhecer que aparecem, por uma espécie de imperativo funcional, lentidões e conflitos [...]. O conhecimento do real é lua que sempre projeta algumas sombras. Nunca é imediato e pleno. As revelações do real são recorrentes. O real nunca é 'o que se poderia achar' mas é sempre o que se deveria ter pensado.

Pode, então, afirmar que os elementos de pré-compreensão são alicerces em que repousa a construção da atividade interpretativa. Ou melhor, querem eles indicar a consideração histórica do processo de interpretação, abordando todos como momentos da interpretação. Esta atividade leva ao reconhecimento, muitas vezes, de uma ultrapassagem dos modelos prévios ou suas retificações, posto que no processo de interpretação há uma nota de reinterpretção consistente no fato de que o intérprete tem por material algo já interpretado, uma anterior visão de mundo.

Sobre o tema, Inocêncio Coelho (2000, p. 20), traz ímpar contribuição de Georges Bordeau que se refere à Ciência Política, mas cujo conteúdo se aplica ao que aqui se destaca:

Ninguém jamais viu o Estado. Não obstante, quem poderia negar que se trata de uma realidade? O lugar que ocupa na nossa vida cotidiana é tão importante, que não poderia ser eliminado dela sem que, por sua vez, se vissem comprometidas nossas possibilidades vitais. A ele atribuímos todas as paixões humanas: é generoso ou ladrão, engenhoso ou estúpido, cruel ou benévolo, discreto ou invasor. E porque o consideramos sujeitos a esses movimentos da mente ou do coração humanos, a ele dedicamos os mesmos sentimentos que nos inspiram as pessoas: confiança ou temos; admiração ou desprezo; ódio muitas vezes; porém, em certas ocasiões, um tímido respeito ou uma adoração atávica e incons-

ciente do poder se misturam com a necessidade de acreditar que nosso destino, embora misterioso, não é um joguete do acaso. Se a história do Estado resume nosso passado, sua existência atual parece prefigurar nosso futuro. Se às vezes o maldizemos, logo nos damos conta de que, para o bem ou para o mal, estamos ligados a ele.

As normas constitucionais estão sujeitas, desde sua criação pelo Poder Constituinte originário, à influência de fatores históricos. Princípios como democracia, dignidade da pessoa humana, separação de funções, por exemplo, nem sempre foram considerados como presentes na formação filosófica, política e social de um povo. O Estado Nazista foi uma realidade marcante no afastamento de tais princípios.

A compreensão histórica daquilo que se pretende interpretar é necessária para se alcançar o fim desejado. Savigny, por volta de 1814, preocupava-se com o sentido da lei, do texto escrito, fato este que também ocupou a mente dos exegetas medievais (GROSSI, 1996). Surgiram, basicamente, quatro técnicas: a) a interpretação gramatical, que procurava o sentido **vocabular** da lei; b) a interpretação lógica, que visava ao seu sentido **proposicional**; c) a sistemática, que buscava o sentido **global** ou **estrutural**; e d) a histórica, que tentava atingir o sentido **genético**.³ Particularmente considerada, a Escola Histórica possuía as seguintes características anotadas por Norberto Bobbio (1995, p. 51-52): a) individualidade e variedade do homem; b) irracionalidade das forças histórica; c) pessimismo antropológico; d) amor pelo passado e, e) sentido da tradição. Levando-se em conta as características apontadas, pode-se afirmar que Savigny esqueceu as relações entre o sentido jurídico atual e o originário de uma norma, ou seja, não considerou a atualização do sentido da norma, embora relevasse o aspecto histórico. Como identificar, portanto, essas distinções e necessidades no momento da interpretação? Gadamer (1997, p. 485-486), relevando o sentido originário da lei, seu valor, também questiona a esse respeito de qual sua intenção primeira e a possibilidade de seu reconhecimento. São suas as palavras:

Mas como chegará a reconhecer isso? Ser-lhe-ia possível compreendê-lo sem se tornar primeiro consciente da mudança de circunstâncias que separa aquele momento da atualidade? Não estaria obrigado a fazer exatamente o mesmo que o juiz, ou seja, distinguir o sentido originário do conteúdo de um texto legal desse outro conteúdo jurídico em cuja pré-compreensão vive como homem atual?

Extreme de dúvidas as consequências das indagações acima. Assim, não há que se negar a ligação existente entre passado e presente quando do ato de interpretar. A historicidade da interpretação constitucional, porque histo-

3 Para um estudo sucinto acerca dos 'métodos' de interpretação veja: ANDRADE, Christiano José de. **Os problemas dos métodos da interpretação jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

ricidade do intérprete e dos elementos envolvidos, é indubitável. E a ponte entre o passado e o presente é realizada pela hermenêutica constitucional. Ora, para que se tenha uma hermenêutica constitucional, urge determinar-se, previamente, a estrutura objetiva do que se coloca como objeto de interpretação. Na hermenêutica constitucional o problema acerca de como se interpreta uma Constituição é posterior à determinação do conceito de Constituição. Novamente, tem-se a historicidade dos fatos – aqui conceito – na base do interpretar humano. O conceito também progride, também modifica de conteúdo na medida em que mudam as concepções filosóficas, sociais, científicas e políticas reinantes.

3. MUTAÇÕES POR CONSTRUÇÃO CONSTITUCIONAL

Não se pode olvidar que a interpretação constitucional é anterior ao momento mesmo da aplicação das normas fundamentais. Uadi Lammêgo (1997, p. 95), menciona algumas notas específicas da interpretação constitucional:

[...] a inicialidade (inerente à formação originária do ordenamento jurídico, em grau de superioridade hierárquica); o conteúdo marcadamente político (por ser a Constituição o estatuto jurídico do político, na visão de Gomes Canotilho); a estrutura da linguagem (caracterizada pela síntese da coloquialidade); a predominância das normas de estruturas ou organização, isto é, daquelas que regulamentam a criação de outras.

As características acima não afastam do problema da interpretação e seus vários métodos ou momentos, vez que em cada um deles o intérprete encontrará contribuições para o deslinde do significado das expressões ou termos contidos nas normas constitucionais. Assim, não se alongará, neste átimo, nas considerações dos vários métodos de interpretação, bem como não se aprofundará os inúmeros fatores metajurídicos que influenciam na formação do resultado hermenêutico, passando-se logo ao tema central das mutações por construção constitucional.

Pode-se dizer, com Uadi Lammêgo (1997, p. 167), que construção constitucional (*construction*) é “um meio eficiente pelo qual as Constituições sofrem mudanças substanciais, no sentido, alcance e conteúdo dos seus preceptivos, sem a necessidade do recurso formal à revisão ou emenda constitucionais”. Não tem a construção constitucional a mesma significação da interpretação, sendo esta relacionada à linguagem, aos símbolos, através de elementos já existentes, enquanto a primeira busca o significado da Constituição como um todo.

Para Woodburn, citado por Uadi Lammêgo (1997, p. 143), a construção

considera a Constituição como um todo, procura e aplica o fim provável, o intuito de todo documento, determinando que poderes dele ressaltam, ou nele se acham implícitos. A construção compara uma parte da Constituição com todas as outras, e entra no conhecimento dos assuntos que estão além das palavras claras do texto, como, por exemplo, a natureza do caráter do governo civil ou da soberania, e as evidências da história e expressão contemporânea, quanto aos fins visados ao elaborar-se a Constituição. Pela construção liberal ou ampla, a Constituição tem-se desenvolvida largamente, e os limites do poder têm sido cada vez mais estreita e claramente definidos. É da construção que as grandes controvérsias políticas e constitucionais têm nascido. A interpretação tem constituído, principalmente, matéria de Direito; a construção matéria de política.

A doutrina exposta no escrito de Woodburn opta, claramente, pela distinção entre interpretação e construção, ao deixar demarcada a fronteira entre ambas. No entanto, nem todos os autores corroboram com tal postura, como é o caso de José Horácio Meirelles Teixeira e Anna Cândida da Cunha Ferraz. Eis as palavras do primeiro (*apud* BULOS, Uadi Lammêgo (1997, p. 144):

Não há motivo para essa distinção entre 'construção' e 'interpretação' constitucional (e muitos juristas norte-americanos são desta opinião), porque, na verdade, toda autêntica, verdadeira interpretação, é construção, pois o intérprete não pode ater-se exclusivamente ao texto, à letra da lei, isolando das suas outras partes do ordenamento jurídico, e dos princípios e valores superiores da justiça e da moral, da ordem natural das coisas, das contingências históricas, da evolução das necessidades sociais, da vida, enfim.

Realmente, a construção é um momento da interpretação, embora não seja confundido com esta. Na verdade, não há construção sem interpretação, podendo, de outra forma, existir, interpretação sem construção⁴. Basta lembrar, neste caso, o problema da incompletude do ordenamento jurídico para ter-se uma interpretação sem construção. O próprio ordenamento, objetivamente, oferece meios para se colmatar as lacunas, não podendo o juiz se escusar do julgamento alegando ausência de norma aplicável (ver art. 126, do Código de Processo Civil em vigor: "O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito").

Na prática interpretação e construção são termos utilizados com o mesmo sentido. Todavia, pode-se distinguir entre construção e interpretação *stricto*

⁴ Quando o intérprete se limita ao texto da norma, sem ter que lançar olhos a elementos extra-jurídicos, não há, no resultado da interpretação nenhuma construção, mas houve interpretação, não se tem dúvida.

sensu. Ao término, são momentos de um mesmo processo: interpretação constitucional, esta considerada como todo.

3.1. Construção Constitucional nos Tribunais

A história dos Tribunais Constitucionais revela que, não raras vezes e, em alguns casos, até diuturnamente, podem ser observadas mutações por construção judicial.

No sistema de controle de constitucionalidade brasileiro tem-se a notícia da antes possível inconstitucionalidade parcial. Com o advento da Constituição de 1988, não mais é possível ao Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Judiciário, a declaração parcial de inconstitucionalidade que signifique alteração no sentido e no alcance do preceito. É a regra. Todavia, há neste ponto, a real possibilidade do Supremo de afastar, por completo, uma norma considerada inconstitucional. Ademais, e é o que interessa neste ponto, se houver mais de uma possibilidade de interpretação relativa à mesma norma, cabe à Corte Constitucional a interpretação que melhor corresponda aos princípios albergados pelo constituinte originário. Diante de tal situação, pode-se flagrar uma *construction* quando o Supremo Tribunal Federal sai dos elementos manifestos no texto constitucional e traz solução não prevista pelo constituinte de forma clara ou, até mesmo, não previstas por ele. Certamente, há resistência à atividade supletiva do Pretório Excelso, principalmente quando se releva o princípio da separação dos poderes. No entanto, nos *hard cases*, de presença incontestada de conceitos indeterminados⁵, por exemplo, não há como negar essa atividade. Uadi Lammêgo Bulos observa a respeito (1997, p. 152):

Isso revela o poder normativo do Supremo, exteriorizado pela *construction*. O acórdão a seguir elucidada a questão, qual seja a do pedido de Intervenção Federal nº 14, de 1951, e o da Reclamação nº 315, de 1953, de que foi Relator o Ministro Edmundo Macedo Ludolf, quando lembrou ao plenário 'a prerrogativa que competia ao STF de construir o próprio

5 Na lição de Dinorá Adelaide Musetti Grotti (2001) "os conceitos jurídicos se diferenciam dos demais conceitos por não se referirem a objetos (coisas), mas a significações. Não são, pois, essencialistas. É o que realça Eros Roberto Grau: o objeto do conceito jurídico não existe em si, dele não há representação concreta, nem mesmo gráfica. Tal objeto só existe 'para mim', de modo tal, porém, que sua existência abstrata apenas tem validade, no mundo jurídico, quando a este *para mim*, por força de convenção normativa, corresponde um – seja-me permitida a expressão – *para nós*. Apenas e tão somente na medida em que o objeto – a significação – do conceito jurídico possa ser reconhecido uniformemente por um grupo social poderá prestar-se ao cumprimento da sua função que é a de permitir a aplicação de normas jurídicas, com um mínimo de segurança e certeza...O objeto do conceito jurídico expressado, assim, é uma significação atribuível a uma coisa, estado ou situação e não a coisa, estado ou situação.". Aqui tem que se reverenciar o entendimento de Eros Roberto Grau quando defende que "a indeterminação não é dos conceitos jurídicos (idéias universais), mas de suas expressões (termos); logo, mais adequada será a referência a termos indeterminados de conceitos e não a conceitos indeterminados, que, de fato, não existem".

direito, em dadas circunstâncias de premência e necessidade, em ordem a suprir as deficiências ou imperfeições da legislação' (DJ, 28 nov. 1951, p. 4528-9). O Ministro Edgard Costa também enfatizou que 'o STF, ao modo da Corte Suprema Norte-Americana, desempenha não o papel de um simples tribunal de justiça, mas o de uma constituinte permanente, porque os seus deveres são políticos, no mais alto sentido da palavra, tanto quanto judiciais.

Notável exemplo de construção judicial, ainda citado pelo mesmo autor (1997, p. 153), é nestes moldes referido:

Exemplo bastante vigoroso do construcionismo judiciário, no ordenamento pátrio, foi a doutrina brasileira do *habeas corpus*, cujo principal artífice foi Pedro Lessa. Ao lado de Rui Barbosa, ampliou a interpretação do art. 72, § 22, da Constituição de 1891, para conceder *habeas corpus* contra qualquer ato de abuso de autoridade. Outrossim, o *writ* era utilizado como remédio protetivo dos direitos pessoais. Pedro Lessa mostrou, entretanto, que 'a liberdade individual é um direito fundamental, condição de exercício de um sem-número de direitos: para trabalhar, para cuidar de seus negócios, para tratar de sua saúde, para praticar os atos de seu culto religioso, para cultivar seu espírito, aprendendo qualquer ciência, para se distrair, para desenvolver seu sentimento, para tudo, em suma, precisa o homem da liberdade de locomoção, do direito de ir e vir. Desenvolveu-se, então, fecundo trabalho jurisprudencial, que se alinha entre o que de mais notável existe na história dos tribunais, como construção do intérprete, atribuindo ao *habeas corpus* 'latitude que, em país algum, jamais se lhe reconhecera.

No que pese o posicionamento acima apontado, não esteve o Supremo adotando tal caminho de forma pacífica em toda sua história⁶. Podem ser apontados vários exemplos segundo os quais não cabe ao Supremo atuar como legislador positivo, mesmo diante de posição que se lhe exija a iniciativa⁷. No julgamento da Representação nº [1.417/DF](#), o Relator, ministro Moreira Alves, relativamente à aplicação do princípio da interpretação conforme a Constituição, deixou consignado em seu voto:

[...]. A aplicação desse princípio sofre, porém, restrições, uma vez que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF – em sua função de Corte Constitucional – atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo. Por isso, se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o próprio Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo (TRJ 126/48).

6 Alguns exemplos de construção pelo Supremo Tribunal Federal podem ser encontrados, embora em descompasso com os anseios da sociedade, na tese de doutorado do Professor Francisco Gérson Marques de Lima, publicada com o título **O Supremo Tribunal Federal na Crise Institucional Brasileira**. Fortaleza: ABC/Livraria Fortlivros, 2001.

7 Neste ponto surge o debate que traz à tona o protagonismo e o ativismo judiciais.

Felizmente, trata-se de decisão isolada e que não pode servir como indicador de regra máxima, como vimos. Mas o debate não pára por aí. Uadi Lammêgo (1997, p. 157-158), observa que “contra a tese, que visualiza o caráter político e a função *sui generis* dos tribunais constitucionais, ‘sustenta outra corrente doutrinal ser o Tribunal Constitucional um órgão jurisdicional, porque, tal como nos outros tribunais, as decisões obtêm-se de acordo com um ‘processo’ judicial através do qual se ‘diz’ vinculativamente o ‘que é o direito’ segundo a ‘medida’ jurídico-material do direito constitucional.” Ele mesmo refuta tal posição (1997, p. 158), ao afirmar que “a experiência demonstra que as questões políticas e as questões jurídicas consignam aspectos integrantes de uma mesma realidade, não havendo como considerá-las totalmente distintas e equidistantes”.

Na Suprema Corte dos Estados Unidos encontra-se, dentre outros, o seguinte exemplo de mutação por construção constitucional, citado por Uadi Lammêgo (1997, p. 168):

O caso Dred Scott, julgado em 1857, nas vésperas da Guerra de Secesão, evidencia a importância da construção constitucional. Pela seção 8ª do *Missouri Compromise Act*, de 1850, ficou proibida a escravidão nos territórios. Em face disso, o escravo Dred Scott pretendia haver adquirido a liberdade pela residência em território onde a escravidão era proibida. A Constituição, contudo, não permitia que os negros fossem considerados cidadãos, levando Taney a defender a inconstitucionalidade daquela medida, que proibira a escravidão nos territórios. ‘Apesar da pesquisa histórica de Taney e seus colegas e de historiadores mais modernos não constitui tarefa fácil decidir se aquele estava certo ou errado. Quanto à sua teoria, porém, de ser o sentido das palavras da Constituição fixo e imutável e não se ajustar às cambiantes concepções de outra época, há muito teria ela sido abandonada, se lhe faltasse a flexibilidade que Taney lhe desconheceu. Nesta hipótese foi necessária emenda constitucional para modificar a definição de cidadania. A grande massa de mudanças constitucionais, entretanto, consumou-se antes através da interpretação que da emenda formal.

Neste caso, como em outros, a jurisprudência, e aqui não somente a dos Tribunais Superiores, tem se antecipado à legislação.

Assim, a *construction* é, seguramente, um meio eficiente de mutação constitucional, mudando o conteúdo e alcance das normas sem a necessidade de processo formal.

CONCLUSÃO

O tema das mutações constitucionais oriundas da atividade judicial não é pacífico. O principal entrave, pelo visto, é sempre um positivismo legalista e

formal sendo ressuscitado pelos operadores do Direito. Não se deve olvidar que alguns cânones da hermenêutica filosófica, por exemplo, ainda são de pouca ou nenhuma aplicação no Brasil. Todavia, o fluir do tempo mostra, em claras e distintas produções dos Tribunais que a prática está se voltando mais para o ideal de Democracia e Justiça.

Observou-se que a construção constitucional é fruto de trabalho hermenêutico que não se confunda com protagonismo ou ativismo judicial, embora possam estar juntos.

Não há, pois, como negar a existência de tais mutações, sendo urgente a formação do intérprete num ambiente de mundividência que o municie com ferramentas capazes de fazer transcender o homem moderno a fazer surgir o homem possível.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Christiano José de. **O problema dos métodos da interpretação jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

AZNAR, Bernardo Bayona. **El origen del estado laico desde la edad media**. Madrid: Tecnos, 2009.

BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

BARROSO, Luis Alberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BULOS, Uadi Lamêgo. Da reforma à mutação constitucional. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 33, n. 129, p. 25-43, jan./mar. 1996.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Mutações constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1997.

DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la Constitución**. Tradução de Christian FÖRSTER, Oñati: IVAP – Instituto Vasco de Administración Pública Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea, 1998. (orig. Die Verfassungswandlung. Walter de Gruyter, Berlin und Leipzig, 1932).

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. São Paulo: Saraiva, 2014.

GADAMER, Hans-George. **Verdade e Método**: traços fundamentais de uma Hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1997.

GARCÍA-PELAYO, M. **Derecho Constitucional Comparado**. Madrid: Revista de Occidente, 1951.

GROSSI, Paolo. **El orden jurídico medieval**. Traducción Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez. Madrid: Marcial Pons, 1996.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa**. Disponível em: <http://www.ite.com.br/public_revista24_art2.htm>. Acesso em: 08 maio 2001.

HELLER, Hermann. **Teoría del Estado**. Traducción Lui Tobio. Fondo de Cultura Económica, México, 2002.

HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na Constituição. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 29, n. 115, p. 5-25, jul./set. 1992.

LIMA, Francisco Gérson Marques. **O Supremo Tribunal Federal na Crise Institucional Brasileira**. Fortaleza: ABC/Livraria Fortlivros, 2001.

PORRAS, Javier Dorado. **La luta por la constitución**: las teorías del fundamental law em la Inglaterra del siglo XVII. CEPC: Madrid, 2001.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. Reconstruindo o conceito de mutação constitucional. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), v. 7, n. 1, 2015, p. 80-91.

SIEYÉS, Emmanuel Joseph. ¿Qué es el Tercer Estado? In: **Escritos políticos de Sieyès**. Introducción, estudio preliminar y compilación de David Pantoja Morán. México: FCE, 1993.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Que é o terceiro estado**. Tradução de Norma Azere-do. Rio de Janeiro: Líber Júrís, 1988.

Coronelismo: um sistema de compromisso.

Jânio Pereira da Cunha
Júlia Maia de Meneses Coutinho
Newton de Menezes Albuquerque

INTRODUÇÃO

O presente trabalho não tem por objetivo trazer considerações inovadoras sobre o fenômeno político do coronelismo, já classicamente tematizado por Victor Nunes Leal (1997), em seu *Coronelismo, Enxada e Voto*, posto que compreendemos que a despeito da emergência de novos elementos na conformação da estrutura política nacional, no que se refere ao assunto em tela, pouco houve de inovações, de acréscimos, notadamente na sua dimensão conceitual. O que se percebe é a persistência residual de práticas coronelísticas, amalgamadas a um processo de modernização capitalista, centrada na ênfase dos valores mercantis e da institucionalidade burocrática do Estado, acentuando as antinomias, a conflituosidade e a heterogeneidade do Brasil, não facilmente apreensível por categorias e conceitos “puros” da tipologia acadêmica.

Assim sendo, o que nos conduz nesta empreitada é simplesmente a vontade de condensar os fundamentos do coronelismo, bem como suas características essenciais e secundárias, de sorte a propiciar uma compreensão ampla e geral de referido fenômeno, atualizando-o frente às novas injunções da dinâmica histórico-social, dos nexos internos e externos das diversas instâncias que conformam a produção da vida social em sua totalidade.

Pois se é verdade que, as relações sociais nativas ainda são marcadas pela sobrevivência de lealdades estamentais, de formas pré-modernas de sociabilidade, próprias de uma formação sócio-econômica periférica na divisão internacional do trabalho, moldada da conjunção de fundamentos capitalistas com outras expressões pretéritas de vida social, como é o coronelismo; também o é, que parte ponderável desses aspectos se veem subordinados a outra lógica distinta daquela. O processo político no Brasil, aliás, é um exemplo eloquente

de nossa complexidade, onde se depreende não só a perseverança de alguns vínculos pessoais de natureza oligárquica, numa aparente de manifestação de nossa tendência estática, mas só que agora, sob o jugo, à dominância do Capital e de seus interesses gerais.

Ressalte-se, outrossim, que os vícios advindos do sistema coronelista, tais como a fraude, corrupção, nepotismo, patrimonialismo se veem “convertidos” funcionalmente em arranjos em favor de forças político-partidárias organicamente acopladas as determinações sistêmicas do capitalismo, bem como as contradições e processos peculiares ao Estado de Direito e a democracia, intrínsecos a uma sociedade civil crescentemente complexa e diferenciada. Já Sérgio Buarque de Holanda sublinhava em sua análise sobre as bases sociológicas da civilização brasileira, a importância crucial, decisiva do sentido afetivo das instituições, delineada pelo peso da velha “cordialidade” no modelamento dos vincos entre os indivíduos e as classes possidentes, advertindo-nos sobejamente, o quanto ainda nos distanciamos do devido acatamento à legalidade, e à impessoalidade propugnadas canonicamente pelo liberalismo político. Ou seja, nossa formação sócio-política e institucional mescla, paradoxalmente, avanços e retrocessos, tecnologia e arcaísmo na construção do padrão político estatal, diferentemente do que vimos em países de desenvolvimento clássico, onde a assunção do mercantilismo, do mercado alavancou o sepultamento dos resquícios de personalismo, dos arranjos oligárquicos, afirmando a prevalência da normatividade jurídica e dos marcos institucionais na interação entre sociedade civil e Estado.

Destarte, necessário se faz compreender um pouco os elementos da organização coronelística clássica, de modo a facilitar a identificação dos seus resquícios nas instituições atuais, para o fim de aperfeiçoá-las, livrando-as dos vícios e problemas que dificultam a republicanização e democratização da sociedade brasileira.

1. A ESSÊNCIA DO SISTEMA CORONELISTA

O coronelismo pode ser situado historicamente entre o ano de 1889 e 1930, período denominado na história oficial brasileira de República Velha. Na lição de Machado (2003, p. 68) o coronelismo é derivado do termo coronel e representa

[...] a mais alta patente concedida pela Guarda Nacional, o Coronelismo, ou poder local dos grandes proprietários rurais e comerciantes, encontrou

no primeiro sistema político republicano amplas condições de autonomia adequadas ao exercício de mando local e regional, inclusive com base para situações e oposições) políticas estaduais.

Tal fenômeno tem sido caracterizado por parte significativa da literatura sobre o tema, em especial o trabalho de Victor Nunes Leal (1997), em sua obra clássica *Coronelismo, Enxada e voto*, a qual orienta o desenvolvimento deste trabalho, como resultante de um fato econômico e outro político.

O fato político trata-se da substituição do regime centralizado do período monárquico pelo federalismo do período republicano, no qual surge um novo ato no cenário político, o governador de estado.

Veja que, durante o Império, fala-se em antigo presidente da Província, como um homem de confiança do Ministério sem qualquer forma de poder próprio, o que implica a sua remoção a qualquer tempo, sem quaisquer condições de constituição de bases da Província por ser muitas vezes alheio (CARVALHO, 1997).

Como fato econômico tem-se a decadência dos senhores de terra, que acarretava o arrefecimento do poder de mando dos coronéis para com seus dependentes e agregados, de sorte que a permanência do poder político do coronel necessitava agora da contrapartida do Estado. Assim, Nardini (2003, p. 184) acrescenta que “o coronelismo (...) representou a inadequação do setor político, resistente e arcaico às novas transformações que se faziam prementes no Brasil no início do século XX”.

Nesse sentido é que Leal (1997, p. 40) concebe “o ‘coronelismo’ como resultado da superposição de formas desenvolvidas do regime representativo a uma estrutura econômica e social inadequada”. Regime representativo caracterizado pelo sufrágio amplo, de forma que o governo não poderia dispensar do eleitorado da zona rural, sob pena de não conseguir os votos necessários à ascensão e permanência no poder (LEAL, 1997, p. 41).

Assim, pode-se dizer que “o ‘coronelismo’ é, sobretudo, um compromisso, uma troca de proveito entre o poder público, progressivamente fortalecido, e a decadente influência social dos chefes locais, notadamente dos senhores de terras” (LEAL, 1997, p. 40).

Esse compromisso tem como base a reciprocidade de benefícios e obrigações, que se desenvolve de forma complexa da esfera estadual e federal, e tendo como base primária a esfera municipal, representada pelo ator principal desse sistema de poder, o chefe local ou coronel. Numa típica expressão da modernização conservadora que caracteriza nosso desenvolvimento

institucional na condição de país periférico, onde direito, impessoalidade como desdobramentos das relações burguesas de produção, convivem com os atavismos anacrônicos do patrimonialismo, mais precisamente dos arranjos coronelísticos.

A essência, observa Leal (1997), do compromisso coronelista constituía:

[...] da parte dos chefes locais, incondicional apoio aos candidatos do oficialismo nas eleições estaduais e federais; da parte da situação estadual, carta branca ao chefe local governista (de preferência o líder da facção local majoritária) em todos os assuntos relativos ao município, inclusive na nomeação de funcionários estaduais do lugar.

Na visão de Queiroz (s/d, p. 159-160), o coronelismo seria uma das formas de expressão do poder político realizado pelos mandões locais. Assim é que a cientista política citada aduz:

O coronelismo se integra, pois, como um aspecto específico e datado dentro do conjunto formado pelos chefes que compõem o mandonismo local brasileiro -, datado porque, embora aparecendo a apelação de coronel desde a segunda metade do Império, é na República que o coronelismo atinge sua plena expansão e a plenitude de suas características. O coronelismo é, então, a forma assumida pelo mandonismo local a partir da proclamação da República; o mandonismo local teve várias formas desde a Colônia, e assim se apresenta como o conceito mais amplo com relação aos tipos de poder político-econômico que historicamente marcaram o Brasil.

Explanada a essência do coronelismo nesta seção, passa-se a discutir em linhas a seguir a base do poder dos coronéis por meio da estrutura fundiária.

2. A BASE DO PODER DOS CORONÉIS: ESTRUTURA FUNDIÁRIA

A literatura sobre o coronelismo, grosso modo, atribui a hegemonia política dos coronéis à grande concentração da propriedade fundiária que possuíam. Tanto é assim que “Não é possível, pois, compreender o fenômeno sem a referência à nossa estrutura agrária, que fornece a base de sustentação das manifestações de poder privado ainda tão visíveis no interior do Brasil” (LEAL, 1997, p. 40).

A concentração de terras nas mãos dos coronéis é responsável pela ascendência desses atores no cenário político da municipalidade brasileira, atraindo toda a atenção e respeito, principalmente dos indivíduos que sobrevivem da labuta nas terras do coronel, assim como de seus favores.

Registra Porto *apud* Queiroz (s/d, p. 171) que o prestígio dos coronéis “lhe advém da capacidade de fazer favores”, de tal sorte que “quanto maior esta capacidade, maior eleitorado terá e mais alto se colocará na hierarquia política, quer ocupe cargos administrativos, quer não: será chefe municipal, estadual ou até federal” (LEAL, 1997, p. 42). Enfim, a força política do coronel é um “natural coroamento de sua privilegiada situação econômica e social de dono de terras” (LEAL, 1997, p. 42).

Além da preponderância econômica decorrente do latifúndio, o fato é que o coronel também era visto como uma autoridade e árbitro pela sociedade coronelística, tanto que suas decisões e opiniões, a rigor, são acatadas e respeitadas. Em outras palavras, nas lições de Vilaça e Albuquerque (2003, p. 57-58):

A função de árbitro social, que decorre do seu poder e do medo de sua vingança, também se explica por seu papel de definidor e interprete indiscutido e até prazerosamente acatado da sociedade que domina. É ele, com efeito, juiz entre questões e disputas humanas na jurisdição de seus domínios, função que quase sempre exerce de maneira deveras impressionante. Resolve questões de terra, disputa de dinheiro, casos de família; acata criminosos e malfeitores, que protege exaltado-lhes a bravura e convertendo-se em instrumentos de força.

Após traçar-se a base do poder dos coronéis por meio da estrutura fundiária, adentra-se nas características secundárias do coronelismo.

3 CARACTERÍSTICAS SECUNDÁRIAS DO CORONELISMO

No pensar de Leal (1997), o sistema coronelista possui como características secundárias o mandonismo, paternalismo (filhotismo), falseamento da verdade eleitoral, dentre outras.

Tais características foram também imprescindíveis para manutenção da liderança do coronel como chefe político local.

No que tange ao mandonismo, para muitos autores, essa característica concretiza-se pelo uso da força de forma arbitrária e pessoal pelo coronel, por intermédio de seus capangas, pistoleiros e cangaceiros, contra seus adversários políticos, bem como em face de seus dependentes e agregados, de modo a garantir a hegemonia em seus domínios territoriais.

Para Leal (1997, p. 61), o mandonismo manifesta-se “na perseguição aos adversários: para os amigos pão, para os inimigos pau”.

Já o paternalismo diz respeito à prática política desenvolvida pelo chefe político municipal ou coronel que consistia na prestação de "favores pessoais de toda ordem, desde arranjar empregos públicos até os mínimos obséquios", para parentes, afilhados, amigos e aliados políticos (LEAL, 1997, p. 69).

Ressalte-se que tais favores o coronel obtinha em razão das alianças políticas estaduais e regionais, uma vez que, para a garantia da eleição dos governadores de estado e do Presidente da República, estes dependiam da capacidade do chefe municipal de transferir-lhes votos.

Assim é que o governo estadual tinha total interesse em atender aos pedidos dos coronéis, notadamente as indicações para ocupar os postos principais da administração local. Com efeito, Leal (1997, p. 65) afirma que:

Os próprios funcionários estaduais, que servem no lugar, são escolhidos por sua indicação. Professoras primárias, coletor, funcionários da coleta, serventuários da justiça, promotor público, inspetores do ensino primário, servidores da saúde pública etc., para tantos cargos a indicação ou aprovação do chefe local costuma ser de praxe.

Dentre tais nomeações por indicação do coronel sobressaem-se as do delegado e do subdelegado de polícia. É que, nos termos de Leal (1997, p. 67-68):

A nomeação dessas autoridades é de sumo interesse para a situação dominante no município e constitui uma das mais valiosas prestações do Estado no acordo político com os chefes locais. Embaraçar ou atrapalhar negócios ou iniciativas da oposição, fechar os olhos à perseguição dos inimigos políticos, negar favores e regatear direitos ao adversário – são modalidades diversas da contribuição do governo estadual à consolidação do prestígio de seus correligionários no município. Mas nada disso, via de regra, se compara a esse trunfo decisivo: pôr a polícia sob as ordens do chefe situacionista local", [...] "para 'fazer justiça' aos amigos e 'aplicar' a lei' aos adversários. Daí a ligação indissolúvel que existe entre o 'coronelismo' e a organização policial.

Acresça-se que, além de acatarem as indicações de servidores públicos feitas pelo coronel, as autoridades estaduais davam carta-branca aos chefes políticos locais, fechando-lhe os olhos a quase todos os atos, inclusive a atos violentos e arbitrários (LEAL, 1997, p. 71). Essa vista grossa sobre os procedimentos dos mandões locais "fazia parte do sistema de compromisso do 'coronelismo' (...) em troca do seu incondicional apoio aos candidatos do governo nas eleições estaduais e federais" (LEAL, 1997, p. 73-74).

Era um pacto tácito, no qual "o governo não se metia no município, onde o coronel tinha carta branca para fazer o que quisesse, e em troca recebia o apoio do coronel" (QUEIROZ, 1969, p. 90). Por outro lado, o governo estadual dava apoio ao Presidente da República, e este reconhece o poder político do mesmo

no estado. Esse pacto materializa a política dos governadores, implantada por Campos Sales.

No que diz respeito ao processo eleitoral, na estrutura coronelista a captação dos sufrágios pelo coronel, indispensável para vitória nas eleições municipais, estaduais e federal dos candidatos situacionistas, dava-se por intermédio de três mecanismos ou fatores diferentes.

O primeiro, ligava-se, como já salientado, à dependência crônica dos eleitores para com o coronel, dependência traduzida de um lado pelo fornecimento pelo coronel de benesses e proteção aos seus eleitores, e de outro lado pelo compromisso destes de votarem nos candidatos do coronel. Disto resulta a famigerada expressão "votos de cabresto", denominação ainda hoje corrente no cotidiano das pequenas cidades interioranas, distritos municipais e vilas rurais.

Essa relação entre coronel e eleitores foi explicada com percuciência por Queiroz (s/d, p. 163), ao anotar que:

[...] de eleitor para o líder político há uma troca de serviços, uma reciprocidade ou contra-prestação, semelhante às que regem as relações individuais básicas. E assim, tanto se espera lealdade da parte do eleitor para com o coronel, quanto do coronel para com o eleitor. A exigência de um coronel para que seus apaniguados votem em determinado candidato – imposição muitas vezes sem apelo – tem como contrapartida o dever moral que o coronel assume de auxiliar e defender quem lhe deu o voto. São estes os aspectos específicos do jogo eleitoral brasileiro, desde que a República os estendeu a todos os cidadãos alfabetizados: 'votar num candidato indicado por um coronel não é aceitar passivamente a vontade deste; é dar conscientemente um voto a um chefe poderoso, de quem já se obteve algo, ou se almeja obter algo. O voto é, pois, consciente, mas orientado de maneira diversa do que o voto de um cidadão de sociedade diferenciada e complexa; no primeiro caso, o voto é um bem de troca; no segundo caso, o voto é a afirmação pessoal de uma opinião.

Não se pode olvidar que, em razão da penúria do eleitorado na época auge do coronelismo, as despesas com o processo de alistamento e com a eleição eram custeadas pelos chefes locais e coronéis. De vez que, Leal (1997, p. 56) acrescenta que "sem dinheiro e sem interesse direto, o roceiro não faria o menor sacrifício nesse sentido. Documentos, transporte, alojamento, refeições, dias de trabalho, e até roupa, calçado, chapéu para o dia da eleição, tudo é pago pelos mentores políticos empenhados na sua qualificação e comparecimento" (CUNHA; VALENTE, p. 2001, p. 233). Isso justifica o fato do eleitor acatar a orientação política de quem lhe custeava tudo. Porém, aduz o autor citado que as despesas eleitorais também são custeadas pela máquina estatal, porquanto os chefes locais não podem custeá-las sozinhos (LEAL, 1997, p. 66).

Ademais, é imperioso destacar que corroborar a obediência do eleitor para com o coronel, traduzida quase sempre em votos, o empenho do chefe político local em trazer melhoramentos e realizações públicas para seu distrito ou município. De fato, acrescenta Leal (1997, p. 58) que “A escola, a estrada, o correio, o telégrafo, a ferrovia, a igreja, o posto de saúde, o hospital, o clube, o campo de futebol, a linha de tiro, a luz elétrica, a rede de esgotos, a água encanada -, tudo exige o seu esforço, às vezes um penoso esforço que chega ao heroísmo”.

O segundo, toca à captação de sufrágio pelo falseamento da verdade eleitoral. Nesse sentido, dois instrumentos eram mais utilizados – “bico de pena” e “degola” ou depuração. “A falsificação dos resultados pelo método ‘bico de pena’ era praticada pelas mesas eleitorais, que prosseguiram com o ofício de junta apuradora, inscrevendo como eleitores pessoas fictícias, mortas e ausentes” (CUNHA; VALENTE, p. 2001, p. 233).

Anotam Marcos Vilaça e Albuquerque (2003, p. 61-62), em livro clássico sobre o fenômeno do coronelismo, que:

Para conseguir seus objetivos político-eleitorais, era capaz [coronel] das maiores fraudes, muitas vezes acolhidas ou acobertadas por juízes e mesários submissos. Fraudes na inscrição de eleitores analfabetos [...]. Fraudes de coação ao eleitorado, amedrontado por capangas, pelo uso da polícia, que manipulava como força de coação e de coerção eleitoral. Mais tarde, quando viu formar-se oposição ao seu prestígio, armou piquetes nas estradas nos dias de eleição, dando passagem a seus eleitores; construiu ‘currais’ eleitorais, de onde, no dia da eleição, os votantes saíam suficientemente ‘municipados’ com suas chapas, sendo escoltados para votar; anulava urnas cuja votação se lhe afigurasse contrária, apossava-se e destruía documentos eleitorais. Utilizava-se, enfim, das mais tremendas formas de fraude, usando todos os meios que podia mobilizar em favor de seus objetivos e de sua paixão política.

Nesse diapasão é o entendimento de Queiroz (s/d, p. 161), para quem “A opressão, a violência, a crueldade também foram armas utilizadas pelos coronéis para captarem votos, tão empregadas e tão usuais, quanto os favores e os benefícios”.

Nesta acepção, a “degola”, procedimento realizado pela “Comissão de Verificação de Poderes do Senado e da Câmara”, consistia na anulação da eleição e negação de diplomação para os candidatos eleitos que faziam oposição ao governo ou não tinham prestígio para impor seus nomes, tudo em favor de seus adversários, ainda que tivessem obtido menos votos. (QUEIROZ, 1969, p. 97).

De fato, o processo eleitoral durante a primeira quadra da República Velha realizou-se por intermédio de fraudes em três momentos, a saber, nos termos do

Deputado Carlos Reis *apud* Leal (1997, p. 404): “na eleição, na apuração e no reconhecimento”, tanto assim que acrescenta Assis Brasil *apud* Sadek (1995, p. 29) que “ninguém tinha a certeza de se fazer qualificar, como a de votar [...]. Votando, ninguém tinha a certeza de que lhe fosse contado o voto [...]. Uma vez contado o voto, ninguém tinha a segurança de que seu eleito havia de ser reconhecido [...]”.

Tais conotações resvalam como prova do processo fraudulento em que se encontrava a política do período.

CONCLUSÃO

Não se pode olvidar que o coronelismo na sua forma clássica (1889-1930) não mais existe entre nós. Porém, é inegável que resquícios dessa forma de manifestação política durante a República Velha ainda rondam as nossas instituições republicanas e democráticas.

Essa herança coronelista aflora principalmente nos vícios apresentados pelo processo político-eleitoral brasileiro, no qual se observa a permanência de captação de sufrágio por intermédio de expedientes escusos, como a corrupção e o abuso de poder político e econômico, elementos violadores da legitimidade e autenticidade dos pleitos eleitorais.

No tocante à persistência de vícios no processo político e eleitoral brasileiro, salientou Rocha (1996, p. 378) que:

A corrupção, tal como ocorre com a violência, refinou-se, fez-se mais perspicaz e engenhosa, mais capciosa e traiçoeira no curso da história. Já não se tem o cabresto escancarado e gravoso nas eleições gerais, mas se matem as rédeas firmes da necessidade material sobre grupos inteiros de eleitores. **A matreirice eleitoreira é, hoje, informatizada e fria, sem deixar de ser perversa e patrimonialista.** (grifo nosso).

Por outro lado, pode-se dizer que os coronéis tradicionais – interioranos e latifundiários - foram substituídos atualmente por atores políticos modernos – urbanos e empresários -, que utilizam de técnicas mais sofisticadas e avançadas para captação de votos, principalmente dos eleitores mais vulneráveis financeira e intelectualmente.

Nada obstante a isso, adverte Lima Sobrinho *apud* Jarbas Maranhão (2005, p. 312-313):

Que importa que o coronel tenha passado a doutor? Ou que a fazenda se tenha transformado em fábrica? Ou que os seus auxiliares tenha passado a assessores outéctnicos? A realidade subjacente não se altera nas áreas a que ficou confinada. O fenómeno do coronelismo persiste, até mesmo como reflexo de uma situação de distribuição de renda, em que a condição econômica dos proletários mal chega a distinguir-se da miséria. O desamparo em que vive o cidadão, privado de todos os direitos e todas as garantias, concorre para a continuação do coronel, arvorado em protetor ou defensor natural de um homem sem direitos".

A herança da cultura política coronelista materializa-se também nos nossos dias na prática da troca de favores (clientelismo) empreendida por muitos parlamentares, seja de esquerda, seja da direita. Veja-se que tal conduta pode ser facilmente observada, principalmente nas Câmaras Municipais e Assembleias Legislativas, nas quais é comum a presença de filas de eleitores à porta dos gabinetes parlamentares solicitando dentre outros favores, nos termos de Celso Daniel (1988, p. 37):

cartas de apresentação para obtenção de emprego, prestação de serviços urbanos através de intervenção do vereador (limpeza de terrenos, ou de rua, atendimento de saúde com internação, obtenção de licença para construir, entre outros), acesso à infra-estrutura pública para entidades sociais, clubes de futebol etc.

Por fim, a despeito de não ser um problema surgido na época clássica do coronelismo, mas bem acentuado nesse período, encontra-se ainda hoje como traço marcante do sistema político brasileiro, o perverso patrimonialismo, responsável pelo baixo teor de diferenciação entre o espaço público e privado, e que, a nosso ver, trata-se de um dos maiores obstáculos a republicanização e democratização da sociedade brasileira.

Faoro (1988, p. 736) observa que o "domínio patrimonial (...) apropria as oportunidades econômicas de desfrute dos bens, das concessões, dos cargos, numa confusão entre o setor público e o privado...". E Holanda (1995, p. 145) já aduzia que "Não era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidade, formadas por tal ambiente, compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público".

Tais noções nos permitem trazer à modo de fechamento que com o processo de industrialização e crescimento urbano, a cidadania e a política foram capazes de reduzir o poder dos proprietários de terras, mas ainda assim, o que se pode concluir é que os coronéis ainda persistem como protagonistas políticos.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, José Murilo de. Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual. **Revista Dados – Revista de Ciências Sociais**, v. 40, n. 2, p. 229-250, [sem indicação dos meses da edição], Rio de Janeiro, 1997.

CUNHA, Jânio Pereira da; VALENTE NETO, José: O papel da justiça eleitoral na consolidação da democracia: eleições de 1994-96. **Revista da Procuradoria do Município de Fortaleza**, n. 9, p. 217-250, [sem indicação dos meses da edição], 2001.

DANIEL, Celso: Poder local no Brasil urbano. **Espaço e Debates – Revista de Estudos Regionais e Urbanos**, n. 24, a. 8, p. 26-39, [sem indicação dos meses da edição], 1988.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Globo, 1998. v. 2.

HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

MACHADO, Paulo Pinheiro: Coronelismo “sem” enxada e “sem” voto: aspectos políticos e sociais do coronelismo no planalto catarinense. **Trajeto – Revista de História da Universidade Federal do Ceará**, v. 2, n. 4, p. 67-76, [sem indicação dos meses da edição], 2003.

MARANHÃO, Jarbas. Notas sobre o coronelismo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, nº. 167, a. 42, p. 311-314, jul./set., 2005.

NARDINI, Leopoldo. República e coronelismo. **Revista da Universidade Católica de Goiás**, Especial, vol. 30, p. 183-186, set., 2003.

QUEIROZ, Maria Isaura Pereira de. O coronelismo numa interpretação sociológica. In: FAUSTO, Boris (Dir.). **História geral da civilização brasileira – O Brasil republicano**. Rio de Janeiro/ Lisboa: Difel/Difusão, 1975. v. 1. t. III. p. 153-190.

QUEIROZ, Maria Isaura Pereira de. **Mandonismo local na vida política brasileira**. São Paulo: Instituto de Estudos Brasileiros, 1969.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Justiça Eleitoral e representação democrática. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes; VELOSO, Carlos Mário da Silva (Coord.). **Direito Eleitoral**. Belo horizonte: Del Rey, 1996. p. 377-192.

SADEK, Maria Tereza Aina. **A justiça eleitoral e a consolidação da democracia no Brasil**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 1995. Série Pesquisas, nº. 4,

VILAÇA, Marcos Vinícios; ALBUQUERQUE, Roberto Cavalcanti: **Coronel. Coronéis: apogeu e declínio do coronelismo no Nordeste**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

Sufrágio-Direito e sufrágio-função: Diálogo entre Rousseau e Sieyès para debater o voto como direito ou obrigação.

Júlia Maia de Meneses Coutinho
Silvana Paula Martins de Melo

INTRODUÇÃO

Este escrito justifica-se relevante, pois nasceu em meio às erupções históricas e paradigmáticas acerca do tema, que privilegia elementos de grande valia para a democracia representativa e o Estado Democrático de Direito, quais sejam, o sufrágio universal e o voto.

Por ora de suas historicidades, o objetivo inicial aflora o enveredamento para a diferenciação conceitual carregada no íntimo de cada um desses substratos. Oportunamente, por conseguinte, objetiva-se revelar a soberania da diferença do sufrágio, em sufrágio-direito (acolhido por Jean-Jacques Rousseau) e sufrágio-função (defendido na Revolução Francesa, por Emmanuel Joseph Sieyès), que se manifesta como pressuposto simbólico do Estado Democrático de Direito, haja vista a intrínseca relação com a soberania popular e a soberania de uma nação.

Metodologicamente, resguarda-se ao tema uma pesquisa inicial de cunho bibliográfico, por meio de fontes como obras e artigos especializados, além das legislações pertinentes a cada período, pois o direito é fonte constante de transformações sociais e antropológicas. Em seguida, buscou-se a interdisciplinaridade entre Ciência Política, Direito Constitucional e Eleitoral para a solução mais adequada da problemática do escrito, qual seja a ideia de que, por intermédio das evoluções históricas, conceituais, sociais e democráticas, o sufrágio é um gênero, do qual são espécies o voto e a abstenção, o que chama para si a responsabilidade de enfrentar a seguinte indagação majorada pelo tema no Brasil: o voto é direito ou obrigação?

1. SUFRÁGIO E VOTO: BREVES NOTAS

Inicialmente, faz-se necessário destacar que os direitos políticos na contextura atual fazem parte de um dos três grandes elementos dos direitos fundamentais, tornando-se relevantes em virtude da sua estreita relação com a democracia.

Assim, os direitos políticos não de ser percebidos como um aparato de normas que promovem o pleno exercício da soberania, com base no art. 1º, parágrafo único da CF/88. Isto é perfeitamente acolhido pela definição de Ferreira (1989, p. 228), quando exprime que os direitos políticos são “prerrogativas que permitem ao cidadão participar da formação e comando do governo”.

Destarte, são espécies de direitos políticos o direito de sufrágio, a alistabilidade, a elegibilidade, a iniciativa popular de lei, o ajuizamento de ação popular e a organização e participação de partidos políticos. Impende frisar que o estudo em apreço será delimitado pela espécie do sufrágio, que detém o voto, como manifestação.

No âmbito desta explanação, os direitos políticos não promovem a defesa contra o Estado, mas sim a integração com ele.

Os direitos políticos comportam a divisão em dois grupos, os primeiros são os positivos, que aparecem como garantes de participação do povo no poder mediante o sufrágio e que abrangem a capacidade eleitoral ativa (representada pelo direito de votar, previsto no art. 14, da CF/88). Ao falar a respeito, Gomes (2011, p. 41) expõe que “é o *status* do indivíduo perante o Estado” e a capacidade eleitoral passiva (que é o direito de ser votado, situado no art. 14, §3º, da Magna Carta). Os outros constituem os direitos políticos negativos, coadunados como regras capazes de privar os cidadãos, por meio da perda definitiva ou temporária (suspensão), do direito de votar e ser votado, cabendo ainda determinadas restrições à elegibilidade em certas circunstâncias.

No âmbito da elegibilidade e inelegibilidade, faz-se necessário introduzir a percepção de Rollo (2010, p. 2), haja vista a sua ampla visão que nos permite adentrar a seara do Direito Comparado, quando leciona que se criam

[...] regras de inelegibilidade ou condições de elegibilidade para impor restrições à disputa de pleitos, desprezando esse tripé da democracia ou ficando à margem dele. Na maior parte das vezes, inclusive, essas regras obedecem a conceitos ideológicos, ao contrário de atentar, para a busca do bem-estar do eleitor, algo que deveria ser o principal objetivo dos quantos unidos para o exercício do poder pelos resultados das urnas. Estados Unidos e Alemanha não possuem regras restritivas para os disputantes de pleitos, não cabendo a ninguém imaginar tais países

com menos densa democracia representativa em comparação que a encontrada no Brasil.

Com a visão de Rollo (2010) acerca de países como Estados Unidos e Alemanha, quando se ressaltam a elegibilidade e a inelegibilidade em contraposição à realidade brasileira, pode-se verificar que, do mesmo modo, em relação à Alemanha, encontra-se o posicionamento de Max Weber (2014).

Goyard-Fabre (2003, p. 46), ao abordar o tema da democracia, acrescenta a pertinente opinião de que “A dificuldade, portanto, consiste em determinar o que é o povo nesse regime”. Esse entrave divisado pela autora é expandido perante o pensamento de Bobbio (2013, p. 35), quando aborda esta reflexão:

[...] A democracia é certamente a mais perfeita das formas de governo, ou pelo menos a mais perfeita entre as que os homens foram capazes de imaginar e, pelo menos em parte, de realizar; mas justamente porque é a mais perfeita é também a mais difícil. Seu mecanismo é o mais complicado; mas, justamente por ser o mais complicado, é também o mais frágil. Esta é a razão pela qual a democracia é o regime mais desejável, mas também o mais difícil de fazer funcionar e o mais fácil de se arruinar: ela se propõe a tarefa de conciliar duas coisas contrastantes, que são a liberdade e o poder [...].

Chega-se, portanto, ao ponto de máxima correlação ao tema: a democracia como pressuposto de ampla magnitude no Estado Democrático de Direito, e que carrega consigo variadas definições, haja vista, a gama de possibilidades que a regra da maioria possibilita em um regime político.

Este fato nos faz evocar a noção de que a democracia exige uma cultura política mínima de consciência da cidadania, promovida pela regra da maioria. Tal significado quer dizer, o “voto é, na realidade, o maior instrumento de exercício da cidadania” (BARROS, 2008, p. 206).

Oportuno, neste momento, é destacar que o art. XXI da Declaração dos Direitos do Homem da Organização das Nações Unidas, de 1948, justifica o pensamento de Kelsen (2000) e Aristóteles (1998). Assim, podemos inferir que o Estado de Direito resguarda que a força das leis deve chegar a todos, de modo isonômico. Nestes moldes, o Estado Democrático de Direito permite que o povo participe efetivamente, objetivando, uma sociedade livre, justa e solidária, em que todos, governantes e governados, estejam submetidos, igualmente, à forma da lei.

Com esteio no art. 1º, parágrafo único, da CF/88, promove-se a percepção de que todo poder emana do povo, ou seja, daquele que carrega consigo a condição de primeiro titular do Poder Constituinte Originário, que o exerce

mediante representantes eleitos ou diretamente nos termos da Constituição Federal. Já o art. 14 determina que a soberania popular é exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com igual valor para todos, o que caracteriza a democracia indireta ou representativa, e, nos termos da lei, mediante iniciativa popular, referendo e plebiscito, elementos da democracia dita direta ou participativa. Nota-se um exercício, misto, portanto, da soberania popular, cujo nome é democracia semidireta. É este, pois, o caso do regime de governo do nosso País.

Tais espécies de regimes democráticos estabelecem estreita relação com a cidadania, já que esta representa o aparato de direitos fundamentais e de participação na vida estatal. A cidadania é exercida de modo ativo, com o direito de escolha dos governantes, e, de modo passivo, com o direito de ser escolhido governante. Com tais premissas, determinadas pessoas podem exercer ativamente a cidadania sendo eleitores, mas não podem exercê-la passivamente como candidatas, a exemplo do art. 14, §4º da CF/88, ao prescrever caso dos analfabetos.

Particularidade importante a ser suscitada é a inexistência da democracia sem o pluralismo político, já que este se revela como pedra de toque em prol da harmonia entre interesses antagônicos, ou seja, o pluralismo garante a participação de todos nesse processo, inclusive das minorias. O princípio do pluralismo político, resguardado pelo art. 1º, V, da CF/88, é objeto de desmembramento para diversas outras partes da Constituição Federal, como, a garantia da manifestação do pensamento, prevista no art. 5º, IV; a livre convicção política do art. 5º, VIII e o pluripartidarismo do art. 17, o que garante, ainda mais, o equilíbrio de interesses contraditórios.

Conforme acrescenta Goyard-Fabre (1999, p. 03), “O direito político evolui – e deve evoluir – de acordo com os problemas criados pela movimentação histórica e pelo progresso das sociedades”. Hoje, no Brasil, é possível assinalar que o voto é obrigatório, secreto e direto. Então, é que surge a garantia de maior efetividade da democracia e liberdade do cidadão.

Nesse sentido, o sufrágio, significa apoio, refere-se ao direito de votar e ser votado. De acordo com os fundamentos de Bonavides (2008, p.245), “O sufrágio é o poder que se reconhece a certo número de pessoas (o corpo de cidadãos) de participar direta ou indiretamente na soberania, isto é, na gerência da vida política”. O constitucionalista paraibano, docente da Universidade Federal do Ceará, (2008, p. 245) acrescenta, ainda, que,

Quando o povo se serve do sufrágio para decidir, como nos institutos da democracia semidireta, diz-se que houve votação; quando o povo po-

rém emprega o sufrágio para designar representantes como na democracia indireta, diz-se que houve eleição. No primeiro caso, o povo pode votar sem eleger; no segundo caso o povo vota para eleger.

Importante também é destacar a manifestação de Silva (1993, p. 309) acerca do conceito de sufrágio, como “direito público de natureza política, que tem o cidadão de eleger, ser eleito e de participar da organização da atividade política do poder estatal”. Seu atributo de universalidade ocorre quando se outorga o direito de votar a todas as pessoas que preencham os requisitos estipulados constitucionalmente, sem restrições raciais, econômicas, instrutivas, sexuais nem religiosas.

Em razão de tais terminologias, impende frisar que o sufrágio é o grande elemento de identificação de todo esse sistema, e que o voto é um dos instrumentos de determinação, pois o art. 14, da CF/88 assim previu o sufrágio como universal e o voto como direto e secreto.

De início, muitas são as conceituações para sufrágio, portanto, faz-se preciso destacar as considerações de Bulos (2012, p. 438), em lição, “o voto é o exercício do direito de sufrágio. Ambos são inconfundíveis porque o voto é a manifestação prática do direito subjetivo público de sufrágio”. Nestes termos, Silva (1993, p. 316) nos remete à ideia de que o voto é o “ato político que materializa, na prática, o direito público subjetivo de sufrágio”.

Várias são as características do voto: é direto (por meio da escolha direta dos representantes, mas comporta uma exceção constitucional prevista no art. 8º, § 1º), é secreto (para garantir um processo imparcial e dificultar a prática do “cabresto”).

O voto também possui o atributo de ser igual (por possuir o mesmo peso e valor para o voto de todos), é personalíssimo (porque o ato de votar é restrito à pessoa do eleitor sem o envolvimento de terceiro, ou seja, não se admite voto por correspondência nem por procuração), é obrigatório (aos maiores de 18 anos e aos de menos 70 anos, mas comporta a exceção pela faculdade de votar no caso dos analfabetos, com idade de 70 anos e mais os que se encontram na faixa etária dos 16 aos menores de 18 anos), é livre (por comportar a liberdade de votar em quem quiser ou até mesmo incorrer em anulação do voto) e periódico (por contar com a sua realização em determinados períodos).

Todas essas características do voto podem ser identificadas, sem quaisquer dúvidas, mas o caráter personalíssimo, igualitário e secreto deste comporta informações adicionais que serão explanadas à frente.

O voto é um instrumento personalíssimo, portanto, não pode ser realizado mediante instrumento de procuração. É importante relatar, no entanto, que

o art. 81, § 1º da CF/88 prevê uma excepcionalidade para a regra do voto indireto, a eleição indireta para o cargo de presidente da República, caso haja impedimento do presidente e do vice-presidente nos dois últimos anos do mandato.

O caráter secreto do voto revela a garantia da lisura das votações, de modo a evitar situações de suborno e intimidação. Além disso, garante-se, pelo voto com valor igual para todos, a isonomia perante a lei, consoante a previsão do art. 5º, *caput*, da CF/88, o que resulta no cuidado da Constituição em garantir a igualdade dos cidadãos ante o exercício do voto, ou seja, para o constituinte, todos os participantes desse processo possuem a mesma importância em relação à política. Relembra-se que o valor igual do voto teve raízes na Revolução Francesa, conforme é abordado tanto por Laboulaye (1886) como por Losurdo (2004), ao assinalar que a Revolução trouxe o primeiro resquício de sufrágio universal para a Europa, tempos depois disseminado para os outros continentes.

Ademais, é importante abordar as três espécies de voto que originam o questionamento central deste tema - os votos nulos, em branco e de legenda. No primeiro, ao eleitor é possível de digitar nas urnas um número incompatível com a disputa do pleito, o que ideologicamente representa a não identificação do eleitor com os candidatos e partidos da disputa, ou seja, o voto nulo representa, portanto, uma forma direta de protesto. O segundo, chamado de voto em branco, é também uma escolha e não representa influência no resultado, mas a abstenção proveniente dele implica a qualificação dos candidatos aos cargos. O terceiro e último, denominado voto de legenda, encontra amparo legal na Lei das Eleições (nº 9.504/97) em seu art. 60 e representa a vontade do eleitor em assinalar o número do partido em vez do número do candidato em relação ao cargo disputado, sendo assim, computado para a legenda da agremiação partidária.

2. DIÁLOGO: SUFRÁGIO-DIREITO E SUFRÁGIO-FUNÇÃO - O VOTO COMO DIREITO OU OBRIGAÇÃO?

As constituições dos Estados democráticos de direito recepcionam o povo como titular da soberania, pois o poder supremo em uma democracia, como o próprio étimo desse vocábulo, pertence ao povo.

Evidencia-se o fato de que o constituinte originário, ao preceituar, no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal de 1988, que "Todo o poder

emana do povo [...]”, considerou o regime democrático como pedra de toque republicana. Assim, ensina Muller (2010, p. 51)

[...] todo o poder de Estado não está no “povo”, mas “emana” dele. Entende-se como exercido por encargo do povo e em regime de responsabilização realizável perante ele. Esse entendimento de “emanar” também não é supostamente metafísico; é normativo. Por isso não pode ele permanecer uma ficção, senão que deve ter o poder de desembocar em sanções sensíveis na realidade, tendo necessariamente ao seu lado a promessa democrática na sua variante ativa.

O povo, consoante expresso, é titular da soberania no Estado brasileiro, exercendo-a por via do sufrágio universal e do voto direto, secreto e igualitário. Na inteligência de Neves (1994, p. 72-73):

As disposições constitucionais referentes ao sufrágio universal, igual e secreto têm por objetivo assegurar a independência do eleitor em relação a seus outros papéis sociais e, dessa maneira, imunizar o procedimento eleitoral contra diferenças de *status* e opinião.

O sufrágio, por sua vez, guarda relação com os direitos fundamentais, pois a conquista desses direitos foi marcada por um processo histórico em que a Constituição de 1988, também conhecida como democrática, tornou-se um instrumento de garantia de tais direitos.

A inserção da sociedade no âmbito político, por intermédio da participação popular, e a escolha de representantes, mediada pelo sufrágio, permitiu que houvesse a transferência do poder do soberano para o povo, asserindo a democracia sob os ditames dos direitos fundamentais de escolha e de liberdade.

Na perspectiva Rocha (1996), a participação política é direito fundamental ostentado na Declaração dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas, de 1948 (art. XXI).

Os direitos fundamentais estão ligados diretamente à liberdade de consciência e escolha. Inicialmente individuais, ao longo dos anos, esses direitos foram evoluindo para atender as carências da sociedade no âmbito coletivo.

Neste passo, optamos aqui pela corrente doutrinária que vai dividir os direitos fundamentais em quatro gerações, logo, possuem grande relevância os direitos de primeira geração ou de liberdade - direitos civis e políticos - no que toca à efetivação da democracia, considerando que, com esses direitos conquistados, a pessoa tem a liberdade de escolha de seus representantes, sem ser

reprimida ou coagida, bem como os direitos de quarta geração, onde figuram, como preleciona Bonavides (2006), o direito à democracia, à informação e ao pluralismo.

Tendo sido a democracia afirmada sob a égide dos direitos fundamentais, destaca-se o fato de que o sufrágio universal constitui um de seus pilares no Estado Moderno. O voto, conforme precedentemente assinalado, é o instrumento de exercício do direito de sufrágio, assim como o expediente pelo qual o eleitor expressa a vontade na escolha de seus representantes ou sobre os assuntos que lhe exigem manifestação. Em outras palavras, por intermédio do voto, o eleitor materializa sua confiança em determinado candidato ou legenda. Ocorre que o eleitor pode ainda manifestar o voto de maneira inválida, por via do voto em branco ou nulo. Estes não serão computados, de maneira que o eleitor exerce o direito de sufrágio, mas não manifesta validamente sua vontade pelo voto, consoante é mais bem elucidado doravante.

O voto emerge como verdadeiro instrumento de legitimação para entrega do poder do povo aos seus representantes, porquanto, é ato fundamental para concretização efetiva do princípio democrático consagrado pelo Texto Constitucional de 1988.

A conjunção de problemas analisada neste ensaio consiste na obrigatoriedade ou não do voto, haja vista o fato de que sua natureza jurídica é objeto de debate entre os juristas. Para tanto, se faz essencial definir se o sufrágio é direito ou função, pois se manifesta como pressuposto simbólico do Estado Democrático de Direito no século XXI, considerando-se a intrínseca relação com a soberania popular e a supremacia do Estado-nação.

Doutrinariamente, também, há que se falar em grandes debates travados com vistas a este escopo. Imperioso é mencionar duas teorias antagônicas: a primeira (sufrágio-direito), historicamente representada por Jean-Jacques Rousseau (2013), que procedeu coerentemente da sua doutrina da soberania popular, quando refletiu acerca do contrato social, afirmando, em síntese, que ninguém pode tirar dos cidadãos o direito de voto e, em sentido contrário, a segunda (sufrágio-função), capitaneada por Barnave *apud* Duverger (1956), na Revolução Francesa, e por Sieyès (2001), segundo a qual o sufrágio não é a vontade autônoma do eleitor que intervém na eleição, mas a vontade soberana do Estado-nação. Para responder à indagação respeitante ao sufrágio, é elucidativo o posicionamento de Bonavides (2008, p. 245), quando relata:

As escolas que respondem a esse quesito podem repartir-se em duas correntes principais: a dos que se acolhem à doutrina da soberania nacional, e são conduzidos então a ver no sufrágio uma função; e a dos que se abraçam à doutrina da soberania popular, para daí o interferirem como um direito.

Conforme se aceite a primeira ou a segunda das posições acima anunciadas, chegaremos ao seguinte resultado: à admissão do sufrágio restrito, quando se entende que, mediante o voto, a coletividade política exerce uma função (doutrina da soberania nacional); ou ao reconhecimento do sufrágio universal, quando, pelo contrário, se toma o poder de participação do eleitor como exercício de um direito (doutrina da soberania popular).

No trabalho sob relatório preferimos o posicionamento revelado na doutrina da soberania popular de remeter ao sufrágio a perspectiva de direito e não de função, haja vista o fato de que a doutrina da soberania nacional revela que o sufrágio não é um elemento de vontade autônoma do eleitor que participa da eleição, mas sim, a vontade soberana do Estado-nação. Assim, na lição de Bonavides (2008, p. 246), o sufrágio-função:

[...] Com o sufrágio, segundo a mesma doutrina, não é a vontade autônoma do eleitor que intervém na eleição, mas a vontade soberana da nação. Podendo pois a nação investir no exercício da função eleitoral tão-somente aqueles que julgar mais aptos a cumprir esse dever, dessa doutrina decorre com mais frequência, além do sufrágio restrito, o princípio da obrigatoriedade do voto, bem como o chamado mandato representativo, com que se consagram conforme já patenteamos, a atuação independente do eleito em face do eleitor.

A respeito do sufrágio-direito, o constitucionalista (2008, p. 246-247) expõe:

Quanto ao sufrágio-direito, resulta da concepção de que, sendo o povo soberano, cada indivíduo, como membro da coletividade política, é titular de parte ou fração da soberania. Toma-se o povo numa acepção quantitativa; faz-se do sufrágio a expressão da vontade própria, autônoma, primária, de cada indivíduo componente do colégio eleitoral; admite-se enfim que o voto sendo um direito - seu exercício será facultativo e que o mais lógico para a natureza do mandato seria considerá-lo imperativo e não representativo.

Dallari (2006, p. 183-184) também se posiciona a respeito do sufrágio-direito e do sufrágio-função, assim se exprimindo:

A constatação desses dois aspectos, ou seja, de que o povo deve ter a possibilidade de escolher seus governantes e de que tal escolha corresponde a uma necessidade do Estado, suscitou uma polêmica em torno da natureza do voto, ou sufrágio, sustentando uns que trata de um direito, enquanto que, para outros, existe apenas uma função, havendo ainda quem preferisse ver no sufrágio apenas a expressão de um dever eleitoral. A opinião absolutamente predominante é a de que se trata de um direito e de uma função, concomitantemente.

Superado o debate, isto é, considerando-se o sufrágio como direito, passa-se ao seu estudo na modalidade universal. Silva (1993) considera universal o sufrágio, quando o direito de votar é assegurado a todos os nacionais cidadãos de um país, sem restrições derivadas de condições de nascimento, fortuna ou capacidade especial. Assim, incumbe esclarecer que não há sufrágio completamente universal (BONAVIDES, 2008). Geralmente todo sufrágio é restrito. A distinção estabelecida entre sufrágio universal e sufrágio restrito é relativa, considerando que ambos comportam restrições - o sufrágio restrito em maior grau e o sufrágio universal em menor grau.

Desta forma, se alcança a noção de que o sufrágio universal admite a exigência de certas condições, isto é, de restrições, mas essas limitações não representam privilégios de riqueza ou classe social. Assim, são excluídas as pessoas com idade inferior a 16 anos, os absolutamente incapazes para a prática de atos da vida civil, bem como os condenados no âmbito penal, com atribuição de pena transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos, etc. De tal sorte, consoante relatado, o sufrágio universal não pode ser levado em termos absolutos.

Ante as considerações tecidas nesta relação, passamos ao estudo fulcral da problemática proposta, qual seja: o voto é direito ou obrigação?

São características do voto, repitamos, personalidade, obrigatoriedade formal do comparecimento, liberdade, sigilo, periodicidade, igualdade, entre outras. Como requisitos essenciais à validade do voto, destacam-se a personalidade e a liberdade, pois não pode o eleitor ser substituído por ninguém, ao passo que pode votar em quem quiser ou até mesmo anular o voto.

Hodiernamente, o Texto Maior consagra o voto direto e secreto facultativo para os analfabetos, maiores de 16 e menores de 18 anos, bem como para os que têm mais de 70 anos (art. 14, §1º, II, CF/88) e obrigatório para os eleitores que tenham de 18 a 70 anos (art. 14, §1º, I, CF/88).

Quanto ao voto facultativo, trata-se de instituto mediante o qual o eleitor não está compelido a participar do processo de escolha governamental, logo o descumprimento do ato de votar, que, no primeiro momento, seria algo obrigatório, não gera enseja qualquer sanção jurídica para quem não emite o voto. Bulos (2012, p. 494), dissertando sobre o assunto, relata que: “Nessa hipótese específica, o eleitor fica desincumbido do dever jurídico de emitir necessariamente o seu voto. Nem precisa comparecer a uma seção eleitoral, porque o ato de votar, em tais casos, é opcional. Não enseja qualquer sanção jurídica”. Perce-

bemos que o eleitor que deixar de votar, em tais circunstâncias, não é multado nem privado dos benefícios oriundos do gozo dos direitos políticos.

Por sua vez, o voto obrigatório, segundo o pensamento de Bulos (2012, p. 493), é proveniente da Carta de 1934. O Texto de 1946 o manteve, enquanto a Constituição de 1937 o ignorou. Essa obrigatoriedade só retornou em 1967, sendo mantida na Emenda Constitucional n.º 1/69, da mesma forma que na Constituição atual.

As consequências para a inobservância do inciso II do art. 14 da Constituição Federal de 1988 vêm previstas na legislação eleitoral, ou seja, o eleitor que deixar de exercitar o voto obrigatório, sem se justificar perante a Justiça Eleitoral, se sujeita a multa (art. 7º, Código Eleitoral), podendo, ainda, ser privado de vários benefícios, caso não vote, justifique ou pague a multa arbitrada. Para ilustrar, trazemos à baila algumas das sanções que podem ser aplicadas ao eleitor em mora. Vejamos: a) o eleitor não poderá fazer inscrição ou prova em concurso público, investir-se ou ser empossado em função pública; b) receber vencimentos, remuneração, salário ou proventos de função ou emprego público na administração direta ou indireta bem como nas fundações governamentais subvencionadas pelo governo ou que exerçam serviço público delegado, correspondentes ao segundo mês subsequente ao da eleição; c) participar de concorrência pública da União, Estados, Território, Distrito Federal ou Municípios e suas respectivas autarquias (art. 7º, §1º, Código Eleitoral).

É significativo compreender, no entanto, que o voto obrigatório não significa uma restrição à liberdade de voto. O objetivo é sujeitar o eleitor a comparecer à zona eleitoral para manifestar sua preferência. Esta, por conseguinte, dentro de uma concepção democrática, é livre e soberana, resumindo-se, atualmente, à utilização da urna eletrônica e, finalmente, na assinatura da folha individual de votação. Nestes termos, Cheibub (2012, p. 57) defende o argumento de que “O voto no Brasil é [...] livre (só existe a obrigatoriedade de comparecer ao local de votação, mas o eleitor pode votar em quem quiser ou até mesmo anular o seu voto)”, portanto, o direito de voto é único e intransmissível, resultando apenas da vontade do eleitor.

Resta claro, como entende Silva (1993), que essa obrigatoriedade se restringe ao comparecimento à seção eleitoral e não à indicação de um candidato. No mesmo sentido, ao falar da obrigatoriedade do voto, Barros (2008, p. 210) transcorre de modo a entender que:

[...] o voto, por si só não é obrigatório. Se fosse, o eleitor não poderia anular a sua manifestação de vontade política. A manifestação ‘nula’ e a

'em branco' não podem ser consideradas voto em sentido técnico, pois tais manifestações, não são aproveitadas, nem no sistema majoritário, nem no proporcional. Portanto, entendo que 'o que é obrigatório' será o comparecimento do eleitor no dia da eleição, e não o voto, já que o mesmo pode opinar pela manifestação 'nula' ou simplesmente, votar em branco.

Podemos notar que a obrigatoriedade do voto não impõe ao eleitor o dever jurídico de emitir necessariamente seu voto. Significa apenas que ele deverá comparecer à seção eleitoral, pois lhe é conferida a faculdade de votar em branco ou nulo. Acrescente-se a isto o fato de que a própria legislação eleitoral (Lei n. 9.504/97) assegura que não serão computados os votos em branco e os nulos, ou seja, o eleitor pode exercer o direito de sufrágio, sem, contudo, manifestar sua vontade pelo voto válido. Desta sorte, o voto não é obrigatório, mas o comparecimento é dotado de obrigatoriedade.

É válido inferir que o sufrágio é um gênero do qual são espécies: o voto e a abstenção. Salientamos que, embora o voto não seja uma obrigação, representa verdadeira conquista política para o povo brasileiro, logo, não é razoável que o povo deixe de exercer a soberania da qual é titular, para continuar sendo invocado apenas como metáfora em uma retórica ideológica que serve meramente para justificar as ações do Estado; ao contrário, o poder do povo deve tornar-se práxis efetiva. Portanto, para que a soberania popular possa efetivamente ser exercida, se faz necessária a participação política por parte do soberano, que se materializa por meio do voto.

CONCLUSÃO

A modo de fechamento, revela-se que o sufrágio carrega consigo uma soberania da diferença pautada na distinção entre sufrágio-direito (ROUSSEAU, 2013) e sufrágio-função (SIEYÈS, 2001). Tal distinção foi perfeitamente acolhida por Bonavides (2008), seguido de perto por Dallari (2006), conforme, oportunamente, destacado em tópicos anteriores.

Isto nos leva a compactuar com a hipótese de prevalência da teoria do sufrágio-direito de Rousseau, por abraçar a doutrina da soberania popular, já que, de modo contrário, o sufrágio-função de Barnave e Sieyès submete-se à soberania nacional e revela que o sufrágio não é um elemento de vontade autônoma do eleitor que participa da eleição, mas sim a vontade soberana do Estado-nação.

Este fato nos parece equivocados, já que o sufrágio, como defendido desde as linhas iniciais deste estudo, é o ponto máximo do exercício da soberania popular; um pressuposto do Estado Democrático de Direito no século XXI; ou seja, ele, e o voto são capazes de instrumentalizar o exercício da soberania popular, visto que, por seu intermédio, o povo decide.

Demonstramos a relevância de compreender que o voto obrigatório não significa restrição à liberdade de voto. Seu objetivo é sujeitar o eleitor a comparecer à zona eleitoral para manifestar uma preferência. Esta, por conseguinte, sob uma concepção democrática, é livre e soberana.

Por fim, esta obrigatoriedade, materializada no Texto Constitucional, se restringe ao comparecimento à seção eleitoral e não à indicação de um candidato. Percebemos que não há imposição ao eleitor do dever jurídico de emitir necessariamente seu voto, pois lhe é conferida a faculdade de votar em branco ou nulo, ou seja, o eleitor pode exercer o direito de sufrágio, sem, contudo, manifestar sua vontade pelo voto válido. Desta sorte, o voto não é obrigatório, mas o comparecimento é dotado de obrigatoriedade. Ressaltamos que o não comparecimento, sem a devida justificativa perante a Justiça Eleitoral, enseja multa, assim como a possibilidade de privação de vários benefícios.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução (da tradução francesa) de Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BARROS, Francisco Dirceu. **Direito Eleitoral**. 6. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Qual democracia?** São Paulo: Edições Loyola, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

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

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 06 jul. 2014.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 06 jul. 2014.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 03 jul. 2014.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 03 jul. 2014.

BRASIL. **Declaração dos direitos do homem da Organização das Nações Unidas de 1948**. Disponível em: <<portal.mj.gov.br>>. Acesso em: 03 jul. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: 03 jul. 2013.

BRASIL. **Lei nº 9.504 de 1997 (Lei das Eleições)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm>. Acesso em: 04 jul. 2014.

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

CHEIBUB, Ingrid Satório. **Direito Eleitoral voltado para os concursos de técnico do TRE e TSE**. Salvador: Jus Podivm, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DUVERGER, Maurice. **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques**. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1956.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do Direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargi, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LABOULAYE, Edouard. **Histoire des États-Unis depuis les premiers essais de colonisation jusqu'à l'adoption de la Constitution fédérale 1620-1789**. Vol. 3. Paris: Charpentier, 1886.

LOSURDO, Domenico. **Democracia ou bonapartismo: triunfo e decadência do sufrágio universal**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2004.

MULLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil**. Traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ROLLO, Alberto. Cidadania. In: ROLLO, Alberto (Org.). **Eleições no Direito Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1- 13.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**: princípios do direito político. São Paulo: Edipro, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

WEBER, Max. **Escritos Políticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

Devido processo legal e sua fundamentalidade na produção da prova processual.

Frederico Antônio Lima de Oliveira
Jeferson Antônio Fernandes Bacelar
Ricardo Augusto Dias da Silva

INTRODUÇÃO

O direito de provocar a jurisdição Estatal, retirando o Estado da inércia, é assegurado em foro constitucional a todas as pessoas, é o que se vê insculpido no art. 5º, XXXV da CF/88. Mais do que a simples feitura de um pedido, a Constituição Federal garante o acesso de todos a uma ordem jurídica justa que, por sua vez, esteja posta à disposição de todos os cidadãos de forma ampla, genérica e igualitária.

Em verdade, a Constituição Federal não restringe a proteção jurisdicional do Estado apenas aos titulares dos direitos, indo, sem qualquer embargo, muito mais além, ou seja, garantindo a existência de meios para a solução efetiva dos conflitos intersubjetivos de interesses. A Constituição em vigor traça um modelo processual representativo das ideologias majoritárias, com a obrigação de viabilizar o acesso igualitário dos cidadãos ao Judiciário, em busca da prestação de uma tutela jurídica eficaz que dê a necessária segurança jurídica ao ordenamento existente.

Deve-se fazer referência, sob a ótica de uma estrutura política que garanta o chamado “modelo processual representativo das ideologias majoritárias”, há de se discutir os modelos políticos existentes, estabelecendo-se um novo paradigma para o direito. A linha de harmonia entre os interesses colidentes na sociedade moderna, entenda-se as antinomias sociais, deverá ser abordada num prisma de adequação judicial, caso a caso, e com o uso dos princípios que se pretende estudar neste trabalho, evitando-se as consequências dogmáticas e exegéticas decorrentes da super rigidez-constitucional.

Em se buscando alcançar uma prestação jurisdicional igualitária e justa, o sistema jurídico brasileiro é posto, na esfera processual, de forma não diferente

dos demais ramos autônomos do direito, em um conjunto de regras e princípios, que deverão ser aplicados à luz de uma interpretação adequada aos ditames constitucionalmente assegurados. Assim, pode-se deduzir o liame existente entre a aplicação do direito posto, e, de outra banda, a existência de um direito pressuposto, pré-existente e ramificado, com nível de abstração proporcional, densidade normativa bem menor, e alta mutabilidade; composto de forma integrada por diversos vetores de comportamento, que traçam, ao seu turno, as diretrizes para a criação e efetivação do processo.

Visando a efetivação do processo, é de bom alvitre, valermos-nos do entendimento de que se deverá almejar a revisão do processo, não para discutir a sua autonomia ou a sua funcionalidade de *per sí*, já reconhecidas, mas sim, uma colocação sistemática e lógica do processo e sua relação com a Constituição Federal. Trata-se, em última *ratio*, de se ajustar o feixe de princípios constitucionais aplicáveis ao processo, solucionando-se, na prática, as eventuais coalizões de princípios que deverão ser interpretados pelo critério da prevalência, da proporcionalidade e da razoabilidade, ultimando-se, assim, alcançar a finalidade específica do procedimento na produção específica da prova processual.

1. DEVIDO PROCESSO LEGAL E INTERPRETAÇÃO PROPORCIONAL NA PRODUÇÃO DA PROVA PROCESSUAL

Dentre os princípios aplicáveis ao processo, temos em destaque: a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional (na esfera civil), e a ampla defesa e o contraditório - *nulla poena sine iudicio* – (na esfera penal). E ainda, enfatiza-se que todo o processo deve ser realizado com obediência ao contraditório, respeitada a igualdade entre as partes, perante o Juiz natural, e, por fim, respeitadas as garantias inerentes a cláusula *due process of law* e *procedural due process of law*. Sobre o devido processo legal na órbita do procedimento, diz Kazuo Watanabe (2000, p. 124) que:

É através do *procedimento*, em suma, que se faz a adoção das várias combinações de cognição considerada nos dois planos mencionados, criando-se por essa forma, tipos diferenciados de processo que, consubstanciando um procedimento adequado, atendam às exigências das pretensões materiais quanto a sua natureza, à urgência da tutela, à definitividade da solução e a outros aspectos, além de atender às opções técnicas e políticas do legislador.

A regra do devido processo legal se faz aplicável em nosso ordenamento a partir da presença de três condições específicas: a) um Juiz imparcial e independente; b) o acesso ao Judiciário; c) o respeito ao contraditório e a ampla

defesa. A fim de garantir a efetivação de tais condições, devem ser observados os princípios normatizados e os demais não expressos no texto constitucional. Dentre os princípios não expressos no texto magno, temos a necessidade de se valorizar a justiça material, em detrimento da justiça meramente formal. Na justiça material, o árbitro há de garantir a igualdade das partes no processo, conduzindo-o de forma a assistir o mais frágil na relação processual. É a consumação do chamado “princípio da paridade das armas” (CORREIA, 1988, p. 11).

Hoje, se exige que na condução do processo, valendo-se de seus poderes instrutórios, preocupe-se o Juiz em suprir as deficiências probatórias das partes, atuando até mesmo *ex officio*, tomando, entretanto, os devidos cuidados para que essa atividade assistencialista não fira de morte a igualdade tão pretendida. Esse novo papel do processo em sua espécie torna aparente um frágil e delicado liame existente entre a defesa das garantias processuais insertas na Constituição Federal e suas aplicações razoáveis e proporcionais conforme o caso, no intuito de se obter ao norte, decisões judiciais que promovam uma justiça socialmente justa.

Do conjunto de princípios que permeiam nosso regramento processual, adotamos como tema central de nosso estudo, o papel desenvolvido pelo princípio da proporcionalidade na realização do processo, em obediência ao devido processo legal na órbita do procedimento *strictu sensu*, como se encontra garantido pela Constituição Federal de 1988, e que deverá ser aplicado, no caso concreto, buscando-se através dele, a obediência aos parâmetros da razoabilidade e da racionalidade, na busca de um processo mais equânime.

A aplicação racional das regras processuais vem à tona em sede processual, na oportuna discussão acerca do direito substantivo (positivo), e sua concreção na esfera processual. Trata-se, nos termos de Dinamarco (1994, p. 21), da chamada “fase instrumental do processo” que, em última análise, se justifica em princípio, sob dois prismas mais específicos: a) o fato das normas processuais não terem um fim em si mesmas; e b) a necessidade de estar o ordenamento processual em sintonia com seu objeto positivo.

Deve-se destacar em verdade, que a visão instrumental do processo, nada mais foi, como bem sabido, fruto da polêmica evolução epistemológica, pós positivista, que deu azo, conforme Ráo (1998, p 30-35), “à valorização dos direitos subjetivos”, e, por consequência, rompeu à concepção da *actio* romana (conhecida por sincretista, onde o direito de ação era resultado da lesão a direitos públicos subjetivos), defendida por Theodor Muther, aportando, ao final, na concepção de ação, como fora tida no direito moderno, defendida por Bernhard Windscheid em seu *Die “actio” des römischen Zivilrechts vom Standpunkt*

des heutingen Rechts. A corrente especializou o sistema romano de ações, concebendo uma nova técnica, onde se impôs a autonomia de um processo que até então tinha como objeto a vindita ao adversário, por um litigioso, com a prestação efetiva da tutela jurisdicional.

Essa grande mudança do pensar processual foi ganhando maturidade, e, independentemente da família ou de cada sistema jurídico, o conceito de ação, seus elementos, suas condições, e, principalmente, os seus chamados princípios fixos informativos (lógico, jurídico, político e econômico), aplicáveis de forma universal aos processos de qualquer sistema jurídico. O que passa a ser importante nessa nova fase do processo é o seu cunho material e prático, ou seja, a sua eficácia como contraprestação as necessidades sociais, cada vez maiores. Essa fase mais recente, na qual nos encontramos, vem tornar imprescindível a regulação da atividade jurisdicional do Estado de forma cada vez mais igualitária, assegurando-se a aplicação dos princípios fixos acima apontados na concretização de todos os atos processuais em suas espécies. Trata-se de garantir a equilibrada participação dos sujeitos processuais no contraditório forense, que no sistema americano foi denominado de *procedural due process of law*.

Essa nova visão instrumental da efetividade do processo tem seu esteio no fato de que este, como instrumento, serve de canal para o controle das diferentes concepções filosóficas políticas e culturais da sociedade, e, em sendo assim, tem sua base nos valores sociais existentes a cada momento no tecido social. É uma característica que dá constante mutabilidade aos institutos do processo contemporâneo, que, *pari passu*, as mudanças de valores e costumes sociais, haverá também de efetivá-las em seus institutos, a fim de atender às novas pretensões que estão por vir, reduzindo o antagonismo das forças sociais, suprimindo as lacunas e deficiências do ordenamento jurídico, promovendo a paz e a justiça social.

As mudanças processuais devem ser garantidas numa ordem compatível com as transformações de cunho político por que passa o Estado. As sucessivas revoluções e manifestações populares nos últimos duzentos anos trouxeram a necessidade de observância de padrões mínimos de legalidade e igualdade, afastando-se o arbítrio, através de um processo capaz de efetivar os novos direitos sociais, hoje com foro constitucional, trazendo-os, cada vez mais, para o corpo das Constituições, e, de outra banda, desencadeando uma crescente transformação publicista do processo. Neste sentido, esta nova ótica publicista encerra boa parte dos objetivos deste projeto de pesquisa, pois, dentre as várias características do processo contemporâneo, destacamos para o presente estudo o instituto do devido processo legal como *standart* do atual ordenamento processual civil, e mais especificamente, na produção regular da prova. O fato

é que, seja a garantia destacada para este estudo, ou quaisquer das demais de ordem pública, elencadas a partir do art. 5º da CF/88, são todas provenientes do devido processo legal, tais como a isonomia, o promotor e o juiz natural, a inafastabilidade do controle jurisdicional, o contraditório, a proibição da prova ilícita, a publicidade, a motivação e o duplo grau de jurisdição. Estes direitos fundamentais se encontram entrelaçados num feixe onde, ausentes quaisquer deles, não se conseguirá obter o pleno acesso de todos numa ordem jurídica justa (NERY JÚNIOR, 2000, p. 41).

A efetivação das garantias processuais advindas do devido processo legal no procedimento, tal como estão postas na Constituição Federal de 1988, tem sido uma grande preocupação dos juristas da atualidade, pois, em paralelo a crescente participação dos cidadãos no processo, com um maior acesso ao Judiciário, também aumentou a necessidade de se proferir uma prestação jurisdicional adequada a tais preceitos maiores, produzindo a chamada tutela constitucional do processo. A proposta deste estudo justifica-se, a nosso ver, ante a visível deficiência existente na efetivação de um processo civil justo, onde as garantias processuais asseguradas pela Constituição sejam efetivamente aplicadas nos casos concretos. Esta dificuldade torna necessário, sob nossa perspectiva, o estudo dos mecanismos processuais de solução de litígios e a adequação dos mesmos com as garantias processuais arriadas na Carta Política de 1988, que devem lhes ser prevalentes.

Mais à frente, faz-se necessário investigar a convivência dos princípios e garantias constitucionais, de cunho processual, e suas aplicações na órbita dos procedimentos em espécie. Esta rede de princípios e garantias contribui sabidamente para a orientação das demais normas processuais infraconstitucionais, bem como, exerce função criativa, obrigando o legislador a editar regras que complementem ou integrem o sistema em que se inserem. Este fenômeno, cada vez mais presente em nosso ordenamento processual, note-se ainda muito carente, é colocado à prova, frente a princípios que, por vezes, são conflitantes quando nos seus usos em casos concretos.

A dualidade na aplicação de princípios se concretiza como uma espécie de *antinomia jurídica imprópria*, na medida em que não se pode entender o choque entre duas regras jurídicas, sem que se possa saber qual a que será aplicada no caso singular (DINIZ, 1998, p. 20-30). No que tange aos princípios, não se tem um choque propriamente dito, como acontece com as regras, sendo neste caso, insolúvel ou real, e necessitando ser resolvido através da cronologia (*lex posterior derogat priori*), da hierarquia (*lex superior derogat inferiori*), e da especialidade (*lex specialis derogat generalis*). Os princípios diferenciam-se das regras quando colidem, pois resolvem suas oposições, não pelo plano da

validade, mas sim, por seu peso e densidade normativa. Em última análise, melhor se explicita que os princípios coexistem, sendo aplicados em conjunto ou separadamente no fato jurídico, e se utilizando, na última hipótese, o critério da prevalência, do valor e do peso (densidade normativa ou nível de concreção) para executar essa tarefa. As colisões entre princípios resolvem-se através da técnica e da composição, onde um princípio deve ceder, frente a outro, sem que o último tenha a sua carga normativa reduzida.

Como prática ideal para a solução, quer dos conflitos advindos da coalescência de princípios constitucionais auto-aplicáveis, no curso de instruções processuais, em particular, a quando da produção regular da prova judicial, ou ainda, como desiderato lógico, e até mesmo, complemento formal do *substantive due process of law*, conceito originário da doutrina norte-americana, donde se extrai que tanto o conteúdo dos atos administrativos, como também, a própria atividade legiferante do Estado, necessitam ser acima de tudo justos, e portanto, razoáveis, quanto aos meios utilizados para a consecução de quaisquer dos resultados pretendidos, em especial, no caso em estudo, aqueles resultantes da atividade jurisdicional regular do Estado.

A fim de se dar efetividade aos comandos constitucionais vigentes, se faz necessário o uso da hermenêutica constitucional para atribuir às normas constitucionais um significado legítimo, valendo-se da disposição de métodos e princípios próprios de interpretação. No intuito de se cumprir com o conteúdo axiológico do texto constitucional, vale-se o operador do direito dos princípios constitucionais, não só para garantir a coesão e coerência do sistema, mas também, do espaço genético próprio para a criação da base legal material e processual que sustentará o ordenamento jurídico existente.

Sejam implícitos ou explícitos, o fato é que os princípios em uso pelo texto constitucional, deverão ser cuidadosamente interpretados, valendo-se o hermenêuta do melhor método para tanto. Da moderna hermenêutica constitucional, destacamos os seguintes métodos: o método científico-espiritual, propondo a adequação da norma constitucional às realidades sociais mais presentes; o método hermenêutico-concretizador, onde a interpretação passa a deter um conteúdo realmente criador; o chamado método tópico-problemático, que em a verdade se apresenta muito mais operacional, tal como uma técnica do que como um método interpretativo, na medida em que propõe a seleção de critérios e argumentos para idealizar o problema, deixando de lado as normas e o sistema. Por último, temos o método normativo-estruturante, através do qual se concebe que a interpretação da constituição se dará através de diversas fases de interpretação, até se obter a chamada "norma de decisão" que então será aplicada ao problema, concretizando-se então a normatividade constitucional.

O uso da hermenêutica constitucional para a adequação da legislação material e processual, existente ao conteúdo axiológico da Constituição em vigor, apresenta-se como uma prática necessária, utilizando-se tanto os princípios expressos no Texto Magno como os implícitos, considerados de interpretação constitucional, como é o caso do princípio da proporcionalidade ora focado, e os demais a ele afetos.

Tomando-se por base o método-estruturante de interpretação constitucional, em tese o mais adequado a nosso sistema jurídico, pelo que observamos, e ainda, considerada a importância dos demais princípios de interpretação constitucional, tais como o da unidade da Constituição, da máxima efetividade, da interpretação conforme, entre outros, chegamos à aplicação do princípio da proporcionalidade como garantia do Estado Democrático de Direito, não só no que diz respeito a produção da prova judicial, mas também, por outro lado, a garantia de justiça e razão na atividade da Administração Pública e no processo legislativo.

A moderna doutrina constitucional vem admitindo hipóteses restritivas de determinados direitos em favor dos direitos considerados fundamentais, valendo-se para tanto do conceito de reserva legal. Hoje, com o melhor uso do princípio da proporcionalidade, ainda implícito na Constituição Federal, admite-se seu uso para a restrição razoável e justa dos atos da Administração Pública e o controle do processo legislativo, observando-se, na efetivação de ambos, não só a legitimidade dos meios e fins utilizados, mais ainda, a sua adequação e a necessidade de serem usados. Cria-se então um novo conceito, ainda pouco determinado, qual seja, o da reserva legal proporcional, onde a discricionariedade advinda do *laissez-faire* liberal é cada vez menor, em contrapartida a uma invasão cada vez maior do Poder Público, gerando alguns visíveis temores, como por exemplo o da provável lesão a repartição constitucional dos poderes da República.

CONCLUSÃO

No âmbito do devido processo legal, e mais restritamente, da constante busca pela mais justa interpretação das normas processuais frente a tal instituto, retiramos para estudo, como objeto propriamente dito deste projeto de pesquisa, o princípio da proporcionalidade - razoabilidade, e seu uso com relação aos aspectos formais da legislação processual civil e sua adequação aos ditames constitucionais, no que tange a produção da prova. Essa proporcionalidade-

-razoabilidade aparece no cenário processual vigente, como talvez o principal instrumento de garantia do devido processo legal, atuando como o verdadeiro mecanismo de aferição dos institutos do sistema jurídico em relação aos comandos constitucionais, na medida em que serve de parâmetro *latu*, tanto interno (verificando a racionalidade, razoabilidade e proporcionalidade entre os motivos, meios e fins utilizados pelo Poder Público em suas atividades); e externo (verificando a adequação dos meios e fins dos atos do Poder Público àqueles preconizados no texto constitucional).

Centrados nos parâmetros acima postos, é importante destacarmos que, em verdade, apesar da doutrina tratar os conceitos de proporcionalidade, razoabilidade e racionalidade, em muitas vezes de forma análoga. O fato é que, mesmo tendo uma origem comum, tendo evoluído do *due process of law* (norte-americano), a razoabilidade (*razionales*) e a racionalidade (*racionality*), distinguiram-se da cláusula do devido processo legal, de caráter eminentemente processual, para se alojarem no controle dos atos de Estado, quer na seara administrativa propriamente dita, quer no processo legislativo disposto na Constituição Federal.

Dentro desse contexto, pretendemos chegar a conclusões mais específicas sobre os ajustes legais necessários, não só em nosso ordenamento substantivo, mas também, nas disposições administrativas e constitucionais necessárias para obtermos um nível maior de igualdade e de justiça, em particular, na produção da prova processual e a efetivação das garantias constitucionais decorrentes. Destacar-se-ia para discussões futuras em próximos estudos, acerca de: a) qual o melhor uso do princípio da proporcionalidade no acesso do cidadão comum a justiça? b) qual a melhor aplicação do princípio da proporcionalidade a busca da paridade dos sujeitos processuais? c) qual a relação adequada entre o princípio da proporcionalidade e a garantia constitucional do contraditório? d) qual a importância do princípio da proporcionalidade na produção ampla da prova processual? e) qual o melhor uso do princípio da proporcionalidade na produção regular da prova processual civil, em face da finalidade de cada rito específico?

REFERÊNCIAS

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Direito processual constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

DINIZ, Maria Helena. **Conflito de normas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

JUNIOR, Nelson Nery. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**: com a lei da ação direta de inconstitucionalidade (9.868/99). Lei da arguição de preceito fundamental (9.882/99) e a Lei do processo administrativo (9.784/99). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RÁO, Vicente. **A vida dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

WATANABE. Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

A Solidariedade Social e o efeito redistributivo da tributação.

Luiz Dias Martins Filho
Daniel Rocha Chaves
Valter Moura do Carmo

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 elencou em seu texto vários dispositivos que revelam a preocupação do Poder Constituinte Originário em assegurar, de diversas formas, os direitos fundamentais inerentes ao ser humano, dentre eles os direitos sociais. O melhor exemplo que se pode explicar é o do artigo 3º da Lei Fundamental brasileira. Nela estão indicados alguns dos propósitos e finalidades da República Federativa do Brasil, como por exemplo, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional ou a erradicação da pobreza.

Muito diferente das constituições liberais, a Lei Fundamental brasileira não se ateve somente em expor os direitos de primeira dimensão, que podem ser definidos pelo trinômio: liberdade, igualdade e fraternidade. Passando a analisar a Constituição Federal, abruptamente salta aos olhos sua busca pelos direitos fundamentais; idiosincrasia inerente ao Estado Democrático de Direito. Destarte, para que se conquistem tais direitos, é necessário que o Estado tenha um aparato financeiro para subsidiar tais garantias. Os tributos, além de firmar os pilares da estrutura do Estado, também têm a função de assegurar e efetivar os direitos fundamentais. Corrobora-se com MENDES e BRANCO (2012, p. 966) quando diz que para a edificação do Estado Democrático de Direito são necessários custos e estratégias, e para isso é necessário a existência de um Estado Fiscal que financie o Estado Social, uma vez que todos os direitos fundamentais têm um custo. Para que se leve os direitos a sério é necessário que os custos de tais direitos também sejam levados a sério. É evidente que por detrás de cada atuação estatal sempre há uma decisão financeira. Esta, por sua vez, é alicerçada em uma atividade de arrecadação que tem o tributo como principal fonte de receita. Destarte, fica claro que a tributação é um dos principais meios

para que se possa estabelecer os direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição Federal.

A tributação é o primeiro passo para que o Estado possa assegurar direitos. Stephen Holmes e Cass Sunstein desenvolveram uma obra chamada, *The Cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes*. Nela são explanadas várias garantias fundamentais que só podem ser conquistadas com o fomento por parte do Estado. Um dos exemplos dados é a propriedade. Os referidos autores asseveram que (1999, p. 59, tradução nossa):

Se os detentores do poder de polícia não estão ao seu lado, você não poderá afirmar com sucesso o direito de entrar em seu próprio lar e usufruir de seu conteúdo. Os direitos de propriedade só são significativos se as autoridades públicas usarem de coerção para excluir os não-proprietários, que, na ausência de lei, poderiam trespassar os domínios da propriedade que os proprietários desejam manter como um santuário inviolável¹.

Dentre as várias características que compõem a essência da Constituição Federal brasileira, um elemento merece destaque para ser melhor trabalhado: o fator dirigente da Constituição. Tal aspecto é definido por uma Lei Maior, que define objetivos e desígnios para a Sociedade e ao Estado. Este conceito foi introduzido no Brasil pelo jurista português J. J. Gomes Canotilho em sua obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*.

Logo de início é importante dizer que uma das mais recorrentes críticas a esse caráter constitucional é que ele suprime o processo político-decisório, pois, em seu lugar, já há imposição do poder constituinte originário. Gilberto Bercovici e Luís Fernando Massonetto (2006, p. 72) asseguram que “a crítica feita à constituição dirigente, pelos autores conservadores, diz respeito, entre outros aspectos, ao fato de a constituição dirigente ‘amarrar’ a política, substituindo o processo de decisão política pelas imposições constitucionais”. Contudo, não nos ateremos a este ponto.

No Brasil, o art. 3º da Lei Maior, já supracitado, é o melhor exemplo que define o caráter dirigente da Constituição brasileira. Vale ressaltar que uma pessoa que não tem formação jurídica, ao se deparar com tal dispositivo constitucional, tem como primeira reação dizer que o mesmo não passa de uma utopia. É com base em tal pré-conceito que é importante explanar o dirigismo da Constituição Federal. Tendo ciência de tal fato, pode-se ter uma visão holística daquela e, com isso, atentar para o real *télos* de tais dispositivos constitucionais.

¹ No original: *if the wielders of the police power are not on your side, you will not successfully "assert your right" to enter your own home and make use its contents. Property rights are meaningful only if public authorities use coercion to exclude nonowners, who, in the absense of law, might well trespass on property that owners wish to maintain as an inviolable sanctuary.*

1. ARRECAÇÃO DE TRIBUTOS INDIRETOS: IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS

Há que se reconhecer, entretanto, que, apesar dos aspectos relacionados ao desequilíbrio do federalismo fiscal, a Constituição de 1988 foi bastante generosa com os assuntos sociais (MARTINS FILHO, 2007). Introduziu o conceito de seguridade social, abrangendo as áreas de saúde, previdência e assistência social, e deu os meios financeiros para sustentá-la², havendo várias matrizes constitucionais para a instituição de contribuições sociais, sendo amplas as bases tributárias para fornecer a tais áreas recursos (folha de salário, receita ou faturamento, lucro, concurso de prognósticos e, mais recentemente, importação de bens e serviços do exterior³). Segundo Nathalie de Paula Carvalho (2010, p. 3):

Fruto do instrumento da racionalidade humana, o Direito existe para substituir o poder pela razão, nos relacionamentos entre o Estado e os cidadãos. Nesse diapasão, cabe ao Direito Tributário um papel especial: fazer com que o poder de tributar seja exercido dentro de e axiologicamente estruturado, na prática o que se verifica é uma abstração desses valores de conteúdo normativo e princípios lógicos em favor de meros interesses governamentais.

Mesmo considerando a exclusão dos recursos que estão no âmbito da Desvinculação de Receitas da União (DRU)⁴, parte das receitas da seguridade social não é aplicada nessa área, e seus recursos são destinados para elevar o denominado superávit primário.

Quanto aos direitos sociais, o art. 6º da Constituição de 1988 mostra a amplitude da área de direitos sociais, estabelecendo que “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”.

Em estudo elaborado pelo pesquisador alemão Hartmut Sangmeister (2004), observa-se a aparente contradição que demonstra que a importância da América Latina na economia mundial diminuiu, enquanto a inserção da região no mercado mundial cresce. Acrescenta que, até bem recentemente, essa região tinha aproveitado muito pouco as oportunidades de comércio sul-sul e que, no *ranking* de competitividade internacional, a maioria dos países latino-americanos ocupa somente lugares de menor importância. Diz ainda

2 Para conhecer a arrecadação destinada à seguridade social, do total de cerca de R\$ 172 bilhões, em 2002, arrecadados somente a título de contribuições sociais (previdenciária: R\$ 71 bilhões; Cofins: R\$ 50,754 bilhões; CPMF: R\$ 20,264 bilhões; PIS/Pasep: R\$ 12,511 bilhões; CSLL: R\$ 12,431 bilhões), foram arrecadados, a título de impostos federais (IR, IPI, IE, II, IOF, ITR), cerca de R\$ 120 bilhões.

3 Acrescentada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003.

4 Situação hoje regulada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003.

que, apesar de os latino-americanos estarem fazendo investimentos diretos no exterior, os donos do capital na região não estão dispostos apenas a internacionalizar suas atividades econômicas, mas também a otimizar sua carga tributária, elidindo ou evitando o pagamento de tributos⁵⁶.

Hartmut Sangmeister ressalta, ainda, que o desenvolvimento econômico sustentável baseia-se também na existência de capital social na forma de confiança, de sentido de responsabilidade, de espírito de solidariedade e de justiça social.

O tratamento constitucional das contribuições sociais, em especial das contribuições para seguridade social, surgiu em 1946. Lembra-se que o início da sistematização constitucional da matéria, custeada de forma tripartite, entre a União (com recursos extraídos de seu orçamento), o empregador e o empregado, teve início com a Constituição de 1946 (MARTINS, 2000, p. 33).

Antes da Constituição de 1988 (CF/88), a contribuição da União ao custeio da previdência social era extraída, além de seu orçamento, do produto de diversas contribuições cobradas sob a denominação genérica de “quota da previdência”, colhida do Imposto de Importação, da receita bruta da Loteria Esportiva Federal, do preço dos combustíveis e do movimento global das corridas de cavalo. Havia também sido instituído, em caráter específico, o salário-educação (Lei nº 4.863/65), o Programa de Integração Social (PIS), destinado a promover a integração do empregado na vida e no desenvolvimento das empresas (Lei Complementar nº 7/70), além do conhecido Financiamento à Seguridade Social (Finsocial), cujos recursos eram destinados integralmente ao custeio dessa área (PRICE WATERHOUSE, 2001, p. 11). O denominado Finsocial foi sucedido pela Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social-Cofins, instituída pela Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991.

Muito se discutiu acerca da natureza jurídica das contribuições *parafiscais* ou *sociais*. Parecia que após a promulgação da Carta Política de 1988 a discussão sobre contribuições se encerraria, pois a atual redação do art. 149 da Carta Política diz que

competem, exclusivamente, à União instituir contribuições sociais, de inter-

5 Seja a economia de tributos, seja a elisão, seja a evasão tributária, não é algo que atrai somente os brasileiros, como demonstrou o italiano Victor Uckmar (2004, p. 36-37): “O importante para as empresas é produzir rendas; e, portanto, é necessário adotar medidas para melhorar a competitividade, especialmente no campo internacional, medidas tais como a redução dos impostos que oneram a produção”.

6 Cita, como exemplo, o ano de 2002, em que, do total de investimentos diretos brasileiros no exterior – US\$ 43,4 bilhões de dólares norte-americanos –, aproximadamente dois terços foram colocados em três paraísos fiscais do Caribe: Bahamas, Ilhas Cayman e Ilhas Virgens Britânicas. Mais de 90% dos investimentos diretos brasileiros no exterior recaem sobre os setores de serviços, sobretudo o setor de serviços financeiros, com aproximadamente 35% do total.

venção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

Por seu turno, o primeiro parágrafo do referido instituto estipula que os estados, Distrito Federal e os municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social. Já o segundo parágrafo, do mesmo artigo, diz que as contribuições sociais de intervenção no domínio econômico não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação, bem como poderão incidir sobre a importação de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível. Continua tal instituto dizendo que poderão ter alíquotas *ad valorem*, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro. Também poderão ter alíquotas específicas, se tiver por base a unidade de medida adotada. Por fim, a pessoa natural, destinatária das operações de importação, poderá ser equiparada a pessoa jurídica, na forma da lei. Esta definirá as hipóteses em que as contribuições incidirão em uma única

Ao admitir-se que as contribuições constituem espécie de tributo, busca-se, por conseguinte, o que existe no regime jurídico constitucional das mesmas, que lhes confere identidade específica.

A finalidade para que foram instituídas, a necessidade de atuação da União em determinada área e os imprescindíveis recursos para despesas resultantes da atuação, dão às contribuições identidade específica, como também, a relação existente entre a competência da União para instituí-las e a competência constitucional administrativa para atuar na correspondente área (arts. 21 a 24, CF/88).

O ponto nodal das contribuições está na obrigatoriedade da União atuar em determinada área ou setor e na respectiva necessidade de obter recursos para os gastos dessa atuação. Sendo, portanto, a contribuição “instituída como instrumento de atuação do Estado” (SOUZA, 2002, p. 115).

2. REDISTRIBUIÇÃO DE RENDA E O PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA

Em uma república federativa como a brasileira, a harmonia e a prosperidade entre os entes da federação é um dos principais objetivos. Entretanto, quando se fala em prosperidade, logo se remete a dois termos deveras utilizados

na Ciência Econômica: crescimento e desenvolvimento econômico. Por ser este um trabalho jurídico e o Direito ser uma ciência que é intrínseca à linguagem, faz-se aqui uma breve distinção semântica entre os dois termos anteriormente citados. Tem-se por “crescimento econômico” o aumento das riquezas de um determinado ente (empresa, município, país etc.). O Produto Interno Bruto (PIB), que é a soma de todas as riquezas produzidas em um determinado local, é o fator mais utilizado para se verificar o crescimento econômico. Por sua vez, o desenvolvimento econômico tem todo um substrato teórico e se caracteriza por ir além do crescimento e prezar também pelo progresso nas searas ambientais e sociais.

Indo mais além na classificação de desenvolvimento econômico, toma-se a liberdade de citar um dos principais teóricos que trata de tal tema, Amartya Sen. Em sua *magnum opus* “Desenvolvimento como Liberdade” (2010, p. 17), logo no início, infere-se que há um contraste das liberdades humanas com visões mais restritas de desenvolvimento, como as que equiparam desenvolvimento com crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB), do qual decorre aumento de rendas pessoais, industrialização, avanço tecnológico ou modernização social. A expansão das liberdades, das quais desfrutam os membros da sociedade, são potencializadas por meio do crescimento do PNB ou das rendas individuais, entretanto, dependem também de outros fatores, como as disposições sociais econômicas (por exemplo, os serviços de educação e saúde) e os direitos civis (por exemplo, a liberdade de participar de discussões e averiguações públicas).

O mesmo autor, Amartya Sen, foi um dos elaboradores do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), um dos mais utilizados indicadores de desenvolvimento e que resulta da interseção entre saúde, educação e renda. Indo de encontro ao pensamento predominante do “crescimento econômico”, com o IDH “houve uma inversão radical: o ser humano deixa de ser visto como um instrumento para servir às empresas [...] e passa a ser visto como o objetivo maior” (DOWBOR, 2010, p. 21).

Como fator de suma relevância para o desenvolvimento econômico da federação, as políticas de redistribuição de renda são uma das principais ferramentas para se atingir a homogeneidade social. Antes de tudo, é importante frisar que tal posicionamento não tem nenhuma relação com a proposta de planificação da economia, mas sim, de conseguir ir ao encontro dos objetivos propostos pelas normas programáticas da Constituição Federal. Veja-se (CARVALHO, 2010, p. 12):

A atividade de tributar do Estado envolve interesses em permanente tensão e, para mitigar esta constatação, urge a imposição de limitações de

ambos os lados. A tributação se manifesta por uma via de mão dupla: é o canal de que dispõe o Poder Público para a concretização de direitos fundamentais e o financiamento de suas atividades, como um todo; por outra banda, busca recursos dos particulares para tanto, retirando-lhes parcelas de suas conquistas para os cofres públicos. Diante de uma realidade tão delicada, exige-se um mínimo de ética no exercício do poder de tributar, por parte do Estado Fiscal, uma contensão que tem por pano de fundo o ordenamento jurídico que o legitima.

No tópico em questão, falar-se-á brevemente da principal política de redistribuição de renda da história recente do Brasil, o Programa Bolsa Família, instituído pela Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004. Este programa iniciou-se em 2003 como sendo a unificação de outros programas de redistribuição de renda: “Bolsa Escola, Cartão Alimentação, Auxílio-Gás e Bolsa Alimentação”⁷ e integra o Plano Brasil Sem Miséria. Tem por escopo garantir renda às famílias com renda *per capita* inferior a R\$ 70 (setenta reais) mensais e, hodiernamente, contempla cerca de 50 (cinquenta) milhões de pessoas, fazendo com que seu orçamento atinja 0,46% do PIB nacional (LEOPOLDO, 2013).

Por ser o maior programa de redistribuição de renda do país, muitos indicadores registram a melhora das condições sociais dos cidadãos brasileiros. É o que será exposto e analisado a seguir.

No tocante à redistribuição de renda, em 2012, a renda *per capita* das famílias 10% mais pobres cresceu 14%, mesmo a economia tendo tido fraco desempenho em tal período. O presidente do Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA), Marcelo Neri, disse que 3,5 milhões de pessoas saíram da pobreza neste ano, enquanto que um milhão saiu da extrema pobreza, mesmo o PIB tendo crescido pouco. “Para a pobreza, o fundamental é o que acontece na base, cuja renda cresceu a ritmo chinês” (DESIGUALDADE, 2013).

Além de melhorar diretamente o aumento da renda da população economicamente mais vulnerável, o Programa Bolsa Família proporcionou, e continua a proporcionar, outros progressos indiretos, com o cadastro feito preferencialmente no nome da mãe, valorizando o papel da mulher em tais famílias. Além disso, os desvios de verbas são quase inexistentes, uma vez que há forte fiscalização na distribuição (CASTRO, 2012).

Quando esboça sobre teorias da cidadania e o Programa Bolsa Família, destacando o papel da mulher, Walquiria Leão Rego (2008, p. 175) nos lembra que:

As mulheres chegaram ao mundo dos direitos e da cidadania muito tardiamente. Isto, de per se, teve consequências políticas profundas sobre a

⁷ CASTRO, Jorge Abrahão de; MODESTO, Lúcia (Org.). Bolsa Família 2003-2010: avanços e desafios. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_bolsafamilia_voll.pdf>. Acesso em: 05 out. 2013.

vida democrática em geral. Ainda não foram adequadamente avaliados os efeitos sobre as mulheres, que são detentoras de responsabilidades educativas sobre as novas gerações, da ausência de cultura pública radicada em valores cívicos democráticos e republicanos, deste tardio ingresso nas prerrogativas do universo da cidadania.

Outro coeficiente que tem a função de medir a desigualdade de renda em um país é o Índice de Gini. Segundo o IPEA, é um instrumento que aponta a diferença entre os rendimentos dos mais ricos e os dos mais pobres. Oscila de zero a um, onde zero significa a situação de igualdade e um a situação onde uma pessoa detém toda a renda. O Índice de Gini costuma comparar os 20% mais pobres com os 20% mais ricos. Através de tais resultados temos a seguinte evolução

Tabela 1 – Índice de Gini entre os anos de 2003 e 2009

Ano	Índice de Gini
2003	0,583
2004	0,572
2005	0,569
2006	0,563
2007	0,556
2008	0,548
2009	0,543

Fonte: Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas – IPEA

A tabela 2, colacionada, ilustra o crescimento do Índice de Desenvolvimento Humano do Brasil entre os anos 2000 e 2012. Conforme já fora explanado, tal índice resulta da intercessão entre os dados sobre saúde, renda e educação. Depois de instituído o Programa Bolsa Família, pode-se ver significativa melhora e tal indicador.

Por fim, a extrema pobreza foi um dos pontos que mais o Programa Bolsa Família focou a fim de reduzi-la. Segundo dados do Banco Mundial, a percentagem da população que vivia com até US\$ 1,25 (um dólar americano e vinte e cinco centavos) por dia reduziu pela metade, desde o ano da instituição do referido programa social (tabela 3).

Tabela 2 – Índice de Desenvolvimento Humano (anos 2000 a 2012)

Ano	Índice de Desenvolvimento Humano
2000	0,669
2005	0,669
2006	0,704
2007	0,710
2008	0,716
2009	0,719
2010	0,726
2011	0,728
2012	0,730

Fonte: International Human Development Indicators
United Nations Development Programme.

Tabela 3 – Porcentagem de pessoas que vivem com US\$ 1,25 por dia

Ano	Porcentagem da População
2003	5,9%
2004	5,1%
2005	4,6%
2006	4,1%
2007	4,2%
2008	3,4%
2009	3,6%

Fonte: Banco Mundial

Como exposto, o desenvolvimento econômico sustentável baseia-se também na existência de capital social na forma de confiança, de sentido de responsabilidade, de espírito de solidariedade e de justiça social. Logo, tendo em vista que as contribuições sociais para seguridade social são instituídas como instrumentos de atuação do Estado, e que o ponto nodal dessas contribuições sociais está na obrigatoriedade da União atuar em determinada área ou setor e na respectiva necessidade de obter recursos para os gastos dessa atuação, verifica-se que o Programa Bolsa Família maximizou a utilização desses recursos e, de forma exitosa, possibilitou a realização de justiça social e a mitigação das desigualdades socioeconômicas.

Importante para o desenvolvimento econômico da federação, as políticas de redistribuição de renda, pois são uma das principais ferramentas para se atingir a harmonia e homogeneidade social, especialmente os objetivos expressos no art. 3º da Constituição brasileira de 1988. Antes de tudo, é importante frisar que tal posicionamento não tem nenhuma relação com a proposta de planificação da economia, mas sim de conseguir ir ao encontro dos objetivos propostos pelas normas programáticas da Constituição Federal.

Verifica-se, ainda, que após a instituição do Programa Bolsa Família, pela Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004, no Brasil:

(i) houve significativa melhora, entre os anos 2000 e 2012, no Índice de Desenvolvimento Humano - IDH, que resulta da interseção entre os dados sobre saúde, renda e educação;

(ii) houve também significativa melhora no Índice Gini, coeficiente que tem a função de medir a desigualdade de renda em um país, pois aponta a diferença entre os rendimentos dos mais ricos e dos mais pobres.

(iii) houve drástica redução da extrema pobreza, desde a instituição do Programa Bolsa Família, em 2003, segundo dados do Banco Mundial, uma vez que a percentagem da população que vivia com até um dólar americano e vinte e cinco centavos (US\$ 1,25), por dia, reduziu-se pela metade.

Por fim, frisa-se a importância da efetivação dos objetivos constitucionais por meio da instituição de impostos e contribuições sociais e a maximização de sua aplicação, buscando um desenvolvimento econômico que vai além do mero crescimento, prezando pelo progresso e justiça social de todos que compõem a sociedade política brasileira, observando os ensinamentos da Análise Econômica do Direito (*Law & Economics*).

REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Económica. **Boletim de Ciências Económicas**, Universidade de Coimbra, v. 49, p. 57-77, 2006.

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

BRASIL. Lei Federal 10.836 de 9 de janeiro de 2004. **Cria o Bolsa Família e dá outras providências**. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.836.htm>. Acesso em: 20 jun. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CARVALHO, Nathalie de Paula. **Uma análise econômica dos direitos fundamentais dos contribuintes**. Fortaleza: Premium, 2010.

CASTRO, Cláudio de Moura e. O Acerto do Bolsa Família. **Veja**, São Paulo, p. 24-24, 04 abr. 2012. Disponível em: <<https://conteudoclipingmp.planejamento.gov.br/cadastr/noticias/2012/4/2/o-acerto-do-bolsa-familia/>>. Acesso em: 10 out. 2013.

DESIGUALDADE de renda registrou queda no ano passado. **O Povo**, Fortaleza, 02 out. 2013. Disponível em: <<http://www.opovo.com.br/app/opovo/brasil/2013/10/02/noticiasjornalbrasil,3139487/desigualdade-de-renda-registrou-queda-no-ano-passado.shtml>>. Acesso em: 05 out. 2014.

DOWBOR, Ladislau. **Democracia Econômica: um passeio pelas teorias**. 2. ed. Fortaleza: Banco do Nordeste, 2010.

LEOPOLDO, Ricardo. Em 2013, Bolsa Família terá quase R\$ 4 Bilhões a mais que no ano passado. **Estadão**, São Paulo, 18 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,em-2013-bolsa-familia-tera-quase-r-4-bilhoes-a-mais-que-no-ano-passado-,1010189,0.htm>>. Acesso em: 05 out. 2014.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS APLICADAS - DATA. **Ipeadata**. Disponível em: <<http://www.ipeadata.gov.br/>>. Acesso em: 05 out. 2013.

INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS APLICADAS. **O que é? - Índice de Gini**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&id=2048:catid=28&Itemid=23>. Acesso em: 05 out. 2013.

MARTINS FILHO, Luiz Dias. O federalismo fiscal brasileiro sob a ótica da integração econômica internacional. **Caderno de Finanças Públicas**, Escola de Administração Fazendária, Brasília, n. 8, p. 41-100, dez. 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. São Paulo: Atlas, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PRICE WATERHOUSE. **Contribuições sociais**. São Paulo: Atlas: 2001. (Série legis-empresa 7).

REGO, Walquiria Leão. Aspectos teóricos das políticas de cidadania: uma aproximação ao Bolsa Família. **Lua Nova**, São Paulo, n. 73, p. 147-185, 2008.

SANGMEISTER, Hartmut. **Latinoamérica en el mundo de la economía globalizada**: Las empresas latinoamericanas están presentes en el mundo entero, mientras que Latinoamérica está perdiendo competitividad internacional. 2004. Disponível em: <http://www.fes.org.ar/PUBLICACIONES/Eco_Glob_Sangmeister.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2015.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SOARES, Sergei; SÁTYRO, Natália. O Programa Bolsa Família: Desenho institucional e possibilidades futuras. In: CASTRO, Jorge Abrahão de; MODESTO, Lúcia. **Bolsa Família 2003-2010**: Avanços e desafios. Brasília: Ipea, 2010. p. 25-55. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_bolsa-familia_vol1.pdf>. Acesso em: 05 out. 2013.

SOUZA, Ricardo Conceição. **Regime Jurídico das Contribuições**. São Paulo: Dialética, 2002.

UCKMAR, Victor. As tendências fiscais do início do Terceiro Milênio. In: TORRES, Heleno Taveira (Org.). **Direito tributário internacional aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 29-46.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. **International Human Development Indicators - United Nations Development Programme**: Brazil: Country Profile: Human Development Indicators. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/en/countries>>. Acesso em: 05 out. 2013.

Diálogo INTERNACIONAL



Legislative structure of the EU foreign policy: Evaluation, Challenges and proposals.

Dunja Duić

INTRODUCTION

If we evaluate the provisions in the Treaty of Lisbon concerning the Common Foreign and Security Policy (CFSP), it may be concluded that the CFSP is *de facto* different from other EU policies. It is the only policy that contains all provisions from the Treaty on European Union (TEU), it has special legal instruments, *sui generis* competences and all EU institutions have special competences in the field of the CFSP. It is no coincidence: the current regulation of the CFSP is caused by the strong pressure of the Member States, since they obviously want to preserve their national foreign policies. However, the Treaty of Lisbon has put a major imperative on the process of strengthening coherence between the Union's policies and activities. It is the obligation of the Union to ensure consistency between the different areas of the Union's external action as well as between the latter and its other policies. How can this challenge be untangled in the current EU political situation? This paper proposes the transferring of a large number of the Treaty provisions concerning the CFSP to the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). At first glance, this can seem like a nomotechnical proposal, but in reality it could have a strong political and legislative impact on the structure of the CFSP and by that on the EU. The proposal provided in this paper will be in accordance with the political situation in the EU and it could be acceptable to the EU countries and, on the other hand, it could have an impact on the improvement of the CFSP and EU structure.

2. THE CONSTITUTIONAL TREATY

The aim of the Constitutional Treaty was to create a unified treaty, a unified legal organisation and one pillar system. The Constitutional Treaty repealed all existing Treaties and replaced them by merging them into one unified docu-

ment. Up to 2004, the Treaties were amended 15 times. The result were some 2800 pages of EU primary law that are contained in the seventeen Treaties and acts, three Communities with legal personality, three pillars, fifteen types of various legal instruments and several types of the decision making process. The reconstruction and simplification of this complicated legal system was one of the objectives of the creation of the Constitutional Treaty (PIRIS, 2010, p. 20).

The Constitutional Treaty prescribed the Member States' obligation to ratify. At the time of the ratification procedure, the European Union had 25 Member States, 15 of which had a national parliament-prescribed ratification procedure and ten Member States decided to hold a referendum with the aim of ratification. During 2005, four referendums were held: two positive (Spain and Luxembourg) and two negative (France in May and the Netherlands in June). Mid 2006, it became clear that the Constitutional Treaty (at least not in that form) would not be ratified. However, most Member State leaderships were aware of the fact that it would have been politically disastrous to give up on strengthening of the EU at the time and that it is necessary to make numerous amendments primarily in relation to competency and the decision making process. The reformed Constitutional Treaty needed to be adjusted to the different views of Member States. It should also be noted that eighteen Member States had accepted the Constitutional Treaty and that they are the states that wanted far-reaching reforms. Two Member States rejected the Constitutional Treaty in the referendum, while seven Member States stopped the referendum process. What became clear during the negotiations is the fact that Member States' objections were essentially neither related to the matter nor the content of the Constitutional Treaty, but rather to the nomenclature that appears to be constitutional. What was causing the issue were the words used in the Constitutional Treaty: *constitution*, *law*, *minister*, *flag* and *anthem* as well as the fact that the Common Foreign and Security Policy (CFSP) was aligned with other policies of the Union since the Constitutional Treaty did not prescribe separate regulation thereof. The Constitutional Treaty merged all provisions pertaining to external affairs in Title V that contained provisions on the CFSP, trade, development policy and humanitarian aid. Title V of the Constitutional Treaty contained a unique system of principles and goals that would apply to all policies contained in it. Also, the role of the High Representative was merged with that of the Secretary-General of the Council of the European Union, which is referred to in the Constitutional Treaty as the Foreign Affairs Minister. In brief, the CFSP would be under the influence of institutions whose members include Member States' government representatives (the European Council and the Council), whereas the European Parliament, the Commission and the Court would have minimum impact (PIRIS, 2010, p. 20) (WITHMAN; JUNCOS, 2009, p. 25–46) (KEUKELEIRE; MACNAUGHTAN, 2008, p. 61–65).

Ultimately, the conclusion may be that the Treaty of Lisbon implemented material changes of EU law into the spirit of the Constitutional Treaty. The amendments made prior to the entering into force of the Treaty of Lisbon were generally political compromises that were cosmetic in their nature. To exemplify, the Treaty of Lisbon was criticised mainly for having been supposed to repeal the Treaties, which is why the Treaty of Lisbon does not repeal nor replace the existing Treaties, but rather supplements them. The Treaty of Lisbon regulates EU law with two Treaties of the same legal force: the Treaty on European Union (TEU) and the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). Albeit the structure of the Treaty has not been simplified, the most important changes that the Treaty brings with the aim of simplifying and increasing the efficiency of EU law must be stressed: unified legal personality, the abolition of pillars and ultimately the cessation of the existence of the European Community. The following chapter shall discuss the changes relevant for external actions.

3. PROVISIONS OF THE TREATY OF LISBON CONCERNING THE AREA OF EXTERNAL ACTIONS

When discussing the changes brought by the Treaty of Lisbon, it is essential to emphasize Article 1 TEU, which prescribes that the Union is founded on the Treaty on the European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union. The two Treaties shall have the same legal value. The Union shall replace and succeed the European Community (Article 1, Treaty on the European Union).

This formulation clearly prescribes that the Union replaces and succeeds the European Community that ceases to exist upon the entering into force of the Treaty of Lisbon. It also prescribes that EU law stems from two underlying documents: the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union. The Treaties have the same legal value and together they form "Treaties" that the EU is founded on. Documents of the same legal value also include the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Treaty establishing the European Atomic Energy Community (EURATOM), which also represent the source of EU law, but are separate from the "Treaties". However, considering the subject of this research, the Charter and the EURATOM Treaty shall not be analysed in the present paper.

The TEU contains 55 articles, but sets the basic framework for Union actions. This Treaty prescribes the legal instruments that bring the fundamental legal values of the Union: the objectives of the Union, the principles, the conditions of accession to and withdrawal from the EU, the basic roles of institutions and

provisions on the Treaty amendment procedure. What is also regulated by the TEU are the provisions on the external actions of the EU and specific provisions on the Common Foreign and Security Policy. The said makes the CFSP the single EU policy regulated by the TEU (LAURSEN, 2012, p. 3–16).

The TFEU contains 358 articles and – as its title suggests – it addresses the functioning of the Union: procedures, instruments, policies, detailed powers of institutions etc. What is important in terms of researching the external actions of the Union is that all policies that fall under the external actions of the Union (aside from the CFSP) are regulated by this Treaty. Lastly, it also needs to be stressed that legally binding Protocols and Declarations were annexed to the Treaties for the purpose of clarifying the context of certain TEU and TFEU provisions.

The Treaty of Lisbon solved the issue of legal personality of the Union. Even though jurists and political scientists had agreed for years that the EU was an actor on the international scene, the question of legal personality was always problematic (DUIĆ; PETRAŠEVIĆ, 2010, p. 53–74) (CARDWELL, 2012, p. 61). Article 47 TEU currently prescribes legal personality, which of course does not automatically make it a subject of international law. Moreover, international law subjectivity is acquired objectively in accordance with the rules of international law, i.e. the owning of characteristics of a rights and/or obligations holder is acquired objectively in international law, which the EU (second pillar) had even prior to the Treaty of Lisbon. However, the fact that the EU is a successor of the European Community (EC) that was a subject of international law implies that the Union does have a legal personality both in domestic and international law. It may be concluded that the delegation of powers of the EC to the Union and the prescribed legal personality imply that the Union has the right to take part as a legal subject on the international scene. It follows from the Treaty that the EU as an independent subject has the right to enter legal relations with other international subjects (Article 216 TFEU), to establish cooperation with the organs of the United Nations and its specialised agencies (Article 220 TFEU) and form delegations in third countries and international organizations (Article 221 TFEU). The above leads to the conclusion that the EU is a legal person that is founded on multiple constitutive documents of equal legal importance.

A look at the structure of the Treaty makes it clear that the CFSP is one of the policies that fall under the area of the external actions of the Union. The scope of the external actions is regulated by the TEU and the TFEU. For the sake of easier understanding of the regulation of external actions under the Treaties, it is primarily necessary to further illustrate what Title V TEU and Part Five TFEU provisions contain.

Table 1. Articles from Treaties relevant for the external actions of the Union

Treaty on the European Union	Treaty on the Functioning of the European Union
<ul style="list-style-type: none"> • Article 4 -5 (principles) • Article 13 – 19 (institutions) • Article 21 – 46 (external actions and CFSP) • Article 47 (legal personality) 	<ul style="list-style-type: none"> • Article 2 – 6 (competence) • Article 205 – 222 (external actions of the Union) • Article 288 (legislation) • Article 289 (legislative procedure)

Part Five of the TFEU regulates the Union's external actions with the exception of the CFSP, which is regulated by the TEU. Part Five contains provisions concerning the Common Commercial Policy (206 – 207 TFEU), cooperation with third countries and humanitarian aid (208 – 214 TFEU), development cooperation (208 – 211 TFEU), economic, financial and technical cooperation with third countries (212 – 213 TFEU), humanitarian aid (214 TFEU), restrictive measures (215 TFEU), international agreements (216 – 219 TFEU), the Unions' relations with international organisations and third countries as well as Union delegations (220 – 221 TFEU) and the solidarity clause (222 TFEU).

Title V of the TEU bears the title "General provisions on the Union's external actions and specific provisions on the Common Foreign and Security Policy". It comprises two chapters, namely Chapter 1: General provisions on the Union's external actions and Chapter 2: Specific provisions on the Common Foreign and Security Policy. Chapter 2 is subdivided into: Common provisions (23 – 41 TEU) and Provisions on the Common Security and Defence Policy (42 – 46 TEU).

The overview makes it clear that the CFSP is the only EU policy that is regulated by the TEU, which in principle provides the fundamental ground for Member States and Unions actions. The TEU contains provisions similar to those found in the constitutions of Member States (principles, provisions on competence, provisions on institutions), whereas the TFEU regulates all Union policies (with the exception of the CFSP), elaborates on the powers of institutions, financial powers etc. According to legal logic, the TEU is not an adequate Treaty for the regulation of the overall policy. It has also been previously stated that the Constitutional Treaty proposed to repeal the separating of the CFSP from other policies, but, during the Treaty of Lisbon negotiations, such proposal was replaced by the current solution. Today, the CFSP *de facto* remains the second pillar of the Union with a separate decision making process, separate instruments and separate role of the institutions.

Such legal regulation leads to confusion, incoherence and non-transparency of the full scope of the external actions of the Union. Thus, the following changes of the Treaty should focus on transferring Title V provisions that regulate the CFSP to Part Five of the TFEU. Naturally, such changes should be made only in case there is political will to accept the approaching of the CFSP to other policies; otherwise, such a change would have none other than declaratory meaning.

4. PROPOSAL TO TRANSFER ARTICLES FROM THE TEU TO THE TFEU

The proposal below suggests the future regulation based on the existing articles. The Common Foreign and Security Policy is regulated by the TEU with a total of 25 articles. Up first is a table containing an overview of articles suggested to stay under the TEU and articles that should become part of the TFEU. An explanation for each article shall be given thereafter.

Table 2

Articles that should remain in the TEU	Article that should be transferred to the TFEU
21 – principles and objectives of CFSP	24 – Union's competences in the CFSP
22 – decisions on strategic interests	25 – CFSP instruments
23 – evoking principles and objectives	26 – European Council competences in the CFSP
34 – coordination of MS in international organisations	27 – High Representative competences in the CFSP
37 – international agreements	28 – decisions
40 – CFSP and other policies	29 – strategic decisions
42-46 – provisions on the Common Security and Defence Policy	30 – questions of MS
	31 – decision making process
	32 – obligation of MS to consult
	33 – appointment of a special representative
	35 – diplomatic and consular missions
	36 – consultation with the European Parliament
	38 – Political and Security Committee
	39 – the protection of individuals' personal data
	41 – administrative expenditure

5. ARTICLES THAT SHOULD REMAIN IN THE TEU

The table indicates that only six external action- and CFSP-related articles should remain in the TEU. Articles 21 and 22 TEU prescribe the principles and objectives of external actions and currently refer to the overall external actions of the Union, which should thus remain unchanged since the TEU is a treaty that regulates the basic values upon which the EU was founded on.

Article 23 TEU calls upon the action of the EU on the international scene based on the principles and objectives prescribed by Articles 21 and 22 TEU. If the division of articles among the Treaties was structured in this manner, it follows that this Article should be removed since the preceding articles (21 and 22 TEU) prescribe the principles and objectives of external actions, which in turn implies action on the international scene. In the current division of provisions under the Treaty, the Article is essential to some extent since it falls under Specific provisions on the CFSP. However, in case operative provisions on the CFSP would be transferred to the TFEU and the TEU retained the remaining provisions pertaining to the external actions and principles and goals of the CFSP, the need for this Article would cease to exist.

Articles 34 and 37 TEU prescribe the coordination of Member States in international organisations as well as the concluding of international agreements. Seeing as how the provisions on the subject matter of the two Articles, which pertain in general to the area of external action and are already contained in the TFEU, they should merely be adapted to the external actions in general and be retained in the TEU as a framework for action in the area of external actions and the CFSP (Article 220-222, Treaty on the Functioning of European Union).

Article 40 TEU regulates the relations between other policies and the CFSP it should be stressed that – in terms of final legal alignment of CFSP with other policies – the need for this Article should cease to exist. It is therefore crucial to take into consideration that in case of accepting such changes, this Article should be removed entirely with the aim of complete legal alignment of the CFSP with other policies.

Articles 42 – 46 TEU regulate the provisions on the Common Security and Defence Policy (CSDP). Moreover – due to political reasons – what follows is that, for the time being, Member States would not accept the entering of defence provisions into the TEU. Thus, it is only logical that this aspect of the CFSP be fully regulated by the TEU in the future. From the current provisions, i.e. those from Article 42(4) TEU, it is clear that the separating of the defence policy from the foreign policy does not create a problem for the reason that the decisions on action in

terms of the CSDP are regulated separately by this Article and prescribe that the Council decides unilaterally based on the motion from the High Representative or the initiative of the Member States. In case these changes are accepted, it would be necessary to specify the areas that refer to the CSDP (e.g. supporting the achieving of peace and stabilization (sending military missions, military action etc.)) and those that relate to the external actions and are subject to regulation by way of decisions on actions that would be regulated by the TFEU (e.g. support of democratic and transition processes). It is also essential to take into account the fact that – for the first time – the Treaty of Lisbon prescribes that the forming of a common defence policy will lead to a common defence (whereas the legal regulation under the Treaty of Nice to date prescribed that framing of a common Union defence policy will lead to a common defence (Article 17, Treaty on the European Union (Nice)) and thus this regulation represents the pursuit of a deeper defence integration which refers to the transferring of powers to act from Member States to the Union. In case Member States change their political views on this matter in the future (or in case they have changed it already), the CSDP-related provisions under the Treaty should be changed thoroughly, since otherwise the prescribed would not correspond to the actual, which opposes the basic obligation of Member States from Article 4(3) TFEU: sincere cooperation.

6. ARTICLES THAT SHOULD BE TRANSFERRED TO THE TFEU

Article 24 TEU prescribes the competence of the Union in matters of the CFSP and would be ideal as a first article of the Part on Common Foreign and Security policy that would become part of the TFEU. The Article calls upon principles and objectives that are prescribed by the TEU and briefly prescribes the competencies of main institutions involved in the area of CFSP. This Article represents an introduction to the explanation of institutions' powers and an excellent link to the articles that would remain in the TEU. If this Article were transferred to the TFEU, it would imply the aligning of EU law in the event, of course, that Member States show political will for aligning. The reason for this is the fact that the CFSP would no longer be the single policy whose competence is defined by the TEU.

Articles 26, 27, 30, 33, 36 and 38 TEU deal with competences of individual institutions in the area of CFSP, the relations between them and the competences of special bodies in the area of CFSP. As such, these Articles elaborate on the way the CFSP functions and therefore belong in the TFEU. They do not prescribe the principles, objectives nor the scope and there is thus no need to place them in the Treaty prescribing the framework for action of the Union. The same expla-

nation applies to Articles 25, 28, 29 and 31 TEU that regulate the instruments, the aligning of national positions with the instruments and the decision making process in the area of CFSP.

With the aim of determining a common approach, Article 32 TEU prescribes the obligation of Member States to consult with one another within the European Council and the Council. Even though this Article, as opposed to the above-mentioned, prescribes a certain framework of action for Member States, it should be transferred to the TFEU for the purpose of achieving a better equilibrium between the TEU and TFEU. Such manner of regulation sends a strong message of aligning the CFSP with other EU policies, which should ultimately lead to the strengthening of horizontal coherence (coherence between EU policies), which is the aim of the Lisbon Amendments in the area of CFSP.

Article 221 TFEU prescribes that Union delegations in third countries and at international organisations shall represent the Union. At the same time, Article 35 TEU prescribes that the diplomatic and consular missions of the Member States and the Union delegations in third countries and international conferences, and their representations to international organisations shall cooperate in ensuring that decisions defining Union positions and actions adopted pursuant to this Chapter are complied with and implemented (Article 35, Treaty on the European Union).

It is necessary to stress that if the provisions on the CFSP were transferred to the TFEU and were legally aligned with other EU foreign policies, it would not be necessary to emphasize cooperation in the area of the CFSP for diplomatic and consular missions, but rather the cooperation would refer to the area of all external actions.

Last but not least, Articles 39 and 41 that pertain to the protection of individuals with regard to the processing of personal data and administrative expenditure in the area of the CFSP are procedural articles that do not set a fundamental ground for MS and Unions action and this belong to the TFEU.

The overall proposal for changes, i.e. the transferring of provisions from the TEU to the TFEU is based on the obligations under the Treaty that prescribe the ensuring of coherence, efficiency and consistency between the policies and activities of the EU (Article 7, Treaty on the Functioning of the European Union; Article 13(1), Treaty on the European Union). For this purpose, if the proposed reorganization was implemented and the CFSP brought closer to other Union policies, it follows that in this manner it would be easier to fulfil the obligation to ensure coherence, efficiency and consistency between the policies and activities of the EU. Thus, the proposed solution takes into account the legal obligations from the Treaty and the solution is acceptable as seen through the prism of legal scienc-

es, yet it also acknowledges the political context that is essential for the Treaty amendment process (BRICKETRON, 2011); (BOENING, KREMER, VAN LOON, 2013) (CAMERON, 2012) (SMITH, 2008) (TELO, 2009). Therefore, the transferring of provisions from one Treaty to the other should be carried out only if and when there is actual political will of Member States to align EU law, i.e. bring the CFSP closer to other Union policies. Seeing as how Member States themselves prescribed in Article 7 TFEU and Article 13 TEU the obligation to ensure coherence, efficiency and consistency between the policies and activities of the EU and pursuant to Article 4(3) TEU sincere cooperation in fulfilling the obligations under the Treaty, such legal regulation would be a normative fulfilment of the prescribed and the expected step toward further integration within the Union.

CONCLUSION

The Treaty of Lisbon materialised the amendments proposed under the Constitutional Treaty while acknowledging the objections that were disputed by Member States. This Treaty should more properly be labelled *compromising* rather than *reforming*. What was created is a system striving toward reform, yet lacking reform implementation mechanisms. Under the Treaty of Lisbon, EU law is regulated by two Treaties of the same legal force: the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union. Even though the structure of the Treaties was not simplified, the most important changes brought by the Treaty with the aim of simplifying and increasing EU law efficacy should nonetheless be emphasized: a unique legal personality and the cessation of existence of the European Community. The creation of a unified legal subject through the absorption of the EC into EU implies that EU law should be considered unified for its character and legal effect unless prescribed otherwise by the Treaty. Thus, the EU is a legal person founded on multiple constitutive documents of equal legal importance.

In this seemingly simple system, the Common Foreign and Security Policy *de facto* remains specific, clearly separate from other policies and the only policy regulated by the TEU that also has specific instruments, *sui generis* competence and indeed represents a separate pillar. It should also be noted that such legal regulation leads to confusion, incoherence and non-transparency of the full scope of the external actions of the Union. Thus, the subsequent changes of the Treaty should focus on transferring Title V provisions that regulate the CFSP to Part Five of the TFEU that regulate other areas of external action.

This paper proposes a solution that entails the retaining of the below articles pertaining to the external action of the Union in the TEU. Articles 21 TEU and 22

TEU prescribe the principles and objectives of external action and currently relate to the overall external action of the Union, which should thus remain unchanged since the TEU is a treaty that regulates the basic values upon which the EU was founded on. Articles 34 and 37 TEU prescribe the coordination of Member States in international organisations as well as the concluding of international agreements and should thus only be adapted to external action in general and be retained in the TEU as a framework of action in the area of external actions and the CFSP. Lastly, Article 40 TEU regulates the relations between other policies and the CFSP and it should be emphasized that – in terms of final legal alignment of CFSP with other policies – the need for this Article should cease to exist. In case this proposal is accepted, the need for Article 23 TEU would cease to exist. Other articles, aside from those relating to defence policy (42 - 46 TEU), should be transferred to the TFEU. The accepting of such regulation would require clear delimitation of decisions on action made within the framework of the CSDP and those made within the framework of the CFSP. These decisions currently are delimited, i.e. the decisions on action that are made within the framework of the CFSP are regulated under Article 42(4) TEU to be unilaterally decided upon. However, should the changes be accepted, the exact areas that are part of the defence policy and those that are part of the foreign policy should be specified so as to avoid legal uncertainty. In this way, there would be no impediment to the operational functioning of the CFSP, i.e. to the CFSP continuing to be regulated by the TEU, with other CFSP provisions possibly being transferred to the TFEU. The overall proposal to change, i.e. transfer provisions from the TEU to the TFEU is based on the obligations from the Treaty that mandate the ensuring of coherence, efficiency and consistency between the policies and activities of the Union.

REFERENCES

BOENING, Astrid; KREMER, Jan-Frederik; VAN LOON, Aukje. **Global power Europe Theoretical and Institutional Approaches to the EU's External Relations**. Berlin Heidelberg: Springer, 2013. v. I

BRICKETRON, Christopher J. **European Union foreign policy: from effectiveness to functionality**. New York: Palgrave Macmillan, 2011.

CAMERON, Fraser. **An introduction to European foreign policy**. New York: Routledge, 2012.

CARDWELL, Paul James. **EU external relations law and policy in the post-Lisbon era**. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2012.

Consolidated Version of the Treaty on European Union [2008] OJ C115/13.

Consolidated Version of the Treaty on the functioning of the European Union [2008] OJ C115/13.

DUIĆ, Dunja; PETRAŠEVIĆ, Tunjica. 'Međunarodno-pravni subjektivitet EU. **Pravni vjesnik PFO**, Osijek, n. 1-2, p. 53-75, set/dez. 2010.

KEUKELEIRE, Stephan; MACNAUGHTAN, Jennifer. **The Foreign Policy of the European Union**. Basingstoke: Palgrave Macmillan; 2008.

LAURSEN, Finn. **The EU's Treaty of Lisbon: institutional choices and implementation**. Farnham: Ashgate Publishing Limited, 2012.

PIRIS, Jean-Claude. **The Treaty of Lisbon: a legal and political analysis**. New York: Cambridge University Press, 2010.

SMITH, Karen. **European Union foreign policy in a changing world**. Cambridge: Polity Press, 2008.

TELO, Mario. **The European Union and Global Governance**. New York: Routledge, 2009.

WITHMAN, Richard; JUNCOS, Ana. The Treaty of Lisbon and the Foreign, Security and Defence Policy: Reforms, Implementation and the Consequences of (non-) Ratification. **European Foreign Affairs Review**, v. 14, n. 1, p. 25-46, set. /dez. 2009.

Energia Nuclear: História, segurança e direito ao desenvolvimento.¹

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima

O sistema econômico e político brasileiro, fortemente vinculado ao mundial, discute as formas diferentes de produção de energia para sustentar e dilatar o nível de desenvolvimento econômico atual. É sempre crescente a demanda por energia: desde a movimentação e expansão do parque industrial de qualquer país, até as exigências de conforto e qualidade de vida das sociedades, no caso brasileiro, a atingir setores sociais mais amplos e que estavam, até dez anos atrás, praticamente fora desta perspectiva de consumo.

Os nexos entre situações nacional e internacional a envolverem a exploração e o complexo e caro processo de domínio da energia nuclear não podem ficar deslocados de observações sobre as potencialidades do uso da energia nuclear para expansão energética. Não vejo como debruçar-se sobre um tema – o enfrentamento da expansão da oferta de energia onde se considere a energia nuclear – sem que se estude o cenário internacional sobre o assunto. Para se compreender o todo é necessário ter os dois diante dos olhos: expansão com a energia nuclear no âmbito interno, articulada com seu vínculo ao panorama internacional.

Feitos estes esclarecimentos iniciais, afirmo que nesta discussão enfrentarei dois pontos. Primeiro ponto: o elemento provocador para o domínio da tecnologia nuclear foi o seu uso bélico-militar. Este elemento permanece até hoje nesta condição primeira para as nações que procuram o domínio da energia nuclear. O aspecto econômico – de expansão das matrizes energéticas das sociedades modernas, sua produção e comercialização – constitui-se em elemento segundo; não secundário. Segundo ponto: aquelas nações que dominam a tecnologia nuclear de enriquecimento de urânio e a geração de energia nuclear para fins pacíficos dominam igualmente o ciclo de enriquecimento de urânio

¹ Parte deste texto também consistiu em Aula Magna proferida no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 17 de março de 2014.

para finalidade bélica e militar, detendo assim um conhecimento tecnológico a distingui-las das demais, atribuindo-lhe, claro, forte vantagem na geopolítica regional e mundial.

Tentarei a partir de agora precisar estes dois pontos. A descoberta da energia nuclear tem sua origem na Alemanha, com o seu período mais intenso exatamente durante o conturbado espaço entre as duas guerras mundiais. Quase todos os cientistas mais destacados na área eram alemães ou tinham passado por institutos de pesquisa alemães, com exceção do russo Abraham Ioffe e do italiano Enrico Fermi. Porém, ambos tiveram intercâmbios com cientistas da Alemanha neste tempo: com Albert Einstein, Lise Meitner, Otto Hahn, Otto Frisch. O húngaro Leo Szilard estudou na Alemanha, em Berlin, cidade sede do *Kaiser Wilhelm Institut*, onde também estudaram e trabalharam Albert Einstein e Lise Meitner.

Lise Meitner publicou conjuntamente com seu sobrinho Otto Frisch na revista *Nature*, de fevereiro 1939, o primeiro artigo científico sobre a fissão nuclear, originada pelo bombardeio de nêutrons do núcleo de um átomo, elemento da natureza até então indivisível. Foi esta cientista que insistiu na busca pela utilização da energia atômica. Austríaca de origem judia, ao deixar tardiamente a Alemanha teria levado consigo o segredo da bomba atômica, primeiro para a Dinamarca; depois para a Inglaterra onde faleceu. As pesquisas de Lise Meitner restaram alimentadas desde o início do século XX pelas descobertas do rádio e da radioatividade do casal Marie e Pierre Curie.

Marie Curie, ou Maria Sklodowska, polonesa, havia deixado sua terra para estudar na França, onde se tornou a primeira mulher a ensinar da Universidade de Sorbonne. Praticamente fugida de uma Polônia oprimida pela Rússia czarista desde 1863 e que só conheceria sua libertação em 1945, agora pela União Soviética, Marie Curie tornou-se a única cientista, até hoje, a receber dois Prêmios Nobel em duas categorias distintas: de física e de química.

A proeminência científica da Alemanha fez com que sobre as minas de urânio, localizadas na hoje República Tcheca, pairassem rigorosos controle de segurança. Com a obtenção das bombas V1 e V2 a Alemanha parece ter estancado seu processo de domínio da tecnologia nuclear, vez que a liderança nazista cogitou uma provável vitória na Segunda Guerra com a utilização destes artefatos, como bem relata von Weizäcker, ao receber a notícia da explosão sobre Hiroshima. Desde 1938, no mesmo Instituto Kaiser Wilhelm, Otto Hahn e Fridriech Wilhelm Strassmann já haviam provado a fissão nuclear do urânio. A perversidade do nazismo também obrigou a fuga de cientistas para diversos países, especialmente para os Estados Unidos, como demonstrarei, o que conduziu

este último país ao desenvolvimento da primeira arma com poder de destruição em massa, fazendo, já em 1941, o que todos os outros fariam a partir do final da Segunda Guerra: pesados investimentos para o uso militar de armamentos nucleares, de modo a dedicarem-se posteriormente ao uso pacífico da mesma energia nuclear.

Em 2 de agosto de 1939, Albert Einstein foi convencido por Enrico Fermi e Leo Szilard a reportar-se diretamente ao Presidente Franklin Delano Roosevelt. Na conhecida carta, escrita também por Szilard, Einstein afirma que:

No curso dos últimos quatro meses surgiu a probabilidade – através do trabalho de Frédéric Joliot na França, bem como o de Fermi e Szilard nos Estados Unidos – de que pudéssemos ser capazes de iniciar uma reação nuclear em cadeia em uma grande massa de urânio, por meio do qual seria possível gerar enormes quantidades de potência e grandes quantidades de novos elementos similares ao rádio.

Este novo fenômeno poderia conduzir também à construção de bombas, e é concebível – ainda que com menor certeza – que se possam construir bombas de um novo tipo extremamente poderosas. Somente uma bomba desse tipo, levada por um barco e lançada em um porto, poderia muito bem destruir o porto por completo, bem como o território que o rodeia.

Entendi que a Alemanha deteve atualmente a venda de urânio das minas da Checoslováquia recentemente tomadas à força. Esta ação poderia ser entendida se levamos em conta que o filho do Subsecretário de Estado Alemão, von Weizäcker, está vinculado ao Instituto Kaiser Wilhelm, de Berlim, onde alguns dos trabalhos com urânio realizados nos Estados Unidos são repetidos.

Diante de tal aviso, o governo dos Estados Unidos pediu autorização ao Congresso Americano, em 1941, para gastos especiais de 2 bilhões de dólares (algo como 28 bilhões de dólares atuais), sem detalhar especificações. Sob a direção militar do General Leslie Groves e científica de Julius Robert Oppenheimer, nascia o Projeto Manhattan, o qual chegou a utilizar da força de mais de 130 mil pessoas, entre todos os tipos de profissionais, em especial engenheiros, físicos e químicos. O Programa foi desenvolvido em Los Alamos, estado do Novo México, mas teve intensa participação da Inglaterra, Canadá e de franceses fugidos da ocupação nazista.

Muitas das informações científicas foram colhidas por espionagem dos aliados na Europa. A busca por tais informações tiveram como alvo preciso as pesquisas já realizadas pela ciência alemã. Em 16 de julho de 1945, no sítio de Alamogordo, o Projeto Manhattan explode o primeiro artefato nuclear. O sucesso do teste foi decisivo para encorajar a liderança americana a decidir-se pelo uso da bomba em 6 e 9 de agosto de 1945 contra o Japão. Fator importante foram as palavras de Stalin a Truman, na conferência de Potsdam, entre julho e

agosto de 1945. Após as reuniões, informalmente, Harry Truman disse a Stalin da posse e prontidão da nova arma pelos Estados Unidos. Sem demonstrar qualquer surpresa, Stalin afirmou esperar que o governo americano usasse-a contra o Japão. Na verdade, a então liderança soviética, também por espionagem, tinha amplo conhecimento sobre o Projeto Manhattan e já caminhava a largos passos para desenvolver seu artefato nuclear e testá-lo com igual sucesso, que se deu em 29 de agosto de 1949.

Estabelecida a situação militar dos Estados Unidos de vantagem sobre os aliados ante a nova ordem geopolítica mundial, Winston Churchill não se cansava de insistir com os americanos para que atacassem a União Soviética com quatro ou cinco bombas, a fim de estabelecer uma paz anglo-americana unipolar no mundo. É certo que o fato de que a União Soviética, com quase a metade de seu território ocupado, derrotou sozinha a *Werhmacht* alemã pesou na ponderação americana. Um ataque como proposto por Churchill poderia devastar a precária infraestrutura da União Soviética recém-egressa da Segunda Guerra. Por outro lado, manter a dominação em tão complexo território e sociedade traduzia um desafio de custos elevadíssimos, impensável mesmo para os Estados Unidos. Ainda assim, a União Soviética enfrentou, de 1946 a 1948, três ameaças de ataques com armas atômicas.

Durante quatro anos, os Estados Unidos mantiveram-se como potência vencedora e estabeleceram sua área de influência na geopolítica regional e mundial graças ao domínio da tecnologia nuclear. Imediatamente foi promulgada legislação sobre a completa proibição de qualquer transferência de conhecimento e tecnologia atômicos para outros países. O comportamento dos Estados Unidos viria a ser imitado por todas as nações que buscaram e conseguiram dominar todo o ciclo de enriquecimento de urânio: espionagem; violação de tratados internacionais assinados por estas próprias nações; suborno e corrupção de agentes governamentais e empresas fornecedoras de material utilizado para o domínio do enriquecimento de urânio; e contrabando e tráfico de minério de urânio e/ou urânio já enriquecido, embora que em diferentes porcentagens.

Somente em 1954, os Estados Unidos dão significativo passo na expansão da energia nuclear para finalidade pacífica e auxiliar de seu sistema energético. A emenda à redação original de 1946 do *Atomic Energy Act*, efetivada pelo Congresso dos Estados Unidos no verão de 1954, atribuiu às empresas privadas a possibilidade de produção, distribuição e comercialização da energia nuclear para finalidade pacífica, exclusivamente. Já em dezembro de 1951, o governo americano havia autorizado uma parceria entre o próprio governo, a *Duquesne Light and Power Company*, de Pittsburgh, e a *Westinghouse Company*, sindali-

zando claramente que, se a decisão relativa ao uso bélico e militar da energia nuclear havia sido o primeiro momento na busca por esta matriz energética, esta prerrogativa permaneceria nas mãos do Estado, como até hoje. O mesmo tratamento não seria dado à produção civil da energia nuclear.

Uma das medidas encorajadoras da revisão do *Atomic Energy Act* – ainda em vigor – foi o fracasso do plano do Presidente Eisenhower conhecido por *Atoms For Peace*. Em dezembro de 1953, após o domínio da tecnologia nuclear pelos Estados Unidos, União Soviética e Inglaterra, bem como a constatação de que era impossível conter o ímpeto de outros países pelo domínio da tecnologia de produção de energia atômica, o Presidente Eisenhower propôs a criação de um banco de urânio mundial, a ser distribuído a todos os países que aceitassem apenas o uso pacífico da energia atômica. O esforço não era somente no sentido de evitar a proliferação de armas por mais países, como também de dificultar que a tecnologia nuclear fosse parar nas denominadas mãos de países não aliados, com seus governos “irresponsáveis”. Alertado pelo Ministro das Relações Exteriores da União Soviética, Viatcheslau Molotov, o Secretário de Estado dos Estados Unidos, John Foster Dulles, percebeu que não havia como ser impedida a transferência desta tecnologia, já que todas as nações ambicionavam-na. Nascia aqui o embrião do que viria a ser, em 1957, a Agência Internacional de Energia Atômica – AIEA.

O apoio à política nuclear americana veio do Estado americano como um todo. Se o Congresso daquele País desempenhou seu papel na conformidade da visão da política externa praticada, o mesmo se pode afirmar da Suprema Corte e dos tribunais inferiores quando da explicitação de seus entendimentos sobre a nova redação do *Atomic Energy Act*. Os casos judiciais começaram, então, a multiplicar-se e a exigir mais do Estado americano. Os resultados do ambiente interno teriam impacto na estratégia para a política externa. Interessante notar que a decisão política pela energia nuclear, seja para finalidade militar, seja para finalidade bélica e reafirmatória da superioridade mundial dos Estados Unidos, jamais fora sequer questionada pelos organismos judiciais. A limitação posta na Constituição Federal pelo inciso XXIII do art. 21 (de exclusividade pacífica de toda a atividade nuclear em território nacional) é impensável nos Estados Unidos, França e Inglaterra.

A *Nuclear Regulatory Commission*, que sucedeu a *Atomic Energy Commission*, é autoridade reguladora da produção e comercialização de energia nuclear dos Estados Unidos. Não foram poucos os embates com autoridades estaduais a respeito de suas licenças expedidas para a instalação, funcionamen-

to das usinas nucleares, bem como sobre a comercialização. A posição geral da jurisprudência da Suprema Corte sempre foi a da prevalência da autoridade nacional sobre a estadual, com base na cláusula 2ª do art. 6º da Constituição Americana: “a Constituição e as leis dos Estados Unidos (...) devem ser a lei suprema do País”. O referido *Atomic Energy Act* dotou esta Comissão de poderes de licenciamento, transferência, entrega, recepção aquisição posse e uso de todo e qualquer material nuclear, ressalvando, porém, o papel tradicional dos Estados da Federação quanto à geração, venda e transmissão de energia.

Em 1959 o Congresso estendeu mais poderes aos Estados, com nova emenda ao *Atomic Energy Act*: agora estes poderiam regular materiais e energia nuclear. Esta superposição de competências teve que ser resolvida pela Suprema Corte, que o fez em diversas ocasiões. Em 1983 a Corte entendeu sobre o sistema dual de regulação da eletricidade nuclear, de forma a atribuir aos Estados apenas a capacidade regulatória sobre a necessidade de energia nuclear em seus territórios. A decisão de construção, instalação e o posterior licenciamento permaneceram na órbita da competência da União. Em outras palavras: uma legislação estadual que tenta regular o processo de construção e a posterior operação de usina nuclear é inconstitucional, porque está na estrita competência da autoridade federal, ou seja, da *Nuclear Regulatory Commission*.

Em 29 agosto de 1949, a União Soviética surpreende o mundo com a explosão de sua bomba atômica. Os trabalhos desenvolvidos por Abrahm Fedorovich Ioffe, Igor Vassilievich Kurchatov e Piotr Leonidovich Kapitsa no campo da física e da química permitiram rapidamente o acesso ao desenvolvimento do enriquecimento do ciclo de urânio. Ioffe, o mais velho de todos, fora inicialmente chamado para liderar os trabalhos a objetivarem o domínio do ciclo de enriquecimento do urânio, a fim de dotar a União Soviética da mesma arma atômica dos Estados Unidos. Por sua avançada idade, Ioffe indicou o jovem Kurchatov para liderar os experimentos. Kapitsa recebeu, em 1978, o Prêmio Nobel de Física por seus estudos em física de baixa temperatura para elementos químicos.

Inicialmente, a União Soviética, ao tomar conhecimento do Projeto Manhattan, resolveu acelerar sua pesquisa em energia atômica. Porém, somente em 1945 foram tomadas medidas concretas para o domínio da tecnologia nuclear. Como no caso dos Estados Unidos, apenas duas instalações, a funcionarem totalmente em segredo, foram equipadas com cientistas e material: a fábrica de plutônio em Tcheliabinsk e outra fábrica para montagem do material explosivo em Sarov; ambas situadas em localidades distantes e ao leste de Moscou.

Em dezembro de 1948, o primeiro teste foi realizado, após uma série de outros menores, em território desabitado do Cazaquistão, próximo à cidade de

Semiaplatinik, às margens do rio Irtych. No mesmo lugar foi realizado o teste que deu conhecimento ao mundo do domínio pela União Soviética da tecnologia nuclear. A liderança soviética deu mais um passo a surpreender o mundo: em 1º de novembro de 1952, fez explodir a primeira bomba de hidrogênio, já cerca de 50 vezes mais potente que seu próprio artefato de 1949. Como resposta, os Estados Unidos fizeram explodir seu maior teste atômico no atol da ilha Bikini, nas Ilhas Marshall, Pacífico Sul, em 1º de março de 1954, provocando assim a destruição completa das formas de vida dessa ilha de testes com uma explosão de 15 megatons. A partir daqui estava consolidada a chamada guerra fria, com sua corrida armamentista a persistir até os dias atuais.

O desenvolvimento industrial de reconstrução da União Soviética, sem qualquer apoio internacional, foi fato determinante para que o País investisse na construção de usinas nucleares, bem como equipasse especialmente sua Marinha com poderosos submarinos movidos a energia atômica, capazes de lançar artefatos com grande poder de destruição de onde estivessem. Diversas usinas foram construídas a fim de auxiliarem na matriz energética do País, mas somente após 1954. Na verdade, a União Soviética foi o primeiro país a produzir energia atômica para finalidade pacífica. O segundo – primeiro no Ocidente - foi a Inglaterra.

Até a desintegração da União Soviética, todas as etapas de construção, produção, comercialização de energia atômica, bem como o manejo do material radioativo era estatal. Mesmo após 1991, o setor nuclear continua em poder do Estado russo, com a *Rosatom*, um conglomerado de mais de 250 empresas e instituições de pesquisa, a incluir empresas civis nucleares da Rússia e organizações militares, como a única frota de propulsão nuclear do mundo. A *Rosatom* detém posição de liderança mundial no mercado de tecnologia nuclear. Em junho de 2013, foi realizado seminário no Brasil, a respeito da vasta experiência da *Rosatom*. Estiveram presentes representantes dos Ministérios das Minas e Energia e da Ciência e Tecnologia. Tal fato não deve causar qualquer perplexidade: o Decreto nº 2.750, de 26 de agosto de 1998, promulgou a ratificação do Acordo para Cooperação nos Usos Pacíficos da Energia Nuclear entre os Governos da República Federativa do Brasil e da Federação Russa, celebrado em 15 de setembro de 1994.

Em 3 de outubro de 1952, a Inglaterra explode seu primeiro artefato nuclear, com permissão do governo australiano, na costa nordeste deste país. Somente em 17 de outubro de 1956 “uma sorridente Rainha Elizabeth II” inaugurou um grande reator para produção de energia nuclear com finalidade pacífica

em Calder Hall. A Inglaterra ingressa no seleto clube dos países detentores do completo domínio do ciclo da energia nuclear, desencadeando a imediata reação da França para a obtenção do mesmo domínio. A histórica estreita cooperação entre Estados Unidos e o Reino Unido proporcionaram uma troca constante de informações e projetos em comum. Mesmo como aliado, o Reino Unido não foi beneficiado, num instante inicial, do conhecimento de que dispunham os Estados Unidos. Um relatório elaborado pelo próprio General Leslie Groves, a descrever os passos para o desenvolvimento da arma nuclear e publicado logo após o ataque ao Japão, recebeu pesada crítica. Contudo, Groves defendera a publicação sob o argumento de que, ao escolher os passos que seriam tornados públicos, limitaria o conhecimento de todos ao que era importante para o conhecimento.

A Inglaterra participaria, ainda, de uma ação conjunta com a Noruega da venda clandestina de água pesada para Israel. Em 1959 somente uma empresa norueguesa produzia água pesada, o que garantiria o funcionamento de um reator nuclear, o qual vinha sendo construído com ajuda francesa em Dimona, Israel. A venda foi realizada em Londres, com conhecimento das autoridades que nada fizeram para impedi-la, bem como o embarque de material físsil para Israel, efetivado com sucesso.

Figura central no desenvolvimento do programa nuclear francês foi Bertrand Goldschmidt. Aluno de Marie Curie no Instituto do Rádio, Goldschmidt perdeu sua posição no mesmo Instituto com a ocupação nazista a partir de 1941, e a instalação da República de Vichy. Participou do Projeto Manhattan ao lado de colegas ingleses e dos países aliados. Com seu retorno à França em 1946, desempenhou papel fundamental para a fundação do Comissariado para Energia Atômica. Goldschmidt recebeu reputação internacional como uma das maiores autoridades em política nuclear.

É impossível a dissociação entre o programa nuclear francês e o de Israel. A história dessa estreita cooperação iniciou-se a partir da guerra da Argélia. A liderança francesa entendeu, a partir de 1957, que a única nação em que poderia confiar, a fim de obter seguras informações sobre os árabes, era Israel. Os israelenses prontificaram-se a tal ajuda em troca da construção de um reator. Em 1957, a França ainda não havia explodido seu primeiro artefato nuclear, o que veio a ocorrer somente em 13 de junho de 1960, no entanto já dominava completamente o ciclo do enriquecimento de urânio. Os acordos foram feitos e Israel ganhou seu reator com tecnologia francesa. Com a nacionalização do Canal do Suez em 1956, Israel cooperou novamente com a França e o Reino Unido, agora contra o Egito de Nasser. A participação de Israel no ataque ao Sinai e à margem oposta do Canal - que ocorreu - seria compensada com um

reator de maior potência e a instalação de uma fábrica de plutônio pela França. A proteção russa sobre o Egito demoveu França e Reino Unido de fortalecerem o ataque israelense ao Egito, havendo Israel mantido a cobrança, e assim recebido sua parte. Embora grande parte da liderança política e intelectual israelense enxergasse na aquisição de armas nucleares por Israel um fato desencadeador de uma corrida armamentista no Oriente Médio, o que terminaria com perdas para árabes e judeus, a posição vencedora, até hoje, foi aquela da posse de armas nucleares e a adoção da “política da opacidade” sobre seu programa nuclear.

Este tipo de duplicidade de ações é dado enfraquecedor do sistema internacional e de sua incapacidade na solução de conflitos sobre armas com grande poder de destruição. A incapacidade no sistema internacional para solucionar os conflitos é vista por Israel, com toda razão, para a manutenção de sua posição oficial dúbia em relação à posse de armas nucleares. Em 1979, Israel e África do Sul realizaram testes nucleares, o qual ficou conhecido como “incidente Vela”. O satélite americano Vela detectou abalo sísmico no Oceano Índico compatível com explosão atômica. Israel e África do Sul negaram o teste, mas a confirmação por instrumentos e cientistas americanos não deixou dúvidas quanto à realização dos testes.

A França, desde o domínio completo da tecnologia nuclear para finalidade militar e pacífica, transformou-se na maior utilizadora desta matriz energética a partir de 1962. Atualmente, 78 por cento de toda a energia produzida na França – e comercializada para Áustria, Espanha e Portugal – é de matriz nuclear. Em poucos países do mundo pode-se confirmar com tanta segurança a dependência da energia nuclear como na França.

A fim de concluir ao arco de nações detentoras oficialmente do domínio do ciclo completo da tecnologia nuclear, com a posse de armas atômicas, temos os casos de China, Índia e Paquistão, países do chamado Terceiro Mundo e que conseguiram dominar o ciclo de enriquecimento do urânio, cada um a seu modo, porém com muita semelhança às denominadas grandes economias, ou países industrializados.

No que diz respeito a segredos, redes de espionagem e ações clandestinas para fornecimento de informações e materiais, quase nenhuma diferença há na busca pelo domínio completo do ciclo de energia nuclear entre todos os países. É também nesta busca que muito se aproximam, até hoje, nações qualificadas como democráticas daquelas caracterizadas como não democráticas (em todas as acepções que tais termos possam ter). Esses casos, aliados ao da Coreia do Norte e Irã, e, noutra proporção aos casos do Iraque e da Líbia, comprovam ainda que o grau de influência das dificuldades econômicas estruturais

de uma sociedade para a aquisição de complexa tecnologia é, no mínimo, relativo. O subdesenvolvimento econômico não foi impedimento para que diversos países alcançassem e dominassem tecnologia nuclear.

A República Popular da China também surpreendeu o mundo quando explodiu sua primeira bomba atômica em 16 de outubro de 1964. Pela primeira vez um país qualificado como pobre exibiu ao mundo o domínio desta tecnologia. Ao lado da União Soviética, foi a China o país que mais recebeu ameaças diretas de ataques nucleares pelos Estados Unidos, aliados do Japão na região asiática. Como se sabe, o Japão, por conta dos crimes perpetrados contra chineses, coreanos - não somente durante a Segunda Guerra Mundial, contudo ao longo de trezentos anos - e após a vitória sobre a Rússia na guerra de 1905, possui enormes dificuldades nas suas relações regionais. A China nuclearizada, ao lado da União Soviética, era percebida por japoneses e americanos como inimigos a serem enfrentados. A política da China, porém, mostrou-se inteiramente diferente e em diversas ocasiões os chineses deram prova da política do *no use first*. A acusação dos Estados Unidos sobre a China é aquela de sua colaboração com o Paquistão para o fabrico de sua bomba, bem como a transferência de tecnologia e material enriquecido para o Irã. Em 2009, a China encerrou sua cooperação com o Irã na construção da usina de Isfahani, fazendo com que o Irã desenvolvesse sozinho tais trabalhos.

A China é um dos países que mais utiliza a energia nuclear para expansão de sua indústria: possui 13 reatores em funcionamento, 27 em construção e mais de 110 planejados para construção. É o país com maior pretensão dessa matriz energética no mundo, além de conduzir os trabalhos de construção da maior hidrelétrica do mundo atualmente. Trata-se de medidas tomadas em razão dos níveis de poluição que os combustíveis fósseis e sua indústria produzem. Estados Unidos, Rússia, Inglaterra, França e China são os únicos países nuclearmente armados e membros do Tratado de Não Proliferação de Armas Nucleares. Índia, Paquistão e Coreia do Norte constituem oficialmente o grupo de países nuclearmente armados não signatários do mesmo Tratado.

Em 18 de maio de 1974 a Índia explodiu seu artefato nuclear, embora Jawaharlal Nehru, desde 1948, insistia na política de desarmamento nuclear e o Presidente Rajiv Gandhi tenha proposto em 1988, perante Assembleia Geral das Nações Unidas, o plano para "um mundo livre de armas nucleares". A Índia adotou sempre um discurso pacifista, porém concluiu o domínio da tecnologia nuclear com ajuda canadense e jamais renunciou ao uso bélico da energia nuclear. É uma das nações que mais anuncia investimento na expansão de sua matriz energética atômica, constituindo-se hoje o maior vendedor de reatores para geração de energia nuclear. O crescimento econômico indiano previu a

necessidade de quintuplicação da geração de energia para a Índia até 2020. Em 2008 a Índia anunciou que expandirá em 15 vezes a geração de energia atômica, atraindo investimentos de 150 bilhões de dólares de empresas russas, francesas, japonesas e sul-coreanas.

Índia e Estados Unidos protagonizaram o mais contundente caso de violação ao Tratado de Não Proliferação de Armas Nucleares. Em 2008, após aprovação pelo Congresso Americano, foi assinado o *United States - India Nuclear Cooperation Agreement* - sem qualquer manifestação contrária de qualquer autoridade judicial interna ou externa, de qualquer destes países ou dos organismos internacionais a que eles pertenciam. O acordo foi proposto em 2005. A fim de auxiliar no convencimento dos congressistas americanos, foi contratado o escritório Patton Boggs LPP pelo governo americano. O governo indiano recorreu ao Barbour, Griffith e Rogers LPP, presidido pelo ex-embaixador em Nova Déli do governo de George Bush, Robert Blackwill. O esforço de alguns países signatários do TNP para que constasse cláusula de não realização de testes pela Índia foi inútil. Completamente inúteis, ainda, os esforços para que a Índia assinasse o Tratado de Banimento de Testes a fim de que o acordo com os EUA fosse ratificado pela Junta de Governadores da AIEA.

O acordo foi aprovado pela Junta de Governadores, embora com resistências. Rússia, França e Inglaterra foram os primeiros a apoiarem a proposta. China manifestou apoio mais tarde. Áustria, Irlanda, Noruega, Suécia e Suíça rejeitaram apoio. O Brasil, em um primeiro momento, votou contra a aprovação do acordo, mais tarde, juntou-se aos que o apoiaram, em 18 de julho de 2008. Qual a violação principal do acordo? Expressamente contida no artigo 3º, item 2 do TNP conjugado com o Princípio 12 da Decisão sobre Princípios e Objetivos da Não proliferação, ao vedarem a transferência de material físsil ou tecnológico fora das salvaguardas estabelecidas, institucionalizar-se a possibilidade de um estado nuclearmente armado, signatário do TNP, assinar acordo com outro estado nuclearmente armado, que não é signatário do mesmo TNP. Tal conduta é mais gravemente vedada pelo art. 1º do TNP a prever a cooperação entre os estados partes do TNP. A conduta dos Estados Unidos – não da Índia, que não é parte do TNP - é ratificadora de violação e do enfraquecimento tanto da autoridade da AIEA quanto do TNP. As nações nuclearmente armadas e apoiadoras do acordo entre Índia e Estados Unidos fizeram-no para que num breve futuro sentissem-se igualmente à vontade para atuarem em outros países não signatários do acordo ou mesmo provocar a possibilidade de outras exceções, a fim de expandirem mercados para suas empresas e influência geopolítica. Eis os pontos que o estado de Israel sempre tem levantado perante a comunidade internacional quando cobrado por sua não adesão ao TNP: a insegurança causada pelas próprias partes do TNP.

“Se a Índia desenvolver uma arma atômica, nem que tenhamos que comer grama faremos a nossa. Não temos escolha”. Estas foram as palavras de Zulfikar Ali Butho, então Primeiro Ministro do Paquistão. O caso paquistanês traduz o mais significativo exemplo de clandestinidade de diversos governos e empresas de distintos países na busca pelo domínio da energia nuclear. A liderança paquistanesa também avaliou que poderia obter apoio financeiro de países islâmicos para a conquista desta tecnologia, uma vez que é o Paquistão um país islâmico, porém fora da região mais instável do Oriente Médio.

Figura central na obtenção do armamento foi Abdul Kaderr Kahn. Paquistanês de Karachi, Kahn estudou metalurgia na Holanda e na Bélgica. Ao tomar conhecimento da posse de artefatos nucleares pela Índia, utilizou seus contatos de conhecimento científicos para a transferência de conhecimento ao governo paquistanês. Por meio de uma complexa passagem por diversas empresas, Kahn conseguiu seu objetivo. O registro fica por conta da polêmica participação de empregados da empresa de enriquecimento de urânio URENCO - formada por um consórcio de empresas alemã, inglesa e holandesa - e que mantinham laços com Kahn. O Paquistão atuou de todas as formas para a obtenção da tecnologia nuclear. Em 28 de maio de 1998, realizou seus testes, para mostrar seu poder bélico, especialmente em resposta aos testes realizados pela Índia em 11 e 13 de maio do mesmo ano. Embora advertidos pelo alto funcionário da CIA americana, Robert Gates, de que “em qualquer dos cenários que nossas equipes analisaram, Sr. Primeiro Ministro Navaz Sharif, o Paquistão jamais derrotará a Índia”, a liderança paquistanesa não desistiu de suas ambições nucleares.

O Paquistão não é signatário do TNP e sofreu sanções comerciais com a realização de seus testes, como a Índia. Após os atentados de 11 de setembro de 2001, a situação reverteu-se favoravelmente ao governo paquistanês: as sanções foram levantadas e apoio financeiro dos Estados Unidos retornaram ao país, que se dispôs a auxiliar os americanos em sua luta contra o chamado terrorismo mundial. O Paquistão constitui-se quase numa exceção: sua utilização da energia nuclear para finalidade pacífica é quase inexistente.

Encerro essa parte da conferência na esperança de que o esforço de comprovar os pontos a que me referi no início restem confirmados pela autoridade da história e da política, quais sejam: o elemento desencadeador para o domínio da tecnologia nuclear foi o seu uso bélico-militar, seguido da busca pela expansão das matrizes energéticas; e que as nações que dominam a tecnologia nuclear de enriquecimento de urânio e a geração de energia nuclear para fins pacíficos, dominam igualmente o ciclo de enriquecimento de urânio para finalidade militar.

É neste cenário que o Tratado de Não Proliferação de Armas Nucleares foi firmado. E a obedecer exatamente essa realidade. Chama a atenção o art. 4º do TNP, ao legitimar o uso pacífico da energia nuclear como direito inalienável de todos os povos. O maior desafio e a maior deficiência do TNP não estão na duplicidade com que trata a posse e o domínio da tecnologia nuclear. O TNP mantém e perpetua uma imensa desigualdade internacional para o uso da energia nuclear ao estabelecer distintas categorias de Estados partes: nuclearmente armados e não nuclearmente armados, determinados a assim permanecerem. Não se poderia esperar outra coisa senão o inconformismo e atitudes clandestinas, cada um a seu modo, para a corrida armamentista. Se por um lado o TNP evitou alguma proliferação, responde esse Tratado pela incapacidade de agir efetivamente quando deve perante a comunidade internacional.

O Brasil aprovou o Decreto Legislativo nº 65, de 2 de julho de 1998, com adesão ao TNP em 18 de setembro de 1998. A entrada em vigor se deu com a promulgação do Decreto nº 2.864, de 17 de dezembro de 1998, apesar de figurar o Brasil na quase unanimidade dos estudos sobre o assunto como país que teria desenvolvido armas nucleares nos anos 80, como Israel e Índia.

A nova visão, a partir de 2009, da política governamental para energia nuclear representou forte modificação com o tratamento dessa questão que se prolongava praticamente desde o governo do Presidente Sarney: com o domínio do ciclo completo do enriquecimento do urânio anunciado neste ano, o governo brasileiro defendeu esta agenda como manifestação de sua soberania. A Estratégia Nacional de Defesa, de dezembro de 2008, destaca o firme desenvolvimento tecnológico para setores denominados estratégicos, entre eles a energia nuclear.

A notícia de 05 de setembro de 2009 de que o Brasil é detentor do conhecimento tecnológico para a fabricação de artefatos nucleares militares com grande poder de destruição provocou alvoroço nos cenários nacional e internacional. Em ambos cenários, com o cinismo que lhes é peculiar, a intentar antes dar recados ao governo brasileiro do que demovê-lo de suas intenções. Os portadores internos e externos de tais recados, igualmente cínicos, não têm a menor esperança sobre seus discursos e são conhecedores do acerto e da legitimidade da decisão brasileira. A confirmação do domínio foi externada por Alberto Mendes Cardoso, ex-Ministro-Chefe do Gab. de Segurança Institucional da Presidência da República e do Professor Rex Nazareth Alves. No mesmo ano de 2009, o físico Dalton Ellery Girão Barroso, afirmou que o Brasil não tem como abrir mão dos conhecimentos para desenvolver os instrumentos necessários à garantia de sua segurança e soberania. Para ele, deve ser registrada a diferen-

ça entre “abrir mão de possuir armas e abrir mão do conhecimento de como fazê-las”. Neste cenário é que o governo brasileiro não somente não ratificou o chamado Protocolo Adicional ao TNP, que confere maiores poderes às potências nucleares, com o acesso ilimitado e de surpresa a qualquer instalação que manipule radioisótopos, como acelerou o processo de desenvolvimento de submarinos movidos à propulsão nuclear (que já são desenvolvidos pela Marinha Brasileira) após a confirmação da descoberta de petróleo na plataforma continental.

A história, porém, do desenvolvimento da energia nuclear no Brasil foi marcada por dificuldades e dubiedades. Deve o país ao esforço de duas personalidades com visão científica e política. O primeiro deles é o Almirante Álvaro Alberto da Motta Silva, engenheiro, professor de química e física nuclear, foi idealizador e primeiro presidente do Conselho Nacional de Pesquisas, o CNPq, e Presidente da Academia Brasileira de Ciências. Incluiu o estudo da física nuclear no currículo da Escola Naval já em 1939. Tinha em mente a criação de uma instituição governamental, cuja principal função seria incrementar, amparar e coordenar a pesquisa científica nacional, o que veio a ocorrer com a Lei nº 1.310, de 15 de janeiro de 1951, que criou o CNPq, além de proibir a exportação de urânio e tório sem autorização do governo. Nomeado representante brasileiro de 1946 na Comissão de Energia Atômica do Conselho de Segurança da recém-criada Organização das Nações Unidas, associou-se aos representantes russos na rejeição às propostas no Plano Baruch. Este plano previa a internacionalização das reservas minerais de urânio e tório “para corrigir as injustiças da natureza”, de acordo com os norte-americanos. Álvaro Alberto propôs, do mesmo modo, a internacionalização das reservas de petróleo e carvão. Gordon Dean, Presidente da Comissão de Energia Atômica dos Estados Unidos, ante esta posição brasileira, afirmou a necessidade de se compreender “(...) o senso de propriedade muito agudo de países como a Índia, a Austrália e o Brasil, aos quais repugna desfazer-se de seus recursos naturais que podem lhe permitir, um dia, produzir energia a baixo custo”. A pesquisa de Álvaro Alberto de diminuição da temperatura da pólvora, a fim de preservar o tempo de vida da pesada artilharia naval, foi largamente utilizada pela Marinha britânica na Segunda Guerra Mundial, o que rendeu ao Almirante o reconhecimento internacional.

A segunda personalidade é Renato Bayma Archer da Silva, aluno do Almirante Álvaro Alberto, formou-se em engenharia química, foi deputado federal, cassado pelo Golpe Militar de 1964. Desempenhou função importante na definição da política externa brasileira como Subsecretário do Itamaraty e representou o Brasil por dois anos – 1956 a 1958 – na AIEA. Foi o primeiro Ministro da Ciência e Tecnologia, Ministério criado por sua idealização na formação do

governo de Tancredo Neves. Retornou à cena política no governo de Itamar Franco, na Presidência da Embratel. Do lado dos cientistas o destaque cabe a César Lattes, Euvaldo Lodi, Francisco Mafei, Marcelo Damy de Souza Santos, Orlando Rangel e Theodoreto Souto.

Desde a presença de Enrico Fermi no Brasil, em agosto de 1934, que a ciência brasileira persegue o conhecimento pela fissão nuclear, com o primeiro grupo de pesquisadores da Universidade de São Paulo composto por Marcelo Damy, Mario Schenberg e Paulus Pompéia. A defesa nacionalista das reservas minerais e da exclusividade de sua exploração no período do Estado Novo fora interrompida já em novembro de 1949 com os esforços para a celebração do acordo com os Estados Unidos para a exportação da monazita e, mais tarde, de tório em troca de trigo. Resistente a esta compensação, o governo brasileiro, em 1952 e 1954, submeteu-se ao interesse americano, mantendo o acordo de clara desvantagem para o Brasil. Por outro lado, o mesmo governo de Vargas negociava desde 1953 com França e Alemanha - contra os Estados Unidos - a aquisição da tecnologia nuclear e de equipamentos para sua produção, como o caso da venda das ultracentrífugas. Abandonado pelo próprio embaixador brasileiro em Washington, Eduardo Barbosa da Silva, que informou ao Departamento de Estado dos Estados Unidos sobre a importação deste material, o governo brasileiro tomou conhecimento da apreensão das centrífugas no porto de Hamburgo, por determinação do governo americano. Álvaro Alberto foi encarregado de renegociar a entrega das centrífugas, que somente chegariam ao Brasil em 1957. Em 1958, é instalado o reator para pesquisa em São Paulo, que vem a ser o primeiro da América Latina, sob a liderança da equipe de Marcelo Damy. Renato Archer responsabiliza a pressão americana sobre o governo de Vargas no setor da política nuclear como uma das causas do suicídio do Presidente.

Com o Golpe Militar a questão da energia atômica no Brasil permanece praticamente esquecida devido à opção pelo alinhamento aos Estados Unidos e à dependência econômica do capitalismo americano e europeu. A crise econômica a abater-se sobre a economia nacional favorece a estagnação do programa nuclear brasileiro em razão dos elevados investimentos que são exigidos. Somente com a consolidação do redirecionamento da política externa de Ernesto Geisel é que se celebra o Acordo Nuclear Brasil-Alemanha, em 27 de junho de 1975, para a construção de oito centrais nucleares, com o anúncio oficial, em 1987, do domínio da tecnologia de enriquecimento de urânio.

O Brasil enfrentou percalços semelhantes àqueles de qualquer sociedade: o elevado custo da pesquisa em energia nuclear e de sua produção; as implicações geopolíticas, o lapso temporal exigido para a construção e funcio-

namento das usinas e a grande vantagem de maior volume de energia a preço mais barato para o fortalecimento do mercado interno e do desenvolvimento industrial. No Brasil, todavia, a matriz energética nuclear responde apenas por quase 4 por cento de toda a energia produzida no País.

Estima-se que, mantido os níveis de consumo de hoje, as reservas de combustível fóssil durarão 40 ou 50 anos. Quando se considera as quantidades de poluentes que a atmosfera de nosso planeta receberá somente em decorrência deste modelo energético, há que se pensar noutras fontes de energia. Matrizes de energia solar e eólica não são suficientes às exigências de consumo modernas, tampouco da movimentação da indústria. A opção pela energia nuclear parece quase uma imposição.

A escolha pela energia nuclear representará sempre um caminho complexo e longo. Primeiro pelo elevado custo da construção e manutenção das instalações que a gerarão. Em todo o mundo, estas etapas exigiram quase o dobro dos recursos financeiros e do tempo inicialmente previstos. Como o desenvolvimento tecnológico é constante, as inovações não previstas na execução inicial são incorporadas ao projeto, o que significa aumento de preço e de tempo para adaptação. Igualmente em todo o mundo, o local de geração de energia nuclear exige pessoal técnico com elevada capacitação, o que se dá por razões da segurança necessária ao bom funcionamento e à produção de energia. A grande vantagem é que ultrapassadas estas fases, o custo da energia é mais barato que a produção de energia hidrelétrica. Hoje, as pesquisas com tório, realizadas pela Noruega e Alemanha, sinalizam a possibilidade de geração de energia nuclear com material a não produzir resíduo atômico tão perigoso e, ao mesmo tempo, não permitir a fabricação de armas. Em todos os casos de domínio da energia nuclear as nações fizeram-no como uma estratégia política de seus respectivos estados, mesmo naqueles exemplos onde a produção da energia nuclear civil é hoje compartilhada com a iniciativa privada. Em outras palavras: a atuação do Estado é que proporcionou que tais sociedades tivessem acesso a mais uma forma de energia, a fim de garantir bem-estar, conforto, mobilidade e inovação tecnológica na saúde.

O Brasil precisa de energia e não a produz na escala necessária ao seu desenvolvimento. Entraves burocráticos, superposição de organismos do poder público pela competência sobre o assunto, incontáveis, intermináveis e repetidos níveis de satisfações a serem prestadas aos chamados órgãos de fiscalização, judicialização das decisões políticas, demora nas decisões governamentais, política governamental de dependência, todos estes aspectos bloquearam e bloqueiam iniciativas firmes e rápidas sobre nossa discussão energética, especialmente a nuclear. Na forma da Estratégia Nacional de Defesa, entendo que o

Estado Brasileiro não pode mais fugir de um debate que decidirá o futuro de suas gerações e que poderá determinar positivamente, ou não, sua pretensão mais que legítima de ator político no cenário mundial.

Por fim, gostaria ainda de salientar o fundamento filosófico. Procurei compreender os desafios da energia nuclear não a partir da ideia de armamento, proliferação, desigualdade entre nações. Não se superam estes problemas com as ideias e os discursos de desarmamento, não proliferação, igualdade entre os povos. O debate somente será sinceramente travado quando se olhar para o seu âmago e para sua história como manifestada na realidade. Trata-se de escolher o ponto de partida como o real, não o da ideia. Talvez por conta da desingênuia insistência em escolher-se a ideia como ponto de partida é que não se alcançou ainda o cerne desta complexa problemática.

Direito à diferença: liberdade de imprensa e (in)tolerância religiosa.

Lívia Maria Santana e Sant'Anna Vaz

INTRODUÇÃO

Na manhã do dia 7 de janeiro de 2015, dois homens armados invadiram a sede do jornal satírico francês *Charlie Hebdo*, no centro de Paris, e mataram 12 pessoas, incluindo os principais membros da equipe editorial, funcionários e dois policiais. O ataque teve o propósito – declarado pelos próprios atiradores – de vingar o profeta Maomé, caricaturizado em diversas edições do periódico.

A polêmica das caricaturas sobre Maomé teve início em 30 de setembro de 2005, a partir da publicação, pelo jornal dinamarquês *Jyllands-Posten*, de *cartoons* que satirizavam a figura do fundador do islamismo. Na ocasião, foram publicadas doze ilustrações de diferentes autores, acompanhadas por um texto sobre autocensura e liberdade de expressão. As charges apresentavam um tom particularmente provocativo e repercutiram negativamente em meio à comunidade islâmica, especialmente por ultrajar indiscriminadamente os muçulmanos, reproduzindo estereótipos associados ao terrorismo. Além das reações políticas de diversos países islâmicos – exigência de punição dos cartunistas, boicote a bens dinamarqueses, pedido às Nações Unidas de sanção internacional contra a Dinamarca etc. –, e das ameaças de morte sofridas pelos autores, a publicação gerou uma série de atos de violência contra embaixadas da Dinamarca.

Em fevereiro de 2006, o *Charlie Hebdo* reproduziu as charges do jornal dinamarquês, causando reação de organizações islâmicas que acusaram o pasquim francês da prática do crime de injúria, com base religiosa. Três foram as charges combatidas na ação judicial: a primeira, retratava Maomé com um turbante do qual saía o pavio aceso de uma bomba; a segunda, apresentava o profeta dizendo a terroristas que não se suicidassem, pois não havia mais virgens no paraíso; e a terceira – capa de uma edição especial do semanário de Paris sobre fundamentalismo religioso – trazia Maomé lamentando-se por ser “amado

por tolos". Um ano depois, o *Charlie Hebdo* foi absolvido pelo Tribunal Correcional de Paris, que considerou que a difusão das caricaturas era protegida pelo direito à liberdade de expressão e não representava ataque direto ao Islã, mas apenas aos fundamentalistas. Para os magistrados, os desenhos, examinados isoladamente, tinham um potencial ofensivo para os adeptos do islamismo, mas, analisados no contexto geral da edição especial sobre fundamentalismo religioso, não configuravam vontade deliberada de ofensa por parte do *Charlie Hebdo*. De acordo com o tribunal, numa sociedade laica e pluralista, o respeito por todas as crenças está associado à liberdade de criticar religiões, quaisquer que sejam. A decisão foi confirmada em 12 de março de 2008, pelo Tribunal de Apelação de Paris, que entendeu que a comunidade muçulmana não foi atingida em sua totalidade pelas caricaturas, mas apenas "os muçulmanos terroristas". A Corte concluiu que os desenhos contestados constituíram parte relevante do debate de interesse público sobre a liberdade de expressão¹.

A partir de 2011 – numa espécie de generalização do *aval judicial* casuisticamente concedido –, o periódico francês iniciou uma sequência de publicações satíricas envolvendo o islamismo.

Na edição de nº 1011, de 2 de novembro de 2011 – publicada antecipadamente em 31 de outubro de 2011 –, o jornal foi *rebatizado* de *Charia Hebdo* para celebrar a vitória do partido islâmico *Ennahda* na Tunísia, bem como a declaração do líder do CNT (Conselho Nacional de Transição) da Líbia de que a Sharia (lei islâmica) seria a base da legislação do país. A capa anunciava o profeta como editor-chefe e continha uma caricatura de Maomé com os dizeres: "100 chicotadas se você não morrer de rir!". Na madrugada de 2 de novembro de 2011, as reiteradas ameaças sofridas pelos membros do editorial culminaram num ataque à sede do jornal, que foi incendiada, sem, no entanto, deixar vítimas.

Dias após o atentado, na edição de nº 1012, datada de 9 de novembro de 2011, um muçulmano foi representado beijando avidamente um jornalista da *Charlie Hebdo* na boca. A charge, assinada pelo cartunista Renald Luzier (Luz), continha a mensagem "o amor é mais forte que o ódio" e retratava os escombros da sede do jornal.

No ano seguinte, o periódico voltou a satirizar Maomé, na edição de nº 1057, de 19 de setembro de 2012. A capa da edição, intitulada *Intouchables 2* – em referência ao filme francês que foi sucesso de bilheteria –, mostrava um judeu ortodoxo empurrando um muçulmano numa cadeira de rodas, ambos avisando ao leitor: "não ria!". Mas as caricaturas mais provocativas se encontra-

¹ Disponível em: <<http://www.ddg.fr/sites/default/files/CA%20PARIS%2012032008.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

vam no interior do exemplar, com desenhos que exibiam o profeta despido em posições, no mínimo, embaraçosas². As charges foram lançadas no contexto da divulgação do filme “Inocência dos muçulmanos”³, que provocou uma onda de reações violentas no Oriente Médio. Os protestos ganharam repercussão internacional, com incidentes nas embaixadas americanas no Egito e no Cairo, culminando num ataque à embaixada dos Estados Unidos na Líbia, que resultou na morte do embaixador e de outros três americanos. Na ocasião, considerando a difusão do vídeo e a citada edição do *Charlie Hebdo*, o secretário-geral da Organização das Nações Unidas (ONU), Ban Ki-moon, pediu que a liberdade de expressão não fosse usada como veículo “para provocar e humilhar os valores e as crenças de outros povos”⁴.

No dia 10 de julho de 2013, com expressa referência ao massacre ocorrido no Egito, o pasquim publicou a sua edição de nº 1099, cuja capa apresentava a imagem de um muçulmano que, em vão, utilizava o Alcorão como escudo contra projéteis de arma de fogo, com a seguinte mensagem: “le Coran c’est de la merde – ça n’arrête pas les balles”. Como consequência, por iniciativa da LDJM (Liga de Defesa Judicial dos Muçulmanos), o jornal foi processado por incitação ao ódio e injúria, com base religiosa, perante o Tribunal Correccional de Paris, e por blasfêmia – delito não tipificado no ordenamento jurídico francês –, perante o Tribunal Correccional de Strasbourg⁵.

A primeira edição do *Charlie Hebdo* após o atentado de 7 de janeiro de 2015 trazia na capa uma caricatura de Maomé que, choroso, segurava um cartaz com a inscrição “Je suis Charlie”, expressão que se tornou slogan em apoio às vítimas e em prol da liberdade de expressão. Intitulada “Tout est pardonné”, a charge foi assinada por Renald Luzier (Luz), cartunista que sobreviveu ao ataque.

O trágico episódio envolvendo o pasquim francês é extremamente paradigmático e impõe importantes reflexões no âmbito jurídico. Em linhas gerais, discute-se, com frequência, os limites da liberdade de expressão, em conflito com direitos da personalidade, como os direitos à honra e à imagem. No entanto, outros aspectos de extrema relevância merecem ser discutidos, tendo como ponto de partida o emblemático evento, notadamente quando se leva

2 Um dos desenhos – paródia de uma cena do filme “O desprezo”, de Jean-Luc Godard – recebeu o título “Le film qui embrase le monde musulman”, e apresenta um cineasta filmando as nádegas Maomé que, despido, questiona: “Et mes fesses? Tu les aimes, mes fesses?”.

3 O curta-metragem – no qual os atores falam inglês – foi amplamente difundido na internet e apresenta Maomé como filho ilegítimo inclinado a práticas homossexuais e pedofilia, além de retratar os muçulmanos indiscriminadamente como violentos e imorais.

4 Disponível em: <http://www.dn.pt/inicio/globo/interior.aspx?content_id=2780681&seccao=%C1sia>. Acesso em: 19 jun. 2015.

5 O processo foi declarado nulo por vício formal.

em consideração que a tão aclamada liberdade de expressão – a depender do modo como exercida – pode servir de veículo para propagação de sentimentos de intolerância e acirramento de graves conflitos sociais e religiosos.

1. DIREITO À LIBERDADE DE IMPRENSA E SUA FUNÇÃO SOCIAL

Originariamente, os direitos fundamentais cumpriam tão somente a função de direitos de defesa do indivíduo contra os abusos do Estado (*status negativus*), sendo certo afirmar que, as restrições opressoras da autodeterminação da personalidade impulsionaram a luta pelo reconhecimento dos direitos de liberdade. Nesse sentido, por exemplo, a coação religiosa e a censura deram origem à exigência de liberdade religiosa e de liberdade de imprensa (JELLINEK, 2013, p. 525). Nessa primeira etapa, coincidente com a consagração do Estado Liberal, consolidou-se, então, a genuína *função de defesa* ou de resistência dos direitos fundamentais.

Na medida em que o paradigma do Estado Liberal evoluiu para formas de Estado Social de Direito, os direitos fundamentais passaram por um processo de dinamização de seu conteúdo, deixando de ser meros limites ao exercício do poder político para se tornarem, também, um conjunto de valores e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos - *status positivus* (LUÑO, 2007, p. 21). Nessa conjuntura, os direitos fundamentais assumem também a *função de prestação*. Exige-se agora do Estado prestações positivas que atenuem as desigualdades fáticas e supram as necessidades essenciais dos indivíduos, garantindo condições jurídicas e materiais indispensáveis ao exercício efetivo dos direitos de liberdade.

Neste contexto, a atuação dos poderes públicos passa também a se orientar, no sentido de promover condições para a efetiva liberdade e igualdade de todos os indivíduos, removendo os obstáculos impostos para a plenitude de seus direitos fundamentais, que devem ser protegidos, preventiva e repressivamente, de eventuais violações. Levando em consideração a *função de proteção*, o reconhecimento constitucional de um direito implica para o Estado, além do dever de abstenção (*função de defesa*), o dever de proteção, consistente na obrigação de adotar medidas (normativas, administrativas e judiciais) vocacionadas a proteger o exercício da prerrogativa jusfundamental perante atividades de terceiros – e das próprias entidades públicas – que venham a afetá-lo.

Doutrina mais recente tem acentuado, ainda, uma *função de não discriminação* dos direitos fundamentais, que impõe ao Estado a concessão de tratamento igualitário aos seus cidadãos, no que tange ao acesso aos bens jurídicos.

Na verdade – tendo como norte a constante releitura dos direitos fundamentais –, não se trata de uma função circunscrita à não discriminação, mas de uma verdadeira *função de igualdade*. Isso porque a noção de igualdade transcende a mera proibição de discriminação, para alcançar outras vertentes de viés eminentemente positivo, como o direito à diferença e direito à promoção da igualdade. Nesta linha de entendimento, cada direito fundamental – visto sob ótica do princípio da igualdade material – guarda em si também uma *função de promoção*, capaz de democratizar o seu exercício, de maneira a permitir a inclusão social, jurídica e política (*função de participação - status activus*) dos indivíduos pertencentes a grupos minoritários⁶.

Com a evolução do modelo de Estado Liberal para o Estado Social, os direitos fundamentais não podem mais ser considerados asilo de um pensamento meramente individualista. O pleno desenvolvimento da subjetividade humana requer a conjugação de suas dimensões pessoal e coletiva (LUÑO, 2007, p. 25), sobrelevando a chamada *função social* dos direitos fundamentais.

De fato, para além do foco na emancipação do indivíduo, o atual estágio de desenvolvimento dos direitos fundamentais permite afirmar que estes corporificam também metas comuns das sociedades democráticas, conciliando diferentes forças sociais num esforço cooperativo que transcende interesses meramente particulares. Trata-se da harmonização dos interesses privados com a missão de satisfação dos interesses da coletividade, impondo-se, em dadas circunstâncias constitucionalmente fundamentadas, limites às liberdades individuais visando ao bem comum⁷.

É preciso, contudo, esclarecer que da *funcionalização social* dos direitos fundamentais não decorre a preponderância dos interesses da sociedade sobre a noção de liberdade e autonomia moral do indivíduo. Os direitos fundamentais devem ser vistos, ao mesmo tempo, na perspectiva individual e no compromisso que possuem de realizar as tarefas sociais, equilíbrio indispensável num Estado Democrático de Direito. Sob essa ótica, em síntese, a função social tem o papel de obstar a fruição egoisticamente individualista dos direitos fundamentais, condicionando-a também, mas não apenas, ao bem-estar coletivo (SAMPAIO, 2013, p. 57).

6 Ressalte-se que a expressão *minorias* ou *grupos minoritários* não deve ser empregada num sentido literal. Aplica-se a grupos que, embora nem sempre representem uma minoria quantitativa, são socialmente desfavorecidos e, portanto, sub-representados nos mais diversos setores da sociedade, em especial nas posições socioeconômicas mais elevadas. Percebe-se, então, que a expressão denota categorias de pessoas marginalizadas ou excluídas do processo social e econômico, sem que necessariamente representem parcela numericamente minoritária da população. Trata-se, então, de uma expressão qualitativa e não quantitativa.

7 Mencione-se, a título de exemplo, o direito à propriedade, típico direito de primeira dimensão, de caráter eminentemente negativo, tido como absoluto e que, com o advento do Estado Social e em respeito ao princípio da solidariedade, ganha nova roupagem configurando-se como direito que deve ter em si agregada uma função social.

É importante elucidar que, diante da complexidade e complementaridade das prerrogativas jusfundamentais, seu papel no sistema jurídico deve ser analisado, não sob o ponto de vista da exclusividade, mas da predominância funcional⁸. Isto porque é possível identificar num mesmo direito, além de sua função preponderante ou essencial, outras vocações que resultam da delimitação de seu alcance e conteúdo. Neste sentido, mesmo os direitos de liberdade podem encerrar funções de prestação, proteção, promoção, igualização etc.

A liberdade de expressão *lato sensu* envolve tanto a liberdade de expressão *stricto sensu* quanto à liberdade de informação. Enquanto a liberdade de expressão, em sentido estrito, diz respeito à manifestação de ideias, pensamentos e opiniões, a liberdade de informação se refere à divulgação de informações, estando condicionada, portanto, à verdade do que se divulga.

A liberdade de imprensa traduz-se em um dos modos de exteriorização das liberdades de expressão e de informação atribuídas aos meios de comunicação⁹. Direito fundamental imprescindível numa ordem constitucional democrática, assenta-se na dignidade e na autonomia inerentes a toda pessoa humana. Sob a perspectiva funcional, tal prerrogativa jusfundamental exerce

8 Em sentido semelhante, Livia Maria Santana e Sant'Anna Vaz (2011, p. 85-86), defendendo que as características predominantes dos direitos de liberdade, de um lado, e dos direitos sociais, do outro, "não afastam a interpenetração de dimensões negativas e positivas nos direitos fundamentais, enfraquecendo a rigidez da dicotomia entre direitos de liberdade e direitos sociais. Com efeito, tal concepção dicotômica – que deu origem a denominações contrastantes às *categorias de direitos* estudadas, a exemplo das expressões direitos absolutos, direitos fortes e *leges perfectae*, atribuídas aos direitos de liberdade, em oposição aos termos direitos relativos, direitos fracos ou débeis e *leges imperfectae*, associados aos direitos sociais –, sob muito de seus aspectos, merece ser revisitada. Num sentido estrito, as prestações inerentes aos direitos de viés social referem-se a bens ou serviços economicamente avaliáveis, como a saúde, a educação e a assistência social. Sob esse prisma, nota-se que nem todos os direitos sociais possuem conteúdo prestacional *stricto sensu*, antes se assemelhando aos direitos ditos de defesa, por terem como objeto nuclear um ato negativo. Pode-se assinalar, exemplificativamente, o direito à greve e o direito à liberdade sindical. Por outro lado, entendidos os direitos sociais como direitos a prestações em sentido amplo, sua concretização envolve a organização e aparelhamento dos órgãos estatais, inclusive a consecução da proteção judicial, afastando-se a peculiaridade dessas prerrogativas em relação aos direitos civis e políticos que, em menor ou maior grau, também demandam, para sua realização plena, atividades prestacionais do Estado. Tome-se como exemplo o direito à vida, geralmente apontado como típico direito de defesa. Apesar de sua preponderante esfera negativa, impeditiva de ações estatais tendentes à ofensa do bem protegido, a plenitude desse direito exige – agora no seu viés positivo – que o Estado atue no sentido de proteger a integridade física dos indivíduos contra ataques de outros particulares ou mesmo dos poderes públicos. Também os direitos sociais, apesar de possuírem mais latente sua dimensão prestacional, não deixam de impor uma abstenção estatal no sentido de não prejudicar o bem jurídico. A título exemplificativo, o direito à saúde, além de impulsionar uma atuação positiva dos entes estatais em prol de sua concretização – através da oferta de serviços de saúde –, impõe que o Estado exima-se de qualquer atuação tendenciosamente prejudicial à saúde dos particulares. Dessa maneira, conclui-se que também os direitos sociais são dotados de dimensões negativas, o mesmo ocorrendo com os direitos de defesa que, em muitos de seus aspectos, dependem de prestações estatais positivas. Dito de outro modo, não há direito que não seja dotado, ao mesmo tempo, de um *conteúdo mínimo prestacional* e de um *conteúdo mínimo defensivo*, o que implica reconhecer que as prerrogativas jusfundamentais são *predominantemente prestacionais* ou *predominantemente defensivas*".

9 Cfr. Cláudio Chequer (2012, p. 16-17). Nas palavras do autor, p. 12-13, "a liberdade de informação exige uma divulgação verdadeira sobre fatos de relevância pública e, portanto, capaz de oferecer interesse para a reta conformação de uma opinião pública livre, requisito básico de toda sociedade democrática; ao passo que a liberdade de expressão em sentido estrito, por se referir a pensamentos, ideias, opiniões e juízos de valor, não se presta, por sua natureza abstrata, a uma demonstração de sua exatidão, fazendo com que aquele que a exercita não precise demonstrar a prova da veracidade de sua manifestação".

função predominante de defesa. Com efeito, a liberdade de imprensa tem por fim precípua a limitação do poder do Estado, que deve abster-se de censurar os meios de comunicação, aos quais se garante ampla – porém, não irrestrita – liberdade de expressão e de informação.

O predomínio da função negativa ou de defesa, no entanto, não elide as demais tarefas agregadas ao direito fundamental em comento. Decerto que, para o efetivo exercício da liberdade de imprensa, é imprescindível uma atuação protetiva do Estado (*função de proteção*), capaz de salvaguardá-lo de intervenções ofensivas, sejam estas oriundas dos próprios poderes públicos, ou mesmo de entidades privadas. Também a *função de participação* é aqui desempenhada – ainda que de forma mediata ou instrumental –, uma vez que a liberdade de imprensa assume papel relevante no debate político, munindo os cidadãos das informações e opiniões que possibilitam sua efetiva participação na formação da vontade estatal. Ademais, a liberdade de imprensa também não prescinde de uma atuação positiva das entidades públicas, no sentido de promover o amplo acesso aos meios de comunicação, bem como assegurar a equitativa representatividade dos mais diversos grupos nos órgãos de imprensa (*funções de promoção e de igualdade*).

Isto posto, questiona-se: a liberdade de imprensa, enquanto direito fundamental, teria também uma função social?

Há basicamente duas correntes que procuram traduzir as funções da liberdade de imprensa e a posição do Estado frente a este direito fundamental: a teoria libertária e a teoria democrática. A teoria libertária, fundada numa concepção liberal individualista, entende que o direito à liberdade de imprensa diz respeito à proteção da autonomia discursiva do indivíduo, exigindo que o Estado se abstenha de interferir nessa esfera individual de liberdade. A teoria democrática, por sua vez, percebe a liberdade de imprensa como um instrumento para a promoção da diversidade na esfera pública, o que exige, ao contrário, uma atuação positiva do Estado no sentido de conferir espaço equitativo aos mais diversos grupos no debate democrático de ideias. Enquanto a primeira percebe o Estado como potencial violador, a segunda o identifica como seu principal promotor. A teoria democrática coaduna-se com a função social do direito à liberdade de imprensa, que, como já se esclareceu linhas atrás, não é incompatível com as demais dimensões contidas em tal prerrogativa. Deve-se, então, buscar um equilíbrio entre as duas concepções, permitindo uma harmonia entre a promoção do debate democrático e a garantia da autonomia individual. Encontra-se em questão, ao mesmo tempo, as dimensões defensiva, protetiva e promotora do direito à liberdade de imprensa, que impõem, de um lado, abstenção e, de outro, atuação estatal.

Owen Fiss aborda a concepção de efeito silenciador, enquanto fenômeno ligado à liberdade de expressão nas sociedades liberais. Tal efeito seria fruto do acesso privilegiado de determinados grupos hegemônicos aos meios de comunicação de massa, ou mesmo do preconceito difundido pela imprensa contra determinadas categorias de pessoas, especialmente os grupos minoritários (FISS, 2005, p. 33-ss). Associando-se tal concepção à ideia de função social da liberdade de imprensa – que tem como uma de suas vertentes a salvaguarda do regime democrático –, a atuação do Estado pode ser essencial para garantir que a voz de grupos minoritários seja ouvida, ampliando a diversidade e o pluralismo do debate público, em prol da democracia. A questão envolve um delicado e complexo equilíbrio entre o excesso de intervenção estatal e a completa omissão do Estado, extremos que esvaziam diferentes dimensões do direito à liberdade de imprensa.

Não há dúvidas de que a imprensa é um dos alicerces do regime democrático, atuando, a um só tempo, como guardiã e propulsora da democracia. De fato, os meios de comunicação possuem o importante papel de fornecer informação e formação ao cidadão, atividade indispensável para o refletido exercício dos direitos políticos, notadamente o direito ao voto. Além disso, atuam como agentes de monitoramento constante dos poderes públicos, com relevante influência no direcionamento de determinadas decisões políticas. Para o adequado cumprimento dessas missões, a imprensa não pode estar dissociada da ideia de pluralismo político-ideológico, o que pressupõe que seus próprios órgãos sejam também plurais e democraticamente distribuídos e representados.

Não se trata, no entanto, de conceber uma instrumentalização ou uma noção meramente funcionalista da liberdade de imprensa, condicionando-a inexoravelmente aos interesses do Estado ou da coletividade. Do mesmo modo, não é o caso de definição prévia rígida, ou da adequação moral dos meios de comunicação, medidas que certamente restringiriam a pluralidade de ideias e a riqueza da convivência humana, com ofensa ao próprio bem comum. Assim, a satisfação da função social deve ser observada casuisticamente, de forma mediata, corrigindo-se eventuais disfuncionalidades ou abusos, que, a depender da gravidade, podem representar verdadeiro desvio da natureza da atividade comunicacional.

No atual estágio da história das sociedades, a democracia se apresenta como regime político hegemônico e não é ameaçada, em grande escala, por nenhum outro rival externo. Todavia, a própria democracia produz ameaças internas que, por invocarem o espírito democrático, revestem-se de aparente legitimidade (TODOROV, 2012, p. 14). Com efeito, os elementos constitutivos do regime democrático devem se ajustar mutuamente, de maneira a formar um

complexo e dinâmico organismo. A absolutização ou emancipação de qualquer um desses elementos – inclusive a liberdade – representa um risco à própria ideia de democracia¹⁰. Desse modo, a liberdade descomedida é capaz de subjugar o bem-estar da coletividade à tirania dos indivíduos ou grupos de indivíduos, minando a democracia com a injeção de certas características típicas do totalitarismo¹¹. Nesta linha de entendimento, também o princípio democrático e a própria democracia devem encontrar limites, sob pena de se instaurar um *totalitarismo democraticamente legitimado* (OTERO, 2007, p. 172), com exponencial potencial esmagador das minorias, em evidente contraposição à dignidade da (de toda) pessoa humana.

Nas modernas sociedades democráticas, não raras vezes, esse processo interno de contaminação se dá quando a liberdade de imprensa é posta, não como um valor a ser matizado em equilíbrio com os demais, mas como fundamento irrestringível da democracia. Nesse passo, os meios de comunicações gozariam do pleno direito de divulgar qualquer conteúdo, ainda que discriminatório, intolerante e, até mesmo, antidemocrático, relativizando, *a priori*, todos os demais valores, em nome da absolutização da liberdade de expressão. Tal postura totalitária, além de incompatível com a função social da liberdade de imprensa, revela-se irreconciliável com as tantas outras tarefas sob a incumbência do Estado, como a garantia da ordem pública e da segurança dos seus cidadãos, a manutenção da paz e estabilidade sociais, o combate à discriminação, a promoção da igual liberdade e dignidade de todos etc.

2. DIREITO À DIFERENÇA, DIGNIDADE HUMANA E LIBERDADE RELIGIOSA

2.1 Direito à diferença: dignidade humana como reconhecimento

A dignidade da pessoa humana, enquanto princípio normativo, expressa reivindicação de reconhecimento, sob pena de se frustrar a noção elementar de que cada ser humano é dotado de igual dignidade e, portanto, juridicamente, merece, de forma incondicional, a posição de sujeito de direito, e não de mero objeto de direito¹². Efetivamente, não se pode desprezar a existência

10 Para Tzvetan Todorov (2012, p. 16-17), quando os elementos da democracia são erigidos a únicos ou absolutos, escapando às limitações recíprocas, transformam-se em ameaças como o populismo, o ultraliberalismo e o messianismo: são os chamados inimigos íntimos da democracia. Nas palavras do autor, "o primeiro adversário da democracia é a simplificação que reduz o plural ao único, abrindo assim o caminho para o descomedimento".

11 Cfr. Tzvetan Todorov, 2012, p. 89 e ss; Paulo Otero, 2001, p. 151 e ss., aborda a questão da "subtil e paulatina impregnação totalitária da democracia", referindo-se a um tipo de democracia fundada num cruzamento com elementos de configuração totalitária.

12 Cfr. Stephan Kirste (2013, p. 194), para quem "o direito que a dignidade humana proporciona é o

de uma dimensão dignitária associada ao reconhecimento que é devido a cada indivíduo – pelos demais particulares e pelo Estado – de igual dignidade e respeito, com aceitação e validação de suas limitações, escolhas e especiais necessidades, possibilitando a todos a realização de suas capacidades e objetivos de vida¹³. Inerente a essa percepção de dignidade é a ideia de que o respeito e o reconhecimento público são necessários para se levar uma vida privada completa. Escolhas particulares ganham significado e validação, em parte, pelo reconhecimento por parte da comunidade social e política. A partir desse ponto de vista, a liberdade para tomar decisões pessoais também deve incluir a aceitação pública dessas escolhas, sem o qual a própria vida privada não alcança sua plenitude.

Essa vertente da dignidade humana tem como consectário lógico a tolerância diante das diferentes identidades – ainda que antagônicas –, e implica não apenas direitos, mas também *deveres interindividuais* ou *deveres fundamentais recíprocos*¹⁴. Cada um deve reconhecer o outro, com todas as suas diferenças, como um espelho de si mesmo – um *alter ego* que, em termos de dignidade, representa a sua própria *imagem e semelhança* encarnada –, confiando que igual reconhecimento também lhe será atribuído pelo outro, ainda que assim não o seja¹⁵.

A *dignidade como reconhecimento* incide sobre os ideais de autorrealização, alcançando os direitos de solidariedade, que exigem a tolerância de terceiros pelas escolhas individuais, além de criarem uma demanda para que os poderes públicos considerem as diferenças entre as pessoas. O que importa aqui não é apenas ter um espaço de não interferência na inerente dignidade do indivíduo, ou viver conforme seus ideais de vida digna, particularmente compreendidos, mas também a atitude adotada pela sociedade e pelo Estado, perante seus membros, incidindo sobre os sentimentos subjetivos de autoestima de cada sujeito e grupo.

da reivindicação do reconhecimento da capacidade jurídica de cada ser humano”.

13 No entendimento de Jorge Reis Novais (2006, p. 30-31), o princípio da dignidade da pessoa humana constitui-se como fundamento da concepção de direitos como trunfos, “porque é dessa igual dignidade de todos que resulta o direito de cada um conformar autonomamente a existência segundo as suas próprias concepções ou planos de vida que têm (...), independentemente da maior ou menor adesão social que concitem”.

14 José Oliveira Ascensão (2008, p. 294-295), afirma que os deveres interindividuais e para com a comunidade são manifestação normal da interdependência das pessoas na sua autorrealização. Na lição de José Carlos Vieira de Andrade (2007, p. 83), o homem individual, destinado ou condenado a viver em comunidade, é titular de liberdade limitada, tendo também “deveres fundamentais de solidariedade para com os outros homens e para com a sociedade, obrigando-se a suportar as restrições e as compressões indispensáveis à acomodação dos direitos dos outros e à realização dos valores comunitários, ordenados à felicidade de todos”.

15 Nas palavras de Carmem Lúcia Antunes Rocha (2009, p. 72): “desimporta a conduta do outro ou a correspondência de seu sentimento, de sua fé ou de seu pensamento em relação àquele que se conduz dignamente”.

É, portanto, na dignidade, como reconhecimento, que se alicerça o *direito à diferença*, enquanto direito de cada pessoa de ser e agir de acordo com sua identidade e conforme os seus princípios, aspirações, capacidades e modos de vida, inclusive mantendo (ou não, quando possível modificá-las) certas características físicas e hábitos culturais, religiosos ou comportamentais, e, ainda assim, ser reconhecida pelos demais como parte integrante daquela comunidade, como ser igualmente digno em sua incomparabilidade. O direito à diferença firma-se, então, como conseqüente do princípio da igualdade, que encontra base para sua multidimensionalidade, completude e efetividade, no princípio da dignidade da pessoa humana.

2.2 Direito à diferença e liberdade religiosa

O fenômeno religioso – enquanto importante dimensão da personalidade humana – deve ser reconhecido, respeitado e acomodado pelo Estado, em sua pluralidade, de modo a reverenciar a igual dignidade de todos os homens.

Nessa conjuntura, a liberdade religiosa se configura como uma das múltiplas posições jurídicas que se desdobram de um *direito geral de liberdade de consciência*, alicerçado na autodeterminação existencial e ética do indivíduo (MACHADO, 1996, p. 195). Isso significa que cada ser humano é livre para tomar suas decisões éticas e existenciais, de acordo com sua própria consciência, podendo-se mesmo afirmar a consagração de uma verdadeira *liberdade religiosa ou a-religiosa* (MACHADO, 1996, p. 221).

O direito à liberdade religiosa abrange a liberdade de crença – com observância inclusive da chamada *reversibilidade das opções de fé*¹⁶ (MACHADO, 1996, p. 221) –, a liberdade de culto, a liberdade de conduta de acordo com a crença – uso de determinadas indumentárias, observância de certos rituais religiosos etc. –, bem como a liberdade de manifestação e difusão da fé.

Ademais, a liberdade religiosa não deve ser compreendida de forma apartada dos princípios da igualdade e da neutralidade estatal, sob pena de manutenção do *status quo* de privilégio das confissões dominantes, com conseqüente *degradação da posição jurídica e social* das confissões religiosas minoritárias. A neutralidade religiosa se traduz, de modo geral, em dois

16 Nesse sentido, o indivíduo tem direito de, a qualquer tempo, alterar suas crenças religiosas.

impedimentos: veda a assunção de posicionamento religioso estatal, ao tempo em que proíbe que o Estado se ocupe do conteúdo das necessidades religiosas de seus jurisdicionados (STARCK, 2011, p. 45). A atuação dos poderes públicos nesse setor se restringe, em linhas gerais, à acomodação do fenômeno religioso, nas suas mais diversas manifestações.

No entanto, a concepção da religião como questão eminentemente privada não permite que o Estado adote – mesmo numa conjuntura de laicidade – postura de mero espectador diante das tensões e conflitos de interesses que permeiam o fenômeno religioso. Além de comprometer a ordem pública e paz social – tarefas intrinsecamente estatais –, a completa inércia do Estado, diante das questões afetas à religião pode significar uma espécie de consentimento tácito às mais diversas formas de intolerância religiosa – desde insultos e incitação ao ódio, a atos de violência¹⁷ –, bem como à exclusão sócio-política e jurídica das chamadas *minorias religiosas*.

A plena e igual liberdade religiosa guarda relação direta com o direito à diferença e o correlato dever estatal – que não exclui os deveres fundamentais¹⁸ dos indivíduos – de respeito e tolerância¹⁹. Não basta abster-se de discriminar; é essencial uma atuação tolerante diante das diferenças, o que passa necessariamente pelo reconhecimento e validação das mesmas, na conjuntura de uma sociedade democrática, aberta e pluralista. Nessa perspectiva, o direito à liberdade religiosa, além de figurar como um direito subjetivo público poderá ser invocado também nas relações entre particulares, como decorrência do chamado *efeito erga omnes* dos direitos fundamentais (MACHADO, 1996, p. 253).

A discussão em torno da diversidade e do pluralismo envolve necessariamente a reflexão acerca da noção de tolerância²⁰, tendo em vista a

17 No Brasil, são cada vez mais frequentes as notícias de atos de intolerância praticados contra indivíduos e grupos que professam religiões de matriz africana. Dados recentes registrados pelo Centro de Referência de Combate ao Racismo e à Intolerância Religiosa Nelson Mandela – entidade vinculada à Secretaria Municipal de Promoção da Igualdade Racial de Salvador-Bahia – dão conta de que pelo menos duas pessoas por mês são vítimas de intolerância religiosa no Estado da Bahia. Disponível em «<http://atarde.uol.com.br/bahia/noticias/1688596-intolerancia-religiosa-agride-duas-pessoas-por-mes-na-bahia>». Acesso em: 14 jun. 2015.

18 Sobre deveres fundamentais, cfr., dentre outros, José Casalta Nabais, (1990, p. 27 e ss.); Paulo Otero (2007, p. 536-539). A consolidação do princípio da solidariedade tem como resultado o estabelecimento – para além dos direitos fundamentais – de deveres fundamentais de cada indivíduo perante os demais membros da sociedade, o que implica reconhecer a complementaridade da dignidade de cada homem. Desse modo, arremata o autor, p. 458, “a dignidade do eu não é independente da dignidade do tu”.

19 Sobre os destinatários do *imperativo de tolerância*, cfr. Paulo Mota Pinto (2007, p. 757 e ss). Note-se que a afirmação de que o dever de tolerância pode aplicar-se também aos particulares não implica uma equivalência de intensidade e de forma quanto à aplicação do imperativo de tolerância ao Estado.

20 Nesse sentido, José-Román Flecha Andrés (2007, p. 24). Sobre o conceito de tolerância, cfr. José

incompletude da igualdade – e da igual liberdade – se, embora reconhecidas, as diferenças não são toleradas jurídica e socialmente²¹. Tolerar significa suportar, aguentar, aceitar, permitir, pressupondo que aquele que tolera encontra-se numa posição de certa superioridade em relação ao tolerado, e que possui razões – seja de ordem ideológica, moral ou religiosa – para, a princípio, inadmitir aquilo que tolera (PINTO, 2007, p. 748).

Por tudo que foi exposto, pode-se definir o direito à diferença, no âmbito do direito à liberdade religiosa, como a prerrogativa jusfundamental de reconhecimento das peculiaridades confessionais como fatores relevantes na configuração identitária dos grupos minoritários, garantindo-lhes, na medida da justa composição dos interesses vigentes, tolerância estatal e social. Sob essa perspectiva, poder-se-ia presumir que o direito à diferença exige exclusivamente uma postura passiva das entidades públicas e privadas, no sentido de não interferência no exercício dessa prerrogativa, ou de simples *indiferença* às diferenças. No entanto, a ótima concretização do direito à diferença envolve não só o reconhecimento, a aceitação, o respeito e a valorização positiva destes atributos, mas também a criação de mecanismos que garantam um espaço democrático para a convivência das diferentes confissões religiosas.

Esclarecidos tais aspectos, pode-se afirmar que o *dever de tolerância religiosa* consiste, em apertada síntese, no “dever de respeito pela dignidade e pela personalidade dos outros, bem como pelas suas diferentes crenças e opções de consciência” (MACHADO, 1996, p. 255). Exige, pois, verdadeiro espírito de fraternidade e reciprocidade, incumbindo ao Estado o papel institucional de *guardião da tolerância religiosa* entre seus cidadãos (MACHADO, 1996, p. 257).

3. DIREITO À DIFERENÇA: LIBERDADE DE IMPRENSA E (IN)TOLERÂNCIA RELIGIOSA

O direito à diferença – enquanto dimensão do direito à igualdade – associa-se intrinsecamente ao direito à liberdade religiosa: ao direito de professar qualquer religião ou nenhuma religião; de agir de acordo com suas crenças; de

Martínez de Pisón (2001, p. 59).

21 Para José Bada (1996, p. 35), a consciência da identidade pessoal ou coletiva implica a percepção da diferença diante do outro, mas não contra o outro. Para o autor, a percepção da diferença é uma condição para a deferência e o respeito ao outro. No entendimento de Primo Mazzolari (1965, p. 37), “um regime tolerante, reconhecendo a igualdade e dissemelhança dos cidadãos, move-se na liberdade; um regime intolerante, negando a igualdade e suprimindo a dissemelhança, impõe a conformidade”. José-Román Flecha Andrés (2007, p. 21), observa que a tolerância não equivale à indiferença, mas antes pressupõe convicções firmes e respeito pelas convicções alheias.

participar ou deixar de participar de cultos religiosos; de alterar sua religião; de praticar uma religião diversa daquela professada e aceita pela maioria, sem ser, por isso, socialmente marginalizado ou excluído; sem sofrer violações de seus direitos, sem ser vítima de intolerância religiosa.

Também a ideia de efeito silenciador aplica-se perfeitamente à questão da intolerância religiosa praticada ou incentivada pela imprensa. Ora, as manifestações unilaterais dos meios de comunicação em favor de grupos religiosos hegemônicos e/ou contra grupos religiosos minoritários acabam por abafar a voz das minorias religiosas, que ficam condenadas ao silêncio no debate público. Mas o efeito silenciador não é o único que decorre da inobservância da função social da liberdade de imprensa. Há, ainda, um perverso e perigoso efeito segregador, por meio da difusão de estereótipos, que podem reforçar o sentimento de intolerância religiosa, em evidente desrespeito ao direito à diferença.

Ademais, levado às últimas consequências, o exercício ilimitado da liberdade de imprensa pode promover verdadeira incitação ao ódio, de modo a gerar risco à segurança pública. Nessa senda, ainda que de forma reflexa, os meios de comunicação podem difundir mensagens que – pelo seu conteúdo e alcance – incitam o ódio religioso, gerando danos até mais catastróficos do que o discurso do ódio propagado por outros veículos.

A regulação do discurso de ódio se justifica a partir da correlação entre o direito à diferença, a *dignidade como reconhecimento* e o dever de tolerância. Esse tipo de discurso prejudica a igual dignidade de todos, na medida em que reforça a exclusão social de certos grupos – em razão de suas peculiaridades – e exprime a ideia de que estes são indignos de igual respeito e cidadania (RAO, 2011, p. 251).

Dito isto, convém ratificar que a inoperância do Estado nesse setor – sob o pretexto de salvaguardar os direitos de liberdade – pode corresponder a uma ilegítima e inconstitucional omissão na consecução de outras tarefas estatais, exigíveis para a plena concretização funcional dos direitos fundamentais. Assim, a plena inclusão das minorias religiosas – ou dito de outro modo, o efetivo respeito à igual liberdade religiosa ou a-religiosa – exige que o Estado, sem transcender os limites constitucionalmente consagrados, restrinja os discursos que violem o dever de mútuo respeito e tolerância, e que acirrem sentimentos de marginalização de toda uma comunidade, em nome de um suposto e antidemocrático direito irrestrito de liberdade.

Pode-se retomar, nesse ponto, os acontecimentos que culminaram no atentado à sede do jornal *Charlie Hebdo*, para levantar algumas reflexões importantes. O semanário publicou reiteradas charges representativas de Maomé,

com clara intenção de satirizar o islamismo, chegando mesmo a difundir estereótipos segregacionistas. Efetivamente, as imagens divulgadas transcendem a mera intenção de informar ou de emitir opiniões – ainda que desfavoráveis – acerca de uma dada religião. Muitos desenhos são obscenos, gratuitamente ofensivos, e aviltam não apenas os fundamentalistas – como se concluiu na citada decisão judicial favorável ao periódico francês –, mas a toda comunidade muçulmana.

No contexto da sociedade francesa, tais mensagens são ainda mais danosas, por agravar as iniquidades sociais, econômicas e jurídicas já sofridas por aqueles que professam o islamismo – religião com o segundo maior número de adeptos em toda a França, que, por sua vez, possui a maior comunidade muçulmana da Europa. Os muçulmanos – em sua maioria imigrantes e descendentes de imigrantes africanos oriundos de ex-colônias francesas – constituem cerca de 10% da população do país²². Em Paris, as comunidades islâmicas vivem nas periferias, submetidas à pobreza e à violência, com poucas oportunidades de emprego e de acesso à educação. Questões econômicas, sociais, políticas e culturais dificultam a integração dos imigrantes muçulmanos à sociedade francesa. A discriminação com base na religião tem se tornado mais um elemento de *isolamento* dessas comunidades. Não há dúvidas, portanto, de que os muçulmanos constituem um grupo religioso minoritário, sem voz no debate público, podendo-se identificar claramente um efeito silenciador capaz de fomentar a intolerância religiosa e perpetuar preconceitos. É como uma *condenação ao escárnio público sem direito de defesa*.

Nessa conjuntura, identifica-se clara violação aos direitos à diferença e à liberdade religiosa. Ser livre para professar qualquer religião e ser – em virtude de sua crença religiosa – constante objeto de ofensas, preconceitos e provocações é o mesmo que ter uma liberdade religiosa limitada e condicionada à aceitação da maioria. A diferença, então, deixa de ser um direito – indissociável da ideia de igual dignidade – para ser um fator de discriminação e marginalização.

Ainda que não se possa classificar as charges da revista francesa como discurso do ódio, em certa medida, os efeitos produzidos foram tão nocivos quanto. De fato, deve-se recordar que, após os atentados foram desencadeados comportamentos em cadeia, com a disseminação de ataques a mesquitas situadas em Paris. Mesmo antes do episódio, já se podia vislumbrar um risco à segurança pública, haja vista que os membros do jornal já tinham sido ameaçados, por diversas vezes, em virtude das publicações. Não se defende que ame-

22 Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/01/comunidade-muculmana-da-franca-teme-impacto-dos-atentados.html>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

aças devam silenciar os meios de comunicação, mas o fator do risco iminente à segurança pública é, sem dúvida, um elemento que, dentre outros, deve ser considerado no caso concreto, notadamente se, diante das circunstâncias fáticas, há dúvidas sobre o atendimento da função social da liberdade de imprensa.

Outra questão a se considerar é justamente a declarada *irresponsabilidade* do *Charlie Hebdo*²³, enquanto rótulo vinculado ao caráter satírico do pasquim. Sob essa perspectiva, é crucial esclarecer que, ainda que a divulgação ou mensagem seja na modalidade humorística ou sob o formato de charge ou crônica, as limitações à liberdade de expressão se mantêm, de acordo com as circunstâncias fáticas. Caso contrário, bastaria revestir-se de caráter humorístico para evitar limitações por parte dos poderes públicos (especialmente do Judiciário), adquirindo-se passe livre para a violação de outros direitos fundamentais. Neste ponto, importa ressaltar que, casuisticamente, caberá a responsabilização civil ou criminal do agente, bem como o ressarcimento por eventuais danos morais e materiais causados aos indivíduos ou grupos afetados.

Como última etapa desse esforço reflexivo, cabe ainda identificar os direitos fundamentais em tensão na situação fática em análise. De um lado, o direito à liberdade de imprensa, que deve ser, *prima facie*, exercido a salvo de restrições. É certo que a liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática, sendo válida não apenas para informações ou ideias acolhidas ou consideradas inofensivas ou indiferentes, mas também para as que possam ofender, chocar ou causar inquietação²⁴. Nada obstante, e apesar da sua imprescindibilidade para o pleno funcionamento da democracia, a liberdade de expressão – inclusive a de imprensa – não é absoluta, devendo ser considerada no conjunto sistemático dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados.

Desta maneira, se, de um lado, há a liberdade de imprensa dos jornalistas – que *a priori* podem divulgar livremente o conteúdo que desejarem –, do outro, podem figurar diversos direitos fundamentais, em contraposição. Primeiramente, tem-se o próprio direito à honra das pessoas pertencentes às minorias religiosas que se sintam ofendidas pelas divulgações. O direito à honra é, no entanto, apenas o mais evidente. Estão também em questão, como já visto, os

23 No site oficial <www.charliehebdo.fr>, a expressão utilizada como subtítulo é justamente "journal irresponsable" (jornal irresponsável). Acesso em: 05 jun. 2015.

24 Para Sérgio Ricardo de Souza (2013, p. 9), a proteção robusta dispensada à liberdade de informação jornalística dispensada no seio das sociedades democráticas, não assenta no postulado de que a comunicação se faça sempre de forma tímida e inofensiva, havendo situações em que a mesma se reveste de um caráter socialmente provocatório, ofensivo e até danoso, sendo aceitável, desde que não ultrapasse os limites da razoabilidade e passe a configurar injustificável abuso de direito".

direitos à diferença e à liberdade religiosa, que podem ser decisivamente afetados a depender do conteúdo e amplitude da informação difundida. Enfim, deve-se observar o próprio exercício do direito à liberdade de imprensa que, ao extrapolar os limites constitucionalmente impostos, acaba por restringir também a liberdade de expressão das minorias religiosas, excluindo-as do debate público.

Nessa linha de entendimento, é indispensável ressaltar que as restrições ao direito à liberdade de imprensa – como a qualquer outro direito de índole fundamental – não podem ser levadas a efeito de forma arbitrária pelo Estado, necessitando, para encontrar justificacão constitucional, observar os *limites dos limites* aos direitos fundamentais. Não se pode perder de vista que – assim como nos demais conflitos envolvendo prerrogativas fundamentais – as tensões entre a liberdade de imprensa e os direitos à diferença e à liberdade religiosa apenas podem ser equacionadas à luz das variáveis fáticas do caso concreto, cabendo ao Poder Judiciário, por meio do critério da proporcionalidade, conferir peso aos valores constitucionais em confronto, limitando-os fundamentadamente.

CONCLUSÃO

Os diversos recursos midiáticos podem ser veículos voltados para a promoção do debate democrático e para a disseminacão de mensagens positivas. Não obstante, também podem facilmente se desvirtuar para a defesa de ideologias antidemocráticas, para a incitacão do ódio racial e religioso, contribuindo para a fixacão de um pensamento unilateral preconceituoso, estereotipado e discriminatório.

Nessa conjuntura, não se deve apelar para uma dicotômica decisão entre dois extremos: a irrestringibilidade do direito à liberdade de imprensa ou o milimétrico controle do mesmo; ambos igualmente destrutivos do regime democrático. Antes, deve o Estado recobrar a lucidez e acuidade de um verdadeiro guardião da igual liberdade e dignidade de todos para identificar todos os direitos fundamentais e valores sociojurídicos em jogo. Assim, às vezes é preciso reduzir a voz de alguns para que se torne possível ouvir a voz de outros, e o papel do Poder Judiciário nesse cenário é crucial e constitucionalmente legitimado.

Finalizando com o paradigmático atentado ao *Charlie Hebdo*, convém recordar que, logo após o fato – que, assim como as charges, teve repercussão internacional, – os meios de comunicacão de todo o mundo saíram em defesa

da liberdade de expressão. Novamente, outras tantas vozes – salvo raras exceções – deixaram de ser ouvidas. Somando-se à imprensa, e a numerosos manifestantes, o Governo francês determinou que as escolas fizessem um minuto de silêncio, nas salas de aula, em homenagem às vítimas do ataque. Em muitas dessas escolas, no entanto – principalmente naquelas situadas nas zonas periféricas –, os alunos se recusaram a aderir à homenagem. Talvez, intuitivamente, tenham se recusado a se submeter, mais uma vez, ao efeito silenciador; uma forma de esbravejar eloquentemente: “Je ne suis pas Charlie”.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2007.

ANDRÉS, José-Román Flecha. **Cristianismo y Tolerancia**. 3. ed. Salamanca: Universidad Pontificia de Salamanca, 2007.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A dignidade da pessoa humana e o fundamento dos direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 103, p. 277-299, jan./dez. 2008.

BADA, José. **La tolerancia entre el fanatismo y la indiferencia**. Navarra: Editorial Verbo Divino, 1996.

CHEQUER, Cláudio. **A Liberdade de Expressão como Direito Fundamental Prima Facie** (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FISS, Owen M. **A Ironia da Liberdade de Expressão – Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública**. Tradução de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Tradução de Fernando de los Ríos. Buenos Aires: Júlio César Faira Editor, 2013.

KIRSTE, Stephan. A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 175-198.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes Machado. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusive – dos direitos da verdade aos direitos do cidadão**. Boletim da Universidade de Direito da Universidade de Coimbra. *Stvdia Iuridica* 18. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MAZZOLARI, Primo. **Sobre a tolerância e outros ensaios**. Tradução de António Ramos Rosa. Lisboa: Livraria Morais Editora, 1965.

NABAIS, José Casalta. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa**. Separata do Boletim do Ministério da Justiça, n. 400, Lisboa, 1990.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais** – trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

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

OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**. v. I. Coimbra: Edições Almedina, 2007.

PEREZ LUÑO, Antonio E. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2007.

PINTO, Paulo Mota. **Nota sobre o “imperativo de tolerância” e seus limites**. In: Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

PISÓN, José Martínez de. **Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales**. Madrid: Editorial Tecnos, 2001.

RAO, Neomi. Three concepts of dignity in constitutional law. **Notre Dame Law Review**, George Mason University Law and Economics Research Paper Series, v. 86, n. 1, p. 183-271, 2011.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Jurisprudência Catarinense**, Florianópolis: TJ/SC, a. 35, n. 117, p. 71-107, 2. trimestre 2009.

SAMPAIO, Marcos. **O conteúdo essencial dos direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Abuso da liberdade de imprensa e pseudocensura judicial**: no sistema luso-brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

STARCK, Christian. Nuevo desarrollo de las relaciones entre estado e iglesia en el derecho alemán. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Org.). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 45-56.

TODOROV, Tzvetan. **Os inimigos íntimos da democracia**. Tradução de Joana Angélica d'Avila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

VAZ, Livia Maria Santana e Sant'Anna. Notas sobre a aplicabilidade e a eficácia das normas constitucionais de direitos sociais. 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. 75-138.

Prudência e Direitos Humanos

Paulo Sérgio Weyl Albuquerque Costa
Ricardo Araújo Dib Taxi

INTRODUÇÃO

Objetivo desse artigo é discutir uma compreensão hermenêutica dos direitos humanos na qual o conceito-guia central seja a virtude da *prudência*. O objetivo dessa aproximação é mostrar a importância da interpretação situacional dos direitos humanos como condição de sua efetivação.

Por *interpretação situacional* quer-se dizer aqui certo tipo de compreensão que não vê as normas gerais como padrões acabados, mas que busca compreender o seu sentido *a partir* de situações concretas nas quais ocorrem as violações. Nesse sentido, aqueles padrões gerais tais como os textos constantes de tratados, pactos etc. são reinterpretados ou, para usar um termo famoso na hermenêutica, são *dimensionados* tendo em vista situações concretas.

Buscar-se-á mostrar que esse tipo de sensibilidade situacional é fundamental, sobretudo quando se pensa em sociedades complexas, nas quais os mais distintos tipos de conflitos podem ocorrer, e para as quais os textos abstratos são sempre incompletos e precisam ser contextualizados.

Por certo, essa imagem de interpretação como reconstrução contesta aquela visão mais tradicional do jurista como um técnico que manuseia padrões normativos já pré-fixados a partir de significados convencionalmente conhecidos¹, cuja compreensão e aplicação se dão quase que de forma automática.

Mais ainda, essa imagem acima esboçada contrasta com a perspectiva universalista dos direitos humanos, que remonta ao jusnaturalismo moderno e à

¹ O modelo a que fazemos referência aqui é obviamente o positivismo jurídico, constituinte de nossa tradição e arraigado em nosso senso comum teórico. Objetivamos focar especificamente o positivismo de influência hartiana, que defende uma concepção convencionalista da linguagem, uma vez que é a corrente atualmente defendida pela maioria dos juspositivistas como Andrei Marmor.

ideia de direitos imutáveis, anteriores a qualquer escolha ou vontade humana e cujo reconhecimento se dá por meio do correto uso da razão, sobrando aos distintos ordenamentos jurídicos apenas a função de reconhecer e dar materialidade a esses direitos pré-jurídicos.

Resgatar Aristóteles, portanto, implica aqui resgatar uma compreensão mais focada nas particularidades e na construção de um *ethos comum* a partir dessas particularidades, sem a pretensão de ser universal ou mesmo de ser imutável.

No pensamento jurídico brasileiro, cuja tradição dogmática e exegética dificulta sobremaneira a percepção do que representam os direitos humanos enquanto um discurso crítico de resistência e de transformação, torna-se especialmente importante perceber a tensão existente entre a tentativa de reencontrar a ética no direito, a partir de um discurso de abertura dialogal e a resistência dos dogmas estruturantes da ciência do direito moderno, que por vários argumentos relutam a compreender a presença determinante desses conteúdos no acontecer do fenômeno jurídico.

Como se buscará mostrar, esse discurso dogmático não se coloca como que em confronto com uma efetivação dos direitos humanos, mas coloniza esta última e a assimila a partir de seus próprios pressupostos. É o mesmo que acontece com o chamado pós-positivismo no Brasil, que toma em nossos estudos e em nossos tribunais um direcionamento positivista amplamente contrastante com a sua pretensa perspectiva inicial.

Desta forma, com o perdão do clichê, nossa pesquisa não tem como objeto buscar uma fórmula ou encontrar um modelo ideal de interpretação dos direitos humanos. Nossa preocupação está em compreender o processo de colonização dos direitos humanos, pela herança positivista, como um fenômeno que milita contra os direitos humanos. No limite desse artigo, pretendemos mais especificamente observar esse fato no contexto histórico e filosófico brasileiro, propondo, no bojo dessa reflexão, a introdução do conceito de prudência como uma variável da interpretação.

Começaremos, portanto, tratando de alguns apontamentos acerca do pensamento jurídico contemporâneo no Brasil, enfocando a questão do positivismo jurídico e suas tentativas de superação no campo hermenêutico; em seguida, trataremos dos direitos humanos nesse contexto; e por fim, faremos um esboço do que significa uma interpretação situacional baseada na prudência e qual a sua importância para uma melhor compreensão dos direitos humanos.

1. PERSISTÊNCIA DO POSITIVISMO JURÍDICO NA TRADIÇÃO BRASILEIRA

Na obra *Law and the limits of reason*, ao discutir a forma como diversas teorias do direito são ou podem ser aplicadas no cotidiano, o jurista belga Adrian Vermeule percebe que, quando temos um sistema jurídico dogmático, no qual a interpretação tende a ser mecânica e onde a atividade jurisdicional é vista como algo técnico e objetivo, por mais que se busque defender uma nova teoria, por assim dizer mais interpretativa e argumentativa, o que geralmente acontece é que o sistema jurídico tende a assumir e compreender a nova teoria, da mesma forma que fazia com a anterior (VERMEULE, 2009).

Embora o contexto no qual Vermeule fala seja o *judicial review* norte-americano, é interessante perceber como sua observação tem uma atualidade especial para nós, aqui no Brasil. Isso porque, pelo menos enquanto referenciais teóricos centrais, pode-se dizer que o pensamento jurídico brasileiro adotou, ou vem adotando, cada vez mais, uma perspectiva crítica ao positivismo jurídico, influenciada por autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy, na qual a positivação explícita de uma norma torna-se menos importante do que o seu apelo moral. No entanto, um olhar mais atento parece mostrar um cenário diferente, no qual o positivismo aparece, novamente, como central.

Abordaremos aqui, especificamente, a questão interpretativa, pois é a partir dela que a relação entre prudência e direitos humanos se torna mais frutífera, embora esse não seja o único âmbito no qual a persistência da velha tradição pode ser percebida.

Sabemos que a nossa tradição brasileira, embora plural, se considerarmos pensamentos discrepantes como o de Tobias Barreto, foi amplamente debitaria de um positivismo exegético, e da compreensão de que a democracia e o progresso surgem por meio de leis claras e publicamente conhecidas.

Por mais sofisticado que tenha sido nosso pensamento jurídico, por exemplo, na obra de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda ou no clássico *Hermenêutica e Interpretação do direito* de Carlos Maximiliano o impulso mais evidente sempre foi justificar e não criticar o acontecer cotidiano do direito, como algo, em última instância, previsível e minimamente técnico, logo, não dependente de algo como engajamento ético daqueles destinados a aplicar o direito, a não ser o engajamento ético no sentido de ser imparcial ou de buscar aplicar o direito ao invés de modifica-lo para favorecer a uma das partes.

Na obra de Maximiliano é nítida a luta entre o reconhecimento da interpretação enquanto arte, enquanto uma tentativa de fusão de horizontes

entre o mundo do texto e o mundo do intérprete e a visão técnica de que tudo isso ocorre a partir de cânones racionais e é um processo que pode, por assim dizer, ser aprendido enquanto ciência (MAXIMILIANO, 1999). A explicação do cânone da aplicação teleológica é o exemplo mais claro, pois ali Maximiliano chega a ser poético na explicação de como o sentido literal precisa ser transformado em algo que atenda aos fins para os quais a norma foi feita, o que envolve uma profunda sensibilidade do intérprete. Aqueles fins, contudo, aparecem naquela obra como facilmente cognoscíveis, tornando a interpretação teleológica, no fim das contas, manuseável.

Este artigo não é o terreno apropriado para discutir quais as razões históricas que influenciaram no predomínio da tradição positivista exegética no Brasil. O que importa assinalar é que, do ponto de vista prático, nosso sistema foi construído a partir do pressuposto de que quanto mais leis e textos normativos, em geral, tivermos é melhor, pois quanto mais esmiuçado for o direito, mais bem aplicado será e menor será o espaço para arbitrariedades. Do ponto de vista filosófico, isso implica na pressuposição de que uma aplicação estilo *boca da lei*, passível de controle, advém do afunilamento semântico do texto normativo.

Por essa razão, durante um longo tempo acreditamos que quanto mais fechados fossem os textos normativos, maior seria o espaço deixado para o arbítrio do julgador, e que o caminho da segurança jurídica depende mais da boa redação legislativa do que da capacidade interpretativa do aplicador. Hans Kelsen defendeu exatamente isso na obra *Jurisdição Constitucional*, quando disse que o texto constitucional não pode conter muitos termos vagos, pois isso representa uma margem muito grande de liberdade interpretativa que agride a democracia (KELSEN, 2007).

Quando, portanto, desde mais precisamente os anos 80, começou-se a intensificar no Brasil o que na Europa e nos Estados Unidos vinha acontecendo desde os anos 60, precisamente a emergência de teorias críticas ao positivismo jurídico e à compreensão mecanicista de aplicação do direito, a grande questão passou a ser a busca de uma teoria que permita uma abertura interpretativa, uma revisão da famosa preponderância da lei na hierarquia das fontes.

Em outras palavras, o pós-positivismo no Brasil foi investigado, de antemão, na perspectiva de que precisamos ampliar o fenômeno jurídico para acompanhar a complexidade social. Esse processo levou a duas consequências: a *abertura à discricionariedade* e o *problema da segurança jurídica*.

1.1 O exemplo de Dworkin

Frente ao contexto acima delineado, não parece coincidência que Dworkin tenha se tornado praticamente o filósofo mais influente no pensamento brasileiro, quando o assunto é interpretação e superação do positivismo jurídico. Como se sabe, Dworkin começou sua teoria tendo como rival direto o positivismo hartiano, especialmente no tocante ao problema interpretativo.

O grande problema do positivismo hartiano identificado e combatido por Dworkin é justamente o que ele chama de *discricionariedade em sentido forte*, isto é, o fato de que quando uma norma não está clara, os juízes (na visão positivista) criam um direito a partir de suas próprias convicções, sem serem guiados por quaisquer parâmetros intersubjetivos.

Contrariamente a isso, como se sabe, Dworkin recupera os princípios como padrões morais amplos e busca, a partir de vários exemplos, cuidadosamente escolhidos, mostrar como naqueles casos, em que os positivistas acreditavam que estava havendo discricionariedade em sentido forte, o que havia de fato eram escolhas guiadas e fundamentadas a partir daqueles padrões morais (DWORKIN, 2002). A teoria de Dworkin se torna, a partir daí, portanto, uma tentativa de discutir exatamente como se dá esse tipo de aplicação e como se pode construir uma teoria moral do direito que se afaste do positivismo exegético, mas que também evite a concepção discricionarista de Hart.

Se Dworkin consegue de fato construir uma teoria que alcance tamanho equilíbrio, não cabe a esta discussão. O que importa perceber é que alguns aspectos de sua teoria podem ser vistos sob uma luz que “cai como uma luva” ao nosso pensamento jurídico brasileiro, posto que, promete-nos uma leitura moralmente engajada, e ao mesmo tempo, combatente da discricionariedade. Mais ainda, e talvez mais perigosamente também, *transforma a leitura moral e o afastamento da discricionariedade em partes de uma mesma ideia*.

Em todo caso, o pensamento brasileiro não apenas trouxe Dworkin como o transformou em algo bem mais fechado e, digamos, *positivista*, do que o filósofo americano parecia ser. Para dar um exemplo, a famosa tese da única resposta correta, que para Dworkin significa apenas que os juízes e juízas devem construir as respostas como se fossem a correta e não uma das possibilidades, no Brasil é geralmente vista como se o autor tivesse dito, que todo caso *tem*, de fato, uma única resposta certa. Ou seja, de esforço argumentativo e construtivo, a tese vira uma convicção ontológica de que existe algo moralmente correto em toda disputa dessa natureza.

Por fim, é preciso destacar que não estamos querendo dizer que isso é um problema epistemológico ou falta de rigor filosófico, mas sim, um exemplo de como novas teorias acabam sendo escolhidas e assimiladas de acordo com determinada tradição, que, em muitas situações, traduz inteiramente a teoria para uma linguagem a ela estranha.

Assim é que a compreensão do papel dos princípios e de uma interpretação construtiva não implicou para nós uma abertura, mas sim uma tentativa a mais de afastar a discricionariedade e de fornecer parâmetros interpretativos para que os juízes ou juízas não criem o direito livremente, mas o façam a partir de padrões intersubjetivos. O ideal, em todo caso, apesar de transformado, continua sendo a segurança jurídica e previsibilidade de que os direitos serão garantidos e não criados.

1.2 O ensino jurídico

Se considerarmos o modelo de ensino jurídico que possuímos, a formação que recebemos e como se dá ainda hoje a formação jurídica no Brasil, fica ainda mais difícil crer que passamos por uma transição paradigmática e que vencemos o positivismo jurídico.

Não parece exagero dizer que o jurista brasileiro é formado para ser técnico. Educado em um linguajar jurídico polido (às vezes polido demais para a realidade dos jurisdicionados brasileiros), acredita que domina o ordenamento jurídico como um artesão domina suas ferramentas de trabalho.

Nós geralmente nos apaixonamos pela tecnicidade e sistematicidade das disciplinas dogmáticas, pelo modo como parecem fazer sentido e apresentar uma saída para as mais diversas situações. Encantamos-nos com a engenhosidade dos doutrinadores que harmonizam a legislação e parecem torná-la um todo racional. Esse é o arcabouço dos cursos de direito. Frente a isso, as discussões acima travadas, a respeito da indeterminação interpretativa, da necessidade de apelo a padrões morais não positivados etc. ficam guardadas como questões interessantes, que até valem a pena discutir, mas que se restringem muito mais ao mundo acadêmico do que ao cotidiano judiciário, bem mais técnico e "sem graça". Bem menos romantizável do que sugere a filosofia.

Os juristas realmente acreditam que sua atividade é uma ciência, que no dia a dia as normas com as quais trabalham estão dadas e que a sua aplicação é uma mera subsunção da norma geral à situação concreta (STRECK, 2007).

E é esse modelo que é ensinado nos cursos de direito. Os professores explicam norma por norma das legislações e fornecem exemplos concretos, com o intuito apenas de exemplificar algo que é óbvio.

Neste sentido, a capacidade de construção argumentativa fica em segundo plano, frente à capacidade de assimilação e reprodução. A tentativa de buscar interpretações distintas, de desconstruir a solução, que parece óbvia, é rechaçada pelos professores como retórica advocatícia.

Os princípios jurídicos são explicados nas disciplinas dogmáticas sempre nas primeiras aulas, e o resto do semestre é dedicado a vencer o extenso conteúdo programático sem que haja nem tempo e nem o hábito de tentar interpretar o todo da disciplina, com base naqueles primeiros princípios. Como afirmou o jurista Michel Villey, tratando dos livros de direito, o primeiro capítulo geralmente é teórico, às vezes filosófico, mas os demais são dogmáticos, de tal maneira que o primeiro capítulo parece ter sido totalmente inútil, parece nem estar lá (VILLEY, 2005).

A função desses apontamentos críticos sobre o ensino jurídico não é a defesa conservadora de um ideal elitista de ensino jurídico, que teria se perdido nas últimas décadas com a democratização do acesso às universidades e com o crescimento de perspectivas oferecidas para bachareis em direito. Trata-se simplesmente de perceber como as novas teorias do direito, desenvolvidas nas últimas décadas, são assimiladas no Brasil em acordo com a nossa tradição exegética e codificadora.

A falta de rigor filosófico no trato da hermenêutica jurídica não é, como acreditam alguns juristas, fruto da simplificação dos livros de direito e das aulas, mas uma característica arraigada em nossa tradição positivista, e em nossa compreensão mecanicista, da práxis jurídica.

2. O PROJETO EMANCIPATÓRIO DOS DIREITOS HUMANOS

O discurso contemporâneo dos direitos humanos, como se percebe já a partir da própria declaração de 48 (NAÇÕES UNIDAS, 1948), não busca apenas criar uma nova agenda dialogal, no plano internacional com fundamento no respeito universal à dignidade da pessoa humana, mas tem também como objetivo influenciar para que os próprios Estados signatários adequem-se internamente à pauta dos direitos humanos.

Essa adequação implica muitas vezes em uma verdadeira transformação jurídico-cultural no país, a partir de uma releitura e revisão de prioridades de boa parte de seu sistema jurídico. Muitos exemplificam no Brasil essa mudança de horizonte, ao observar como a Constituição de 88 traz logo no começo o seu extenso rol de direitos e garantias fundamentais, objetivando deixar claro que trata-se da parte mais importante de nosso texto, daquela que deve influenciar a compreensão da carta como um todo, e conseqüentemente todo o ordenamento jurídico.

Uma mudança de horizonte, em todo caso, especialmente tendo em conta a história ditatorial e conservadora do nosso país (individualista em matéria civil e punitivista em matéria penal), aparece como uma promessa, como um compromisso público de luta diária para construir uma cultura voltada aos direitos humanos.

Do ponto de vista que aqui chamamos hermenêutico, o grande desafio na construção dessa cultura consiste, justamente, no problema que descrevemos no tópico anterior. Não é possível falar em ruptura, ou transição paradigmática, sem correr o sério risco de deixar passar diversas práticas e diversos raciocínios, incorporados pela velha tradição, que tende sempre a querer se reafirmar.

Isso tem especial importância quando se trata dos direitos humanos, porque, como afirmado por Costas Douzinas, na obra *Human rights and Empire* (DOUZINAS, 2007), os direitos humanos nunca podem ser simplesmente assimilados pela ordem estatal, segundo seus conceitos prévios, uma vez que, em muitas situações, é justamente contra o Estado que se voltam os direitos humanos, isto é, contra as injustiças institucionalizadas e transformadas em lei.

Isto significa que devemos manter mesmo aquilo que consideramos, atualmente, como constitucionalmente correto ou legítimo, como algo aberto à discussão, e temos sempre que pensar em que medida a nossa própria constituição não viola os direitos humanos.

Mais ainda, implica que devemos, como tem sido feito no Brasil sistematicamente, rever o nosso próprio ordenamento jurídico e buscar harmonizar as suas normas com os direitos e as garantias fundamentais.

Um exemplo pode ilustrar esse problema: sabemos que internacionalmente a igualdade de todos e a proibição da discriminação têm sido amplamente defendidos como argumentos a favor da união homoafetiva e também do casamento (que possui um valor simbólico bastante importante). No Brasil, embora igualdade e proibição de discriminação constem no nosso rol de direitos fundamentais desde 1988, a união homoafetiva só há poucos anos

foi considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Essa decisão contrariou alguns juristas, alguns sob o argumento de que o STF deveria prestigiar a igualdade e conceber o direito amplo à união, desde uma interpretação sistemática, reconhecendo o limite do Constituinte como o limite a ser enfrentado pela própria sociedade. Outros, de forma um tanto imprecisa, entenderam que se no §3º do artigo 226 da Constituição está escrito que entidade familiar é a união formada por homem e mulher, então a decisão de mudança tem que partir do legislativo, pois, do contrário, o Judiciário estaria legislando.

O que não está claro nessa última argumentação, contrária à decisão de nosso Supremo Tribunal são as razões pelas quais o 3º do artigo 226 deve se sobrepujar a outros artigos, como a já mencionada proibição de discriminação, que podem justificar um pensamento mais abrangente acerca da questão. Sem querer dar ares definitivos à controvérsia, a resposta óbvia parece ser a de que o artigo supracitado é mais literal e mais específico, aplicando-se portanto o famoso cânone hermenêutico de que o mais específico sobrepuja-se ao mais geral.

Não podemos deixar de considerar também em que medida o preconceito e a discriminação não estão se fazendo ouvir aqui, sob a máscara da legalidade e da tecnicidade.

Em todo caso, voltando à questão da promessa de construção de uma cultura pautada nos direitos humanos, como ensejando uma mudança paradigmática em nosso ordenamento jurídico como um todo, precisamos destacar ainda, por fim, mas certamente não por último, um ponto fundamental nessa questão. Trata-se de evitar o equívoco, que aqui seria fatal, de crer que os direitos humanos são normas prontas, cujo conhecimento é consensual, e de que agora só o que nos resta é adequar o resto do ordenamento a essas normas já prontas.

Essa perspectiva, errônea a nosso ver, parece ter sido a escolhida por Ingo Sarlet quando afirmou que os direitos fundamentais são a lente de grau, a partir da qual temos que ler a Constituição e as normas infraconstitucionais para interpretá-las adequadamente. Isto porque, embora tenha sido correto em sua afirmação, Sarlet não mencionou a partir de qual lente de grau temos que ler os próprios direitos humanos (SARLET, 1998).

A preocupação aqui é, pois, justamente o perigo de que façamos todo o procedimento indicado por Sarlet, sem, contudo, perceber que a lente pela qual estamos lendo os direitos humanos é aquela de nosso preconceito histórico, de nossa atual tradição, a qual os direitos humanos pretendem redimensionar.

Também por isso parece importante não reduzir direitos humanos aos direitos e garantias fundamentais positivados constitucionalmente. O próprio texto constitucional já serve como alerta nesse sentido, ao afirmar que os direitos e garantias ali dispostos não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções. Este alerta deve ser visto em um sentido mais abrangente do que o usual. Não se trata apenas de levar em consideração a possibilidade de se protegerem outros direitos não positivados, mas se faz necessário, também, repensar continuamente a própria compreensão que temos da abrangência e limite dos direitos que já estão positivados.

Sabemos, sobretudo aqueles que trabalham de maneira mais próxima com o direito constitucional, que a nossa Constituição não é um documento acabado, e que o nosso trabalho construtivo de consolidação institucional apenas começou em 1988 e que uma compreensão de garantias indispensáveis, como contraditório, presunção de inocência, igualdade etc. são construídas a partir da práxis cotidiana, e não apenas reconhecidas, como se fizessem parte de algo simplesmente dado.

3. A RECUPERAÇÃO HERMENÊUTICA DA PRUDÊNCIA

Para explicar, frente a essas questões, qual a relevância de se voltar à prudência aristotélica, é necessário fazer uma brevíssima síntese daquele conceito.

Em sua *Ética a Nicômaco*, Aristóteles distingue o saber das coisas imutáveis, passíveis de demonstração, e que, portanto, são investigados enquanto ciências aos moldes da matemática, e o saber das coisas que, não sendo necessárias, mas contingentes, admitem deliberação e são, portanto, objeto de um tipo distinto de saber e de virtude (ARISTÓTELES, 2007).

O estagirita considera importante trazer a ética para esse segundo modelo de saber uma vez que, quando se trata dos assuntos relativos ao bem humano, estamos longe do domínio das ciências por várias razões. Como lembra Gadamer, ao falar dessa questão, ninguém diz que alguém é ético querendo dizer que esse alguém é um intelectual e domina as normas éticas, como um cientista domina as leis daquilo que investiga. Isso porque o problema da ética não é tanto conhecer quais são as regras do certo e errado, mas saber como aplicá-las nas situações concretas (GADAMER, 2013, p. 426).

Por esta razão é que um intelectual que domina uma ciência, mas não possui sensibilidade para as situações práticas, está muito pior do que uma pessoa

simples que não possui conhecimento científico, mas que tem a sabedoria de agir de maneira refletida e de perceber o que está em jogo nas situações concretas.

Em Gadamer, nosso referencial central aqui, o que mais importa nessa discussão é precisamente o fato de que, assim como no agir ético (GADAMER, 2003) a interpretação de um modo geral, e, sobretudo, a interpretação jurídica, implica também que consigamos transportar o texto de sua abstração geral para as situações concretas, o que por sua vez nos obriga a reinterpretar os textos, a alargar os seus sentidos.

Em Gadamer, portanto, toda interpretação implica, de uma forma ou de outra, a releitura de um comando geral a partir de uma situação concreta específica. É aqui que a nossa discussão acerca de direitos humanos e de nossa tradição positivista ganha toda a sua atualidade. Isso porque, na seara dessa tradição prudencial, Gadamer dirá que, se interpretar é sempre contextualizar, isso implica que devemos ter especial atenção ao fato de que, em toda interpretação, ocorre a transposição ou tradução de uma tradição para outra (GADAMER, 1983).

Por isso é que investigar nossa tradição é tão importante do ponto de vista interpretativo. É porque os direitos humanos que aplicamos não são conceitos fechados, absolutos, previamente delimitados por aqueles que votaram e redigiram os textos, mas são atualizações, traduções que fazemos de um contexto estranho para o nosso. Aqui, investigar a nossa própria tradição torna-se vital para compreender *de que forma estamos interpretando algo*, isto é, a partir de qual horizonte de sentido estamos enxergando aquilo.

É por isso também que, a partir da hermenêutica filosófica, a principal crítica que se costuma fazer ao positivismo jurídico é mostrar como o jurista, formado nessa tradição, aplica as normas crendo que está fazendo uma atividade meramente técnica e recognitiva, que está simplesmente decidindo algo com base em padrões pré-determinados. Isso muitas vezes vela, afasta de sua visão o quanto a sua aplicação é interpretativa, o quanto por meio dela fala uma determinada tradição.

Neste sentido, o problema do positivismo jurídico e de seus fundamentos epistemológicos é que eles constroem uma imagem cientificista, que máscara os seus fundamentos éticos, seu engajamento moral particular. O maior problema aqui não é a aplicação mecânica do direito, mas a aplicação ética, travestida de mecânica e de desinteressada.

É por essa razão que investigar nossa tradição se torna fundamental para entender *quais* direitos humanos estamos aplicando e de que maneira podemos ampliar o nosso horizonte.

Outra razão importante para recuperar aqui a questão da prudência é, como dito na página anterior em referência à divisão aristotélica dos saberes, a crítica ao intelectualismo jurídico, como via para a materialização de direitos.

Com efeito, a prudência aristotélica permite perceber como componente essencial (embora não o único) para a boa interpretação, uma sensibilidade contextual. Nossa formação, como dito no tópico referente ao ensino jurídico, prioriza o conhecimento dos textos normativos e a capacidade de sistematizá-los, em suma, a dogmática jurídica enquanto técnica. Muito pouco se fala acerca de como devemos olhar a situação concreta.

Por uma questão de repetição exaustiva, somos acostumados a olhar para os diversos casos que nos aparecem, já em busca dos chamados *elementos típicos*, isto é, daquele que se encaixa nos padrões normativos que conhecemos de antemão, para assim podermos fazer a subsunção da norma ao caso concreto.

Quando, porém, uma situação concreta parece não se adequar aos modelos normativos dos quais dispomos, via de regra, preferimos torcer a realidade para encaixá-la no direito, do que reinterpretar as normas.

Frente a isso, a prudência implica, sobretudo, em chamar atenção para o fato de que precisamos olhar as próprias situações com mais cuidado, especialmente, em se tratando de situações de grupos vulneráveis, daqueles que mais precisam de uma intervenção dos direitos humanos. É exatamente aqui que a sensibilidade contextual tem que falar mais alto que a tecnicidade dogmática.

A prudência possui, portanto, para uma reflexão jurídica, duas grandes finalidades, embora não exclua outras. A primeira é a compreensão ontológica de que toda interpretação é, assim como todo agir ético, uma atualização, e a segunda é a perspectiva de que, quando se trata de direitos, existe algo mais importante do que a certeza científica, que é a sensibilidade para o que, *naquela situação*, espera-se de nós enquanto juristas que possuem um compromisso ético maior com a justiça do que com uma segurança jurídica construída a partir de uma série de reducionismos intelectuais intoleráveis.

CONCLUSÃO

Nos limites deste artigo pretendemos propor que o conceito de prudência, pode abrir uma importante via para fugir às armadilhas postas pelo positivismo

jurídico e não superadas pelas perspectivas de superação desse modelo. O positivismo por ignorar o senso comum e a moralidade como elementos para uma decisão centrada na ciência do direito, as demais, por não apresentarem vias metodológicas para a legitimidade e reconhecimento da ética, não sustentadas em padrões racionalistas.

Com efeito, a prudência foi excluída da ciência jurídica pelo advento da modernidade e da ciência que estruturou o discurso moderno. A prudência está distante do senso comum, mas é um saber que o compreende em níveis profundos, como uma condição para uma boa decisão. Assim, na esteira de Gadamer, em se tratando de problemas do campo da ética, o saber está sempre orientado a situações concretas, o que nos inclina a fundamentar a importância do estudo e da legitimidade do conceito de prudência na atualidade do direito e, em especial, da interpretação dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Edson Bini. 2. ed. Bauru, SP: EDIPRO, 2007.
- BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.
- DOUZINAS, Costas. **Human Rights and Empire**. Abingdon, Inglaterra: Routledge Cavendish, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GADAMER, Hans-Georg. **A razão na época da ciência**. Tradução de Ângela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Tradução de Paulo Cesar Duque Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método** – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 13. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2013.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. São Paulo: Revista Forense, 1999.
- NAÇÕES UNIDAS. 1948. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 14 nov. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica E(M) Crise**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

VERMEULE, Adrian. **Law and the limits of reason**. New York: Oxford University, 2009.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005.

Direitos Humanos, pluralismo jurídico e multiculturalismo: Uma relação importante à emancipação social.

Frederico Antônio Lima de Oliveira

INTRODUÇÃO

Os valores usados como nortes de interpretação dos direitos fundamentais, valendo-nos da separação necessária entre os bens (direitos subjetivos) e valores (orientações de interpretação), recaem, mais proximamente, no que se entendeu por um Estado Democrático de Direito. Por esse prisma, os valores a serem utilizados como adjetivos dos bens, fundamentalmente garantidos pelo texto constitucional, deverão observar os pressupostos jurídicos necessários à existência digna do ser humano. O princípio da dignidade da pessoa humana, no constitucionalismo contemporâneo, constitui um verdadeiro princípio orientador da interpretação constitucional, e, como verdadeiro valor supremo, que, ao seu turno, aponta as diferenciações existentes entre os chamados *direitos subjetivos fundamentais* (inerentes a dignidade da pessoa humana) e *direitos subjetivos não-fundamentais* (de interesse social geral).

A transição apontada pela história, entre os chamados Estado Liberal e Social, remete a *intangibilidade, a eternidade, a posteridade, a imprescritibilidade* dos chamados direitos humanos, dispostos em face do poder estatal constituído, nos primórdios do contratualismo-liberal. Essa primeira fórmula de direitos fundamentais oponíveis contra o Estado, conforma-se numa primeira dimensão, já sabida, de direitos fundamentais (civis e políticos), que acomodam uma prestação e/ou obrigação vinculada externamente às relações Estado/cidadãos, na medida em que o poder político destinado ao órgão legislativo é obstado em sua capacidade de revogar as prescrições vigentes, por força de uma *cláusula pétrea*.

A evolução da doutrina dos direitos fundamentais nos leva ao que nos parece o ápice do entendimento contemporâneo, no que diz respeito à exten-

são dos efeitos da *fundamentalidade*, ou ainda, do âmbito de eficácia temporal e material das *cláusulas pétreas*. O debate de hoje se refere à busca de uma chamada *dimensão subjetiva* dos direitos fundamentais, onde a extensão da *fundamentalidade* e de seus atributos ultrapassa os limites da relação de litigância entre os sujeitos de direito e o Estado, mas sim, produz, por meio da interpretação constitucional, efeitos jurídicos eminentemente autônomos para além da perspectiva subjetiva, condicionando, inclusive, a interpretação do direito infraconstitucional. Esta nova dimensão dos direitos fundamentais, a partir do uso das técnicas de interpretação constitucional, decorre dos princípios norteadores de nossa democracia constitucional (*ex vi* arts. 1º. e 3º. da CRB/88), e dão concretude aos chamados *direitos fundamentais sociais*, onde se verifica a outorga de direitos fundamentais aos sujeitos sociais.

1. VALORES, INSTITUTOS OU NORMAS FUNDAMENTAIS?

Em quaisquer das perspectivas, tanto axiológica, institucional ou normativa, percebe-se existir a possibilidade de disposição de análise quanto ao posicionamento dos direitos fundamentais. Numa perspectiva axiológica, os direitos fundamentais são, em verdade, valores e não normas jurídicas, possuindo a função precípua de ordenar a interpretação constitucional e dirigi-la em prol dos interesses legítimos ancorados no texto constitucional. Os direitos fundamentais, por esse prisma, são concebidos como uma *ordem objetiva de valores* que fornece a necessária *unidade material* às pretensões subjetivas do povo. Essa concepção valorativa teve, em Rudolf Smend, um eminente cultor, e passou a ter um reconhecimento mais específico na doutrina moderna com o surgimento da Corte Constitucional alemã, dando espaço para o uso do que se convencionou chamar de *NOVA hermenêutica constitucional*, e à vinculação da interpretação constitucional a valores, por vezes, abstratos, levando assim, a boa parte da doutrina a referir-se aos direitos fundamentais não como valores, mas sim, como normas.

Sob a ótica institucional, tem-se como referencial o próprio significado social das instituições, como estruturas que representam funções sociais, e assim, como fenômenos dinâmicos que realizam e dão conformidade às estruturas socialmente postas. Neste sentido, é lapidar a lição de Nelson Saldanha que dispõem serem tais instituições corpos formais que configuram determinadas funções sociais. Desta forma, seriam então instituições, a empresa, a família, a escola e outras (SALDANHA, 1998, p. 115-116).

A concepção institucional dos direitos fundamentais, assim como ficou marcada pela lição de Carl Schmitt, entretanto, não foi bem recebida pela doutrina constitucional-democrática, na medida em que pretendeu harmoni-

zar, ou talvez conter, como nos é mais compreensível, as liberdades individuais e coletivas aos desígnios do Estado (SCHMITT, 1996, p. 10-15). O entendimento dos direitos fundamentais, enquanto instituições estatais, ou ainda, a estatização dos direitos fundamentais, poderia sim, redundar em última análise, dado ao engessamento estatal, frente à dinâmica social, ou ainda, ao exercício despótico do governo civil, numa forma ilegítima do exercício do poder estatal, ao arrepio da vontade democrática das maiorias. A fuga de tais preceitos se materializa no que vem se construindo no constitucionalismo contemporâneo quanto à valorização da vontade social na interpretação das regras, e ao seu turno, a valorização das instituições como "nortes de interpretação democrática". Este é, em verdade, o caminho lógico percorrido por Peter Häberle quando preconiza uma sociedade aberta para os seus intérpretes, onde o significado original a ser considerado na efetivação dos direitos estaria representado pela vontade da maioria em harmonia (HÄRBELE, 1997, p. 10-15). A ideia dos direitos fundamentais enquanto normas, ou seja, *normas de direitos fundamentais*, parece-nos que aporta o cerne da discussão contemporânea, qual seja, o de se entender os direitos fundamentais não apenas como valores, e assim, sujeitos a uma interpretação excessivamente aberta, ou pior, desvirtuada dos valores constitucionalmente eleitos pelo tecido social; tão pouco, a interpretação formalmente vinculada à vontade institucional pura, como meio de concretização do poder do Estado, nem sempre democrático.

O entendimento dos direitos fundamentais como normas, nos remete as teorias normativas contemporâneas e a juristas como Konrad Hesse (1998) e a nova ponderação de valores sociais; e, Friedrich Müller e a sua teoria estruturante do direito, onde, em suma, depreendemos uma estruturação do direito a partir da norma jurídica até a concretização do que denominou de *norma-decisão* (MÜLLER, 2000, p. 20-25).

A teoria de Müller perfaz, em nossa ótica, com justeza, os parâmetros contemporâneos de entendimento quanto à relação existente entre os direitos fundamentais (do homem) e o ordenamento estatal posto. Müller, diz então que respeitar os direitos fundamentais significa implementá-los enquanto direitos positivos. Em verdade, trata-se, como veremos mais à frente, de considerarmos os direitos fundamentais como normas de direitos fundamentais, e como tal, dotados de plena eficácia. Esta é, em suma, pelo que percebemos, a *eficácia normativa* contemporânea que se pretende conferir aos direitos fundamentais, não como simples valores, não como meras representações das instituições estatais, mais sim, como normas privilegiadas e prevalentes, dotadas de efetiva força normativa em nossa Lei Maior.

2. DIREITOS HUMANOS, PLURALISMO JURÍDICO E MULTICULTURALISMO COMO VALORES IMPORTANTES PARA A EMANCIPAÇÃO SOCIAL

A relação existente entre os direitos humanos e pluralismo político nos remete a uma constatação sobre o lugar de coexistência de elementos multiculturais e criativos, diferenciados e participativos de compreensão. Em sociedades periféricas no mundo, tal como a brasileira, o pluralismo jurídico não prescinde do reconhecimento democrático dos valores materializados nas dimensões culturais de cada grupo social evidenciado.

Sendo assim, a multiplicidade de culturas nas sociedades periféricas ou em desenvolvimento estimula a participação de grupos culturais minoritários e comunidades étnicas menos representadas. Esse panorama típico de sociedades contemporâneas em desenvolvimento, como a brasileira, nos apresenta o fenômeno social hoje dito como multiculturalismo. Nesse sentido, no dizer de Boaventura de S. Santos e João A. Nunes (2003, p. 26), multiculturalismo poderá ser considerado como: “[...] coexistência de formas culturais ou de grupos caracterizados por culturas diferentes no seio da sociedade moderna”.

Como sabido, as realidades constitucionais contemporâneas, não são diferentes da realidade brasileira onde o Estado Democrático de Direito se fundamenta, dentre outros valores que devem ser observados, prevalentemente, na interpretação e aplicação das normas jurídicas, no que compreende (a maioria) por *pluralismo político* e, em sede doutrinária, pelo alcance de um possível *pluralismo jurídico*. Em ambas as hipóteses, deverá se almejar a passagem sistêmica, a fim de se alcançar uma realidade pluralista tanto política, na formação de um governo democrático e representativo, como jurídica, que mais nos preocupa neste articulado, respeitando-se os significados mais legítimos na aplicação das regras jurídicas, contudo, sem se olvidar da necessária unidade e integridade do ordenamento posto.

Enquanto se observa o contexto político tão somente, talvez se mostre mais acessível o debate, vislumbrando-se a possibilidade de identificarmos as ideologias existentes e, porventura, conflitantes ou não, a fim de nos valermos dos instrumentos de participação popular, formais ou informais, limitados de qualquer sorte pelo significado originário da Constituição conferido nas decisões da Corte Constitucional instituída.

De outra parte, no campo da teoria do Direito, chegamos a alguns caminhos possíveis para o estudo, mas, aos quais não nos propusemos a tratar nesse momento. Poderíamos destacar a necessária observância dos valores sociais plurais nas decisões judiciais que apliquem o ordenamento uniforme nos dife-

rentes e culturalmente contraditórios grupos sociais existentes; e ainda, o uso de institutos não jurídicos relativos à linguagem, ao discurso e até mesmo a filosofia do Direito, a fim de se produzir um Direito concretizado em sintonia com o sentido original da(s) norma(s) parâmetro constitucional(ais) envolvida(s).

Valendo-nos da perspectiva positivista muito analítica da maioria dos textos constitucionais latino-americanos, a exemplo da própria Carta Constitucional brasileira, o reconhecimento constitucional das diversidades étnico e culturais, essencial para o Estado Democrático de Direito, necessita de um modelo de legalidade onde a observância da *legalidade substantiva* (tratamento e oportunidades iguais frente à lei formal), seja considerada como um princípio transcendental, onde as subjetividades e ideologias possam ser respeitadas.

Este raciocínio faz coincidirem os direitos humanos aos processos ideológicos onde as opções políticas e legais, ainda que idôneas, mostram-se envoltas num alto grau de diversidade cultural dos grupos sociais existentes. Tal realidade impõe a existência de um parâmetro de interpretação legítima a ser fixado, justificadamente, em face da vontade social.

Este articulado dá passagem à discussão da relação existente entre os valores já apontados, para que decisões socialmente justificadas venham a produzir uma emancipação social com o maior respeito às subjetividades, e, conseqüentemente, à legalidade material e à vontade da maioria como base da democracia.

CONCLUSÕES

Em síntese apertada, deixando, por certo, uma continuidade para os estudos ora iniciados, destacamos alguns primeiros pontos a contribuir com a análise. São eles:

1. O multiculturalismo das sociedades periféricas não prescinde do reconhecimento dos valores culturais dos grupos sociais individualmente, a fim de se produzir maior legitimidade na aplicação do Direito.

2. A pluralidade política, como estabelecida pela Constituição de 1988, autoriza, sob a ótica do sistema jurídico e sua integridade, a busca pela pluralidade jurídica entre os diversos grupos sociais, respeitando-se a identidade e localidade dos valores sociais, bem como, as subjetividades de cada indivíduo.

3. Em nível da ordem constitucional, há de se institucionalizar a convivência democrática das ideologias e valores individuais, buscando-se um parâme-

tro formal de análise que se ajuste a estrutura positivista e sistêmica adotada. Viu-se, ainda que em síntese, que para isso, há de se considerar que os chamados processos ideológicos possam vir a coincidir com os direitos humanos, e assim, prevalecendo e autorizando que através do uso da legalidade substantiva, possamos encontrar uma passagem para a *transcendentalidade* de um princípio superior, tal como a legalidade, que, em sua forma substantiva e através dos mecanismos de interpretação do Direito, venha a alcançar uma aplicação do Direito, legitimada pela emancipação social.

REFERÊNCIAS

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica Constitucional** – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de: Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

SALDANHA, Nelson. **Filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 25-68.

SCHMITT, Carl. **Teoria da Constituição**. [Teoría de la constitución]. Versão espanhola de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1996.

O Brasil e os tratados internacionais de Direitos Humanos

Alexsandro Rahbani Aragão Feijó

INTRODUÇÃO

Na Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), o controle de convencionalidade surge como um instrumento de compatibilização do ordenamento jurídico interno dos Estados signatários com as disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos. A doutrina do controle de convencionalidade se fundamenta mediante a interpretação do artigo 1º da Convenção Americana e do artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que reforçam a superioridade da norma internacional sobre o ordenamento jurídico interno dos Estados, favorecendo a teoria monista internacionalista.

Além disso, esse controle se justifica num período em que o Direito Internacional ganha cada vez maior relevância, mediante a intensa produção de tratados, especialmente de direitos humanos, após a segunda metade do século XX. Como decorrência disto, a sociedade internacional, e, principalmente, os Tribunais Internacionais de Direitos Humanos começaram a se preocupar com a eficácia desses tratados que, ao menos, deveriam ser aplicados pelos Estados signatários internamente.

O Brasil está inserido neste contexto e por isso é relevante entender como esse controle de convencionalidade, desenvolvido pela Corte Interamericana, será aplicado pelo Poder Judiciário brasileiro e quais são os efeitos do seu exercício sobre o ordenamento jurídico interno, considerando a relação entre as ordens jurídicas, interna e internacional, no direito brasileiro.

1. A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O controle de convencionalidade pressupõe a primazia da norma internacional de direitos humanos sobre o direito interno dos Estados, alegando a necessidade de adequação desse direito interno, no que se contrapõe a norma internacional, com o fim de garantir plena eficácia aos tratados internacionais de direitos humanos no âmbito interno estatal.

A Teoria da Transnormatividade, ao analisar a relação entre as duas ordens jurídicas, estabelece que temos, hoje, a construção de um “direito transnacional”, por meio do qual as normas, que regulam atos ou fatos da vida, transcendem as fronteiras nacionais, influenciando não só a produção normativa, como também repercutindo seus efeitos, principalmente, sobre o sistema normativo interno dos Estados (MENEZES, 2007, p. 140-141). Nesse sentido, Menezes (2007, p. 141) explica que:

Essa relação transnormativa se caracteriza por vários fatores de alocação de uma nova realidade internacional que, através de seus instrumentos normativos, produzidos no plano internacional, dissolvem as fronteiras e possibilitam uma interpenetração de normas jurídicas, entre o local e o global, em mesmo espaço de soberania e competência normativa.

Além disso, a “internacionalização dos direitos”, que pode ser visto no processo de internacionalização dos direitos humanos, e sua intensa produção de tratados multilaterais, acaba por reforçar esse “direito transnacional”, tendo em vista que essa produção normativa internacional influencia, cada vez mais, a produção normativa interna, mediante a reprodução daquilo que fora discutido externamente.

A “Teoria da Transnormatividade”, ao estabelecer um “direito transnacional”, se refere especialmente ao caráter global da norma internacional e da própria produção normativa externa em foros especializados, como a Assembleia-Geral da ONU, que passará a produzir seus efeitos diretamente sobre os indivíduos (nacionais), empresas e órgãos, a partir do momento que o Estado aceitar esta norma, por meio da ratificação do tratado (MENEZES, 2007, p. 141-142).

Portanto, essa teoria estabelece uma aproximação ainda maior entre as duas ordens jurídicas, a interna e a internacional, de modo a possibilitar um constante diálogo entre elas, permitindo a harmonização do único sistema jurídico.

Essa “Teoria da Transnormatividade” reflete muito bem a relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno, na atualidade, ao destacar a produção normativa da sociedade internacional e a sua influência sobre os Estados, que fazem parte dela. Logo, verifica-se que a aplicação e a eficácia da norma internacional, no âmbito interno dos Estados, vêm se destacando nessa relação entre as duas ordens jurídicas. Conhecer este cenário contemporâneo, que rege a relação entre Direito Internacional e Direito Interno, é importante para compreender a Teoria Geral do Controle de Convencionalidade.

No entanto, para que se possa aplicar esse tipo de controle no direito brasileiro, é importante, primeiro, verificar qual a posição desses tratados internacionais de direito humanos no ordenamento jurídico interno, tendo em vista que o controle de convencionalidade pretende solucionar eventual conflito ou antinomia entre as normas internas (infraconstitucionais) e as normas internacionais de direitos humanos.

Na Constituição Federal de 1988 (CF/88), não é possível identificar nenhuma regra clara que defina o *status* hierárquico que os tratados internacionais de direitos humanos possuem no ordenamento jurídico brasileiro. Por isso, verifica-se que existem apenas indícios que podem indicar qual a posição hierárquica e a aplicabilidade desses tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento interno.

Por falta de uma solução clara dessa questão, a doutrina e a jurisprudência divergem, até hoje, quanto à posição hierárquica desses tratados na ordem normativa interna, existindo quatro correntes principais sobre o tema: a corrente que reconhece a natureza *supraconstitucional* dos tratados de proteção dos direitos humanos; a vertente que atribui *status constitucional* aos tratados de direitos humanos; o posicionamento que reconhece *status de lei ordinária* aos mesmos; e a última corrente que atribui *status supralegal* aos diplomas internacionais de proteção da pessoa humana. (MENDES, 2013, p. 215-216).

No entanto, em virtude das últimas interpretações dos dispositivos constitucionais que tratam da matéria, realizadas pela doutrina e pela jurisprudência, duas correntes doutrinárias se destacam sobre as demais, por estarem mais alinhadas com a vontade do constituinte originário e derivado (§1º, §2º e §3º do artigo 5º da CF/88) e, também, com a doutrina do controle de convencionalidade. As duas vertentes principais são aquelas que atribuem *status constitucional* ou *supralegal* aos tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro.

Antes da Emenda Constitucional 45/04, que adicionou o § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, a doutrina internacionalista, enfatizando o caráter

especial dos tratados e convenções internacionais em matéria de direitos humanos, realizou interpretação do § 1º e § 2º do artigo 5º da CF/88, no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos e seus direitos e garantias fundamentais seriam incorporados ao ordenamento jurídico nacional com o *status* de norma constitucional.

Neste diapasão, conforme Guerra e Reis (2008, p. 1561-1562), o constituinte originário, ao redigir o referido § 2º do artigo 5º da CF/88, o fez com o propósito de atribuir caráter especial aos tratados internacionais de direitos humanos, em relação aos chamados tratados internacionais comuns, devido a relevância de sua matéria, cujo objetivo primordial é a salvaguarda dos direitos humanos. Portanto, conforme aborda Mazzuoli (2001), o parágrafo 2º, ao colocar que os direitos e garantias não se restringem àqueles previstos na Constituição, se apresenta como uma cláusula aberta, ou seja, no rol dos direitos e garantias fundamentais não é taxativo àqueles previstos constitucionalmente.

Desta forma, mediante essa interpretação do § 2º do artigo 5º, os tratados internacionais de direitos humanos, ao elencarem direitos e garantias fundamentais ao ser humano, ingressariam no ordenamento jurídico nacional, no mesmo grau hierárquico das normas constitucionais. Além disso, alude Mazzuoli (2001) que o referido § 1º complementaria essa interpretação da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos, ao permitir a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais previstos nestes tratados, dispensando-se o procedimento de promulgação interna dos tratados internacionais, possibilitando que estes, em matéria de direitos humanos, produzam seus efeitos tanto no plano internacional, quanto no plano interno a partir da sua ratificação.

No entanto, o acréscimo do § 3º ao artigo 5º da CF/88, pela Emenda Constitucional 45/04, em vez de solucionar a discussão sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos na Constituição de 1988, tornou-a controversa em virtude de sua redação.

Com o novo dispositivo, facultou-se a recepção dos tratados ou convenções internacionais sobre direitos humanos, como equivalentes às emendas constitucionais, desde que sejam aprovados com o rigor destas, na forma prevista no parágrafo. Esta faculdade, imposta pela norma constitucional, causou certa divisão sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos que já haviam sido recepcionados pelo quórum tradicional (simples) dos tratados comuns, em relação a estes que seguiram o rigor das emendas constitucionais, considerando que, somente um tratado em matéria de direitos humanos foi aprovado desta forma no Brasil, como é o caso da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto nº 6.949/09). (BRASIL, 2009b).

Desta forma, os tratados de direitos humanos, que foram recepcionados pela via tradicional, teriam *status* de norma supralegal, ou seja, se encontram numa posição acima das leis ordinárias, mas abaixo da Constituição, enquanto os novos tratados, que forem recepcionados conforme o rito do § 3º, teriam *status* de norma constitucional, por serem equivalentes às emendas constitucionais. (MENDES, 2013, p. 222-223).

Este é o entendimento da corrente que defende a hierarquia supralegal desses tratados, liderado pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Nesta esteira, cabe destacar o Recurso Extraordinário 466.343-SP, o qual ensejou a análise da matéria pelo STF que consolidou a corrente da supralegalidade no ordenamento brasileiro, que desconstituiu a possibilidade da prisão do depositário infiel, previsto no art. 5º, inciso LXVII da CF/88, com base no artigo 7,7 da Convenção Americana de Direitos Humanos e do artigo 11 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

A conclusão do STF pela hierarquia supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos, contrariando a sua posição anterior favorável ao status de lei ordinária para esses tratados, fundamenta-se num contexto contemporâneo de abertura do Estado constitucional, em relação às ordens jurídicas supranacionais de proteção dos direitos humanos, reforçando o caráter especial desses tratados de direitos humanos, o que tornou a sua jurisprudência anterior defasada dentro deste novo contexto. (MENDES, 2013, p. 224-229).

As evidências de que o ordenamento jurídico brasileiro está inserido nesse contexto podem ser encontradas no artigo 4º, § único e os § 2º, § 3º e § 4º do artigo 5º, todos da Constituição Federal. Neste sentido, o STF reconhece a importância desses tratados, cuja matéria aborda direitos de proteção da pessoa humana e, por isso, acolhe a corrente doutrinária que defende a supralegalidade desses tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista a supremacia formal e material da Constituição Federal sobre todo o ordenamento jurídico (art. 102, III, b da CF). Esta posição, inclusive, já foi adotada na constituição de alguns países, como a Alemanha (artigo 25), a França (artigo 55) e a Grécia (artigo 28) (MENDES, 2013, p. 229-233). Portanto, o Ministro Gilmar Mendes, no final do seu voto, no RE 466.343-SP, conclui que:

Em conclusão, entendo que, desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais, sobre direitos humanos, lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo *supralegal* dos tratados

internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. (BRASIL, 2008).

Este posicionamento foi majoritário no plenário do STF no julgamento do referido recurso extraordinário, e por isso, a possibilidade da prisão civil do depositário infiel foi desconstituída pela suspensão da eficácia da legislação infraconstitucional que regulava a matéria, o Decreto-Lei nº 911/69 e o artigo 652 do Código Civil de 2002, como consequência da integração desses tratados internacionais, Pacto de São José da Costa Rica e Pacto dos Direitos Civis e Políticos, no ordenamento jurídico brasileiro.

Esta decisão da Suprema Corte brasileira, que atribuiu hierarquia supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos, recepcionados no rito anterior aquele presente no novo § 3º do artigo 5º, foi muito importante para o reconhecimento do caráter especial desses tratados, cuja matéria é relevante pelo valor social que ostentam, do qual o constituinte originário se inspirou na elaboração do próprio artigo 5º da Constituição de 1988, que constitucionalizou diversos dispositivos dos tratados internacionais de direitos humanos, destacando-se a influência da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

No entanto, apesar da importância desse julgado e dos seus efeitos sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos, na Constituição de 1988, essa questão ainda é controvertida na doutrina e no próprio âmbito do Supremo Tribunal Federal. Assim foi o voto do Ministro Celso de Mello, no julgamento do recurso extraordinário supracitado, que contrariando a decisão majoritária do STF, acolheu a tese da doutrina internacionalista, composta por Trindade, Piovesan e Mazzuoli, que atribui *status* constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, promulgados sob o rito anterior ao novo previsto pelo §3º do artigo 5º:

Após muita reflexão sobre este tema, e não obstante anteriores julgamentos desta Corte de que participei como Relator (RTJ 174/463-465 – RTJ 179/493-496), inclino-me a acolher essa orientação, que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos, reconhecendo, para efeito de outorga dessa especial qualificação jurídica, tal como observa CELSO LAFER, a existência de três distintas situações concernentes a referidos tratados internacionais:

(3) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu) entre a promulgação da Constituição de 1988 e a superveniência da EC nº 45/2004 (referidos tratados assumem caráter materialmente constitucional, porque essa qualificada hierarquia jurídica lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade, que é 'a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados'. (BRASIL, 2008).

Para além da divergência sobre o tema no STF, a corrente doutrinária que defende a posição hierárquica constitucional, dos tratados de direitos humanos, destaca algumas incongruências observadas no § 3º do artigo 5º da CF/88. Primeiro, a redação do referido dispositivo é ambígua, por não definir, especificadamente, quais são os tratados de direitos humanos que deverão ser aprovados daquela forma, não se referindo aos tratados já celebrados e incorporados à ordem jurídica interna, que, conforme concluiu o STF, permanecem com *status* supralegal, por não terem sido aprovados por processo legislativo qualificado. (MAZZUOLI, 2005, p. 99-100).

Essa falta de clareza da norma rompe com a harmonia do sistema de integração dos tratados de direitos humanos no país, deixando ao crivo do Congresso Nacional (art. 49, I da CF/88) a decisão do grau hierárquico dos tratados de direitos humanos, em detrimento de outros, criando "categorias jurídicas" entre os instrumentos internacionais que tratam de uma mesma matéria, cujas normas possuem o mesmo fundamento de validade, que é reconhecer direitos e garantias fundamentais para o ser humano. Desta forma, reconhecer *status* de norma constitucional para todos os tratados internacionais de direitos humanos, do qual o Brasil é signatário, é ser mais coerente, tendo em vista a necessidade de manter essa harmonia do sistema na expansão do bloco de constitucionalidade. (MAZZUOLI, 2005, p. 100-101).

Diante desse impasse de teses, sabe-se que a doutrina e a jurisprudência nacional já vêm reconhecendo a superioridade dos tratados internacionais de direitos humanos, reservando um lugar especial para eles na ordem jurídica brasileira, encerrando a possibilidade destes tratados estarem no mesmo grau hierárquico das normas infraconstitucionais, como parcela da doutrina e da jurisprudência compreendia anteriormente.

O Brasil está inserido nesse contexto de primazia da ordem jurídica supranacional, em matéria de direitos humanos, que deve se sobrepor à ordem jurídica interna, ao menos em relação às normas infraconstitucionais. Isto se confirma pelo Decreto nº 7.030/09, que finalmente promulgou a Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados, passando a ter eficácia na ordem jurídica interna brasileira, e, como consequência deste ato, o Estado brasileiro está agora submetido à ordem de supremacia do Direito Internacional, disposto no seu conhecido artigo 27. (BRASIL, 2009a). A Constituição Federal de 1988 também está ligada a este novo contexto, como afirma Cançado Trindade (2014):

O disposto no artigo 5(2) da Constituição Brasileira de 1988 se insere na nova tendência de Constituições latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial ou diferenciado, também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados.

Neste sentido, a ordem jurídica brasileira apresenta um campo favorável à aplicação do novo tipo de controle das normas domésticas, o controle de convencionalidade, cuja gênese será estudada a seguir.

2. GÊNESE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL

A expressão “controle de convencionalidade” teve sua origem na França, no qual o Conselho Constitucional francês, na decisão nº 74-54 DC de 1975, concluiu não ser competente para analisar a convencionalidade preventiva das leis, ou melhor, o Conselho não tinha competência para analisar a compatibilidade das leis com os tratados ratificados pela França, que, naquele caso, se tratava da Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950. Considerando que a referida Corte, na realidade, detinha a competência para exercer o “controle de constitucionalidade” (MAZZUOLI, 2013, p. 88).

Apesar da origem do “controle de convencionalidade” ter sido na Europa, sua teoria, hodiernamente, foi suscitada e desenvolvida no âmbito do sistema americano de proteção dos direitos humanos, por meio da construção jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). (SAGÜÉS, 2014, p. 381).

Este órgão interamericano, diante da necessidade de garantir o efeito útil da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), desenvolveu a sua própria doutrina do “controle de convencionalidade”, cujo significado, conforme leciona Hitters (2009, p. 110), corresponde a um controle normativo exercido pela comparação das normas do direito interno dos Estados, com as disposições do Pacto de São José da Costa Rica e outros tratados internacionais, que estes tenham ratificado. Este significado representa uma noção básica do que seja o “controle de convencionalidade”, cujo conceito será desenvolvido nesta seção, mediante a análise da jurisprudência da CIDH (1969).

Iniciando a construção da doutrina do controle de convencionalidade, a primeira referência, no âmbito da Corte Interamericana, sobre este tipo de controle, consta no parágrafo nº 27 do voto do juiz Sergio García Ramírez, na sentença do caso Myrna Mark Chang vs Guatemala de 2003. Neste voto, o magistrado da CIDH se referiu ao “control de convencionalidad” como a competência que a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem de conhecer os casos concretos (jurisdição contenciosa), assim como, sobre estes casos, aplicar as disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos, tratado sob sua proteção. Logo, conforme pode ser visto no voto, o controle de convencionalidade é pressupos-

to da própria competência jurisdicional contenciosa da CIDH, que está prevista no artigo 25 do Pacto de São José da Costa Rica (MOLLER, 2013).

No ano de 2004, a CIDH continuou a desenvolver a concepção do que seja “controle de convencionalidade”, como pode ser observado no caso *Tibi vs Equador* desse mesmo ano (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2004). Nesse caso, a Corte Interamericana contou com mais um emblemático voto do juiz Sergio García Ramírez, que fez uma interessante comparação entre a forma clássica de controle das normas, o “controle de constitucionalidade”, em relação a uma nova forma de controle das normas que surgia no tribunal internacional, o “controle de convencionalidade”. Essa importante comparação pode ser vista no parágrafo nº 3, na sentença do presente caso.

Desta forma, o controle de convencionalidade se apresenta como um instrumento hábil, que visa garantir eficácia aos tratados internacionais de direitos humanos, que deve ser exercido pelos juízes e tribunais nacionais dos Estados. Nesse novo paradigma para o Direito Internacional, provocado pela doutrina do controle de convencionalidade, o Brasil se insere no rol dos Estados que devem aplicá-lo. Esta determinação de que o Poder Judiciário brasileiro deve exercer o controle de convencionalidade foi da própria Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), como pode ser visto na sentença do caso *Gomes Lund e outros versus Brasil*, de 24 de novembro de 2010, também conhecido como caso “*Guerilha do Araguaia*”¹, no seu parágrafo nº 176:

176. Este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por esse motivo, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, quando um Estado é parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também estão submetidos àquele que os obriga a zelar, para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias, ao seu objeto e finalidade, e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. **O Poder Judiciário, nesse sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um ‘controle de convencionalidade’ ex officio entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes.** Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010, grifos nossos).

¹ Este caso corresponde a uma demanda interposta contra a República Federativa do Brasil, em face da responsabilidade desse Estado pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entres elas estão membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses da região. Esses atos desumanos foram resultado da atuação do Exército Brasileiro no período de 1972 a 1975, que coincide com a ditadura militar do Brasil (1964-1985), com o objetivo de acabar com a *Guerrilha do Araguaia*. No entanto, em virtude da Lei de Anistia (Lei 6.683/79), o Estado brasileiro não puniu ou investigou as pessoas responsáveis por esses atos.

Como visto, a CIDH se referiu diretamente ao Estado Brasileiro, como signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, que este deve velar pela aplicação das disposições do Pacto em território nacional, dever este atribuído também aos seus juízes e tribunais nacionais, que devem exercer o “controle de convencionalidade” de ofício nos casos concretos, observadas as suas competências, como devem também observar a interpretação da Convenção pela Corte Interamericana.

Tendo em vista essas imposições do Tribunal Internacional sobre o Estado brasileiro, Mazzuoli (2013, p. 83-93), desenvolveu a aplicação dessa teoria, do controle de convencionalidade em território nacional, sob o enfoque do controle jurisdicional da convencionalidade das leis, a ser exercido pelos juízes e tribunais nacionais.

CONCLUSÃO

Ao longo do século XX, ocorreu o processo de internacionalização dos direitos humanos, que promoveu a conclusão de diversos tratados multilaterais sobre essa matéria, formando-se uma verdadeira estrutura normativa internacional voltada para a proteção dos direitos da pessoa humana. Os Estados que ratificaram estes tratados internacionais de direitos humanos se comprometem, perante a sociedade internacional em protegê-los, considerando que a força jurídica, obrigatória dos tratados internacionais, determina que as partes pactuantes devem garantir a aplicação e eficácia das suas disposições no plano interno dos seus territórios.

Todavia, não é incomum os Estados signatários violarem direitos humanos previstos nesses tratados internacionais, ainda que isto acarrete prejuízo na sua responsabilização internacional. Diante desta situação, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, preocupada com a aplicabilidade e eficácia dos tratados internacionais de direitos humanos, sob sua competência, notadamente, a Convenção Americana de Direitos Humanos, desenvolveu a doutrina do controle de convencionalidade, na busca de um mecanismo que efetivasse a aplicabilidade interna dos tratados de direitos humanos no âmbito interno dos Estados.

O controle de convencionalidade é esse instrumento que garante a eficácia dos tratados internacionais de direitos humanos, por meio da compatibilização do ordenamento jurídico interno infraconstitucional, com os direitos previstos nos tratados de direitos humanos. Este novo controle das normas do-

mésticas deve ser exercido pelos juízes e tribunais nacionais de ofício, não necessitando de qualquer autorização internacional.

No caso “Guerrilha do Araguaia”, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, na sua sentença, determinou diretamente aos juízes e tribunais brasileiros o exercício do controle de convencionalidade, no âmbito interno, tendo o dever de invalidar atos do poder público e normas infraconstitucionais que sejam incompatíveis com os tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro e em vigor no país.

Desta forma, a doutrina internacionalista começou a desenvolver a possibilidade de aplicação do controle de convencionalidade no Direito brasileiro, aonde se chega ao principal objeto desta pesquisa.

A Constituição Federal de 1988 no seu § 2º do artigo 5º, ao reconhecer que existem direitos e garantias individuais inscritos nos tratados internacionais, além daqueles previstos na Carta Magna, atribuiu caráter especial aos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. Desta maneira, a doutrina internacionalista concluiu que o objetivo da Constituição era atribuir aos tratados internacionais de direitos humanos o mesmo *status* das normas constitucionais. Para essa doutrina, a adição do § 3º ao artigo 5º apenas reforçou a ideia de atribuir um caráter especial aos tratados internacionais de direitos humanos, formalizando a possibilidade de torná-los equivalentes às emendas constitucionais.

No Brasil, esse controle de convencionalidade, como visto, será exercido nos moldes do tradicional controle de constitucionalidade, pela via difusa, no qual os juízes e tribunais nacionais invalidam a norma ordinária incompatível, num caso concreto, sendo que essa invalidação terá somente efeito *inter partes*, ou pela via concentrada de competência do Supremo Tribunal Federal, no qual se toma emprestado uma ação do controle concentrado de constitucionalidade (ADI, ADECON, ADPF) para invalidar a norma infraconstitucional, incompatível com os tratados internacionais de direitos humanos, com eficácia *erga omnes*.

Nesse sentido, é evidente que o Direito Brasileiro já está integrado com esse instrumento de controle das normas domésticas, controle de convencionalidade, pelo qual os juízes e tribunais nacionais devem exercer de ofício e aplicar os tratados internacionais de direitos humanos no caso concreto. Para isto é importante que os aplicadores do Direito tenham conhecimento da produção normativa internacional, em especial, os direitos humanos, que vão servir de parâmetro para o controle de convencionalidade.

O exercício do controle de convencionalidade pelos órgãos da justiça nacional deve ser regido pelo "diálogo das fontes", por meio do qual os juízes e tribunais devem conciliar as fontes normativas internacionais e internas, que agora devem ser integradas, para que se chegue à melhor solução no caso concreto. Por isso, o controle de convencionalidade consolida a integração entre as ordens jurídicas, interna e internacional, ao permitir o constante diálogo entre elas, propiciando a harmonização do ordenamento jurídico interno, que seria o efeito construtivo do controle de convencionalidade.

O exercício do controle de convencionalidade pelos órgãos da justiça nacional traz alguns benefícios, como propiciar celeridade na reparação de eventuais danos causados pela violação de direitos humanos garantidos pelos tratados internacionais, tendo em vista que a aplicação imediata das convenções internacionais de direitos humanos pelas instâncias judiciais nacionais implica na não necessidade de se recorrer aos tribunais internacionais de direitos humanos. Além disso, o exercício desse controle evita a responsabilidade internacional dos Estados.

Dessa forma, conclui-se que o controle de convencionalidade apresentou um novo paradigma para a proteção internacional dos direitos humanos, atribuindo eficácia a força jurídica obrigatória dos tratados internacionais de direitos humanos no âmbito interno dos Estados. Além disso, esse instrumento consolidou a integração que devem ter as ordens jurídicas, interna e internacional, permitindo que o ordenamento jurídico interno dos Estados esteja em plena harmonia com as obrigações pactuadas internacionalmente.

Portanto, é fundamental que o Direito Brasileiro siga essa tendência de integração das fontes normativas internas e internacionais, mediante a aplicação do controle de convencionalidade, pelos juízes e tribunais nacionais, para que se possa dar efetividade aos tratados internacionais de direitos humanos, em vigor no país, concretizando a proteção dos direitos da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto nº 592**, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 15 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 466.343-1 SP**. Relator: Min. Cezar Peluso. Data de Julgamento: 03/12/2008. Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJ 05-06-2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 15 out. 2014.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto nº 7.030**, de 14 de dezembro de 2009a. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 15 out. 2014.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto nº 6.949**, de 25 de agosto de 2009b. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 15 out. 2014.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 15 out. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Tibi vs. Ecuador**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 07 de septiembre de 2004. Serie C nº 114. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf>. Acesso em: 15 out. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C nº 219. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 15 out. 2014.

GUERRA, S.; REIS, S. A. Os tratados internacionais de direitos humanos no Brasil após a emenda constitucional n.º 45/2004. In: XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Salvador. **Anais...** Salvador, 2008. p. 1555-1576. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/sidney_guerra.pdf>. Acesso em: 15 out. 2014.

HITTERS, Juan Carlos. Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). **Estudios Constitucionales**, año 7, n. 2, 2009, p. 109-128. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v7n2/art05.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, v. 2, n. 21, fev. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_21/artigos/art_valerio.htm>. Acesso em: 15 out. 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O novo §3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 42, nº 167, jul./set. 2005, p. 93-114. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/739/R167-08.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 15 out. 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, G. F. A supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e a prisão civil do depositário infiel no Brasil. In: MAZZUOLI, V. O.; MARINONI, L. G. (Coord.). **Controle de convencionalidade**: um panorama latino-americano. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 213-257.

MENEZES, Wagner. O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade. **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza**, Fortaleza, v. 12, mar. 2007, p. 134-144. Disponível em: <<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/viewFile/1084/1667>>. Acesso em: 15 out. 2014.

MOLLER, Carlos María Pelayo. **El surgimiento y desarrollo de la doctrina de “Control de Convencionalidad” y sus implicaciones en el Estado Constitucional**. Jun 4, 2013. Disponível: <http://www.miguelcarbonell.com/docencia/El_surgimiento_y_desarrollo_de_la_doctrina_de_Control_de_Convencionalidad_y_sus_implicaciones.shtml>. Acesso em: 15 out. 2014.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. **El “Control de Convencionalidad” en el Sistema Interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales**. Concordancias e diferencias con el sistema europeo. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2014.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito internacional e direito interno**: sua interação na proteção dos direitos humanos. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>>. Acesso em: 15 out. 2014.

Direito Global: Humanismo e Direitos Humanos.

Márcio Ricardo Staffen

INTRODUÇÃO

Deveras, a linha de demarcação entre o Direito Nacional e o Direito Internacional está cada vez mais permeada por caracterizações híbridas, pois existem atualmente normas e relações jurídicas que não são puramente tipificadas como nacionais e, que tampouco, dependem da aplicação pura do Direito Internacional. Há, por exemplo, normas adotadas por entes particulares que circulam além do mero território nacional e que podem, potencialmente, influenciar a ordem jurídica de um outro Estado e/ou organizações. Outrossim, as relações jurídicas, implicam cada vez mais problemas de direito entre pessoas públicas e privadas de nacionalidade diferentes. É nessa esfera entre o nacional e o internacional que está circulando um direito de aspecto transnacional, um direito global.

Em linhas gerais, os argumentos consignados no presente artigo objetivam, além da exposição de ideias sobre o fenômeno da globalização jurídica, versar sobre os fundamentos do Direito Global a partir de vigas sólidas para sua sustentação, especialmente a temática correlata aos Direitos Humanos. Ocorre que nenhum destes tópicos é absolutamente novo ou descendente dos postulados do Direito Global. Procede-se, isto sim, um cambiamento de significantes e de sentidos das instituições anteriores em virtude do *rule of law* do Direito Global. Logo, surge daí o balanceamento mais complicado de ser feito. Com ele, inúmeros juízos que na maioria das vezes verbalizam posições reducionistas e/ou preconceituosas.

Ao tempo em que estas posições já se evidenciam nas discussões sobre a democracia, contudo, na temática dos Direitos Humanos são potencializadas ao extremo. Muitas das quais atacam o problema paralelamente, promovendo

a instrumentalização do ideal de Direitos Humanos para confrontações diversas. Assim, exsurge na posição dos Direitos Humanos peleias cujo cerne ataca a ce-leuma capitalismo *versus* socialismo e suas derivações ideológicas. Esta é uma primeira consideração que parece ser relevante.

Ciente de que tal crítica faz jus à exposição mais detalhada, fato determinante para tal posição baseia-se, sobretudo, no aleijamento advindo da instrumentalização dos Direitos Humanos nesta perspectiva. A derrocada do modelo socialista inibe possibilidades atualizadas de confrontação. Ao tempo em que não se defende a lógica de pensamento único e homogêneo, necessário se faz refletir sobre o devir dos Direitos Humanos, sua titularidade, exigibilidade e efetividade na contemporaneidade, na qual se insere o Direito Global. Assim, o retrato comparatista liberalismo *versus* socialismo carece ser estabelecido no momento histórico de sua constância ou, como escorço histórico. (STIGLITZ, 2002, p. 133 ss.).

Neste sentido, é válida a postura de se pensar os Direitos Humanos nos dias atuais ou, como leciona Cassese, A. (2012): os Direitos Humanos hoje, ciente dos processos históricos, mas comprometido com os desafios do seu tempo de pretensão e de realização, bem como, nas linhas desta teia complexa do Direito Global, suas instituições e seus atores. Afinal, não há sentido a manutenção espacial do ideal de Direitos Humanos apenas nos territórios estatais ou, dos tratados internacionais vinculados originalmente aos Estados.

1. O GÉRMEN DO DIREITO GLOBAL

Conforme adverte Cotterrell (2006), o ordenamento jurídico não será relevante a menos que a lei (em sentido amplo) seja capaz de produzir efeitos na sociedade. Destaque-se não tão somente a impotência jurídica como causa deste inadimplemento, some-se neste quadro os vultos impeditivos e/ou promocionais decorrentes de condições nacionais, regionais, internacionais¹, tecnológicas, sociais e, especialmente, econômicas.

Notadamente os processos de globalização de maneira crescente criaram um mercado mundial, uma nova ordem supra e transnacional que permite a livre circulação de capitais, mercadorias, bens e serviços. Fez-se espaço para o exercício de um poder hegemônico de natureza técnico, econômico e

¹ Sobre tais circunstâncias ver: Reposo (2009, p. 24 e ss.).

financeiro espraçado planetariamente, o qual demonstra a redução (crise) do Estado² e institui instrumentos de governança global. Contudo, o transnacionalismo não se restringe às fileiras de uma operação internacional arquitetada plenamente pela autonomia da vontade, inclusive na possibilidade de se escolher uma regra de direito, como pensou, no início, Jessup (1965).

Com clareza ímpar se vislumbra nos dizeres de Canotilho (2008, p. 202-203) o ataque contínuo ao *estatalismo* centralizador e unitário de inspiração hegeliana. Ao tempo em que a ausência de um Estado europeu não é, via articulações silogísticas, empecilho para a aprovação de uma Constituição da União Europeia, não é, por si só, travejamento para o desenvolvimento de um direito global. O Estado perdeu sua habilitação de único senhor da ordem (ARNAUD, 2007, p. 3).

Essas conexões, combinadas com o grande fluxo migratório, resulta na superação progressiva dos limites do Estado que, tornando porosa a Constituição do território (Zagrebel'sky), isto é, desterritorializando a soberania, resulta na ciência de que cada Estado não dispõe mais daqueles instrumentos jurídicos que lhe permitiam, sozinho, atender as necessidades de seus cidadãos, seu bem-estar e sua saúde, ameaçados por alimentos transgênicos, vírus e radiação que vêm de longe. (REPOSO, 2009, p. 26, tradução nossa).

Esclarecem Staffen, Bodnar e Cruz (2011, p. 159-174) que, a partir da fragilidade dos tradicionais atores nacionais, espaços de debilidade passa(r)am a ser ocupados, notadamente após a Segunda Guerra, por interesses transnacionais constituídos através de instituições novas, de difícil caracterização à luz do glossário político-jurídico Moderno. A tradicional homogeneidade no pensamento político-jurídico fora perdida. Em maior ou menor medida, adverte Giudice (2011), instalou-se um cenário de tensão institucional, no qual as “velhas” instituições estatais e, por via idêntica os indivíduos, deparam-se com sensações de turbulência.

Tal qual se manifestou Teubner (2004), a força motriz do Direito já não é mais os anseios de limitação jurídica dos poderes domésticos absolutos, mas, sobretudo, a regulação de dinâmicas policêntricas relacionadas com a circulação de modelos, capitais, pessoas e instituições em espaços físicos e virtuais. Nesta medida, necessário se faz reconsiderar as relações existentes entre Direito e Estado, entre público e privado, entre os diferentes cenários jurídicos e as autoridades legais, sob pena da exaustão dos modelos decorrentes de fraturas infin-

² Merece reprodução nesta quadra a advertência: “Finalmente, o transnacionalismo da ordem jurídica global sugere cautela em falar de crise do Estado em níveis globais, porque a dinâmica do sistema administrativo global ainda é largamente dependente do Estado e de seus fragmentos”. (CASSESE, S., 2006, p. 12-13, tradução nossa).

dáveis. O direito seria não apenas aquele construído pelos Estados por meio dos mecanismos tradicionais, constitucionalmente estabelecidos, segundo Marcelo Varella, mas por seus atores públicos e privados internos, com graus variáveis de cogência. Seria construído pelos Estados (internacionais), mas também por atores privados e pelos direitos nacionais (transnacionais) e, conforme sua força, poderia tornar-se oponível aos próprios Estados (tornando-se supranacional) (VARELLA, 2012, p. 543).

Nestes termos, o declínio do Estado Constitucional nacional e a ascensão de um paradigma global de Direito decorre, substancialmente, da penetração de critérios de governança nos assuntos e políticas públicas dos Estados, logisticamente apoiado pelos avanços tecnológicos. A globalização econômica produz um processo de globalização³ jurídica por via reflexa, que transcende a constatação de Crouch (2005), uma vez que se observa em igual medida a globalização também dos comportamentos jurídicos, tal qual a opção pessoal e facultativa por precedentes na tradição do *civil law* entre outros “costumes”.

Assim, o processo de globalização necessita ser compreendido como expressão de uma interdisciplinaridade sistêmica, no dizer de Cotterrell (2012, p. 340-372). Logo, o Direito Global, por mais incipiente que seja, tem como objeto a compreensão e a regulação das relações provenientes dos fluxos globalizatórios. Fluxos estes que não se restringem à globalização do segundo pós-guerra. Contudo, ainda que algumas bases de governar o mundo estejam sedimentadas na descoberta da América, a grande especificidade verte da policentricidade que governa a globalização do terceiro milênio.

Notadamente entre 1980 e 1990, a caracterização da concepção habitual de governo é transladada para a acepção governança (*governance*), a partir dos postulados de Rosenau e Czempiel (1992), haja vista a combinação de instituições, políticas e iniciativas conjuntas com propósitos claros e definidos. Com isso, o problema de governar o mundo se funde em contextos que perpassam por alianças militares (OTAN), instituições intergovernamentais (ONU, UNESCO, UNICEF, OMS e afins), organismos regionais (Conselho Europeu), agremiações pós-imperialistas (*Commonwealth*, Comunidade dos Países de Língua Portuguesa), ordenamentos quase políticos (União Europeia, Mercosul, UNASUL), *summit* (G-20, G-8, BRICS) e outras milhares de ONGs.

3 Nestes termos: “As grandes multinacionais têm superado a capacidade de administração dos Estados-Nação. Em não sendo vantajoso o regime regulatório ou tributário de um país, essas empresas ameaçam mudar-se para outro, sendo que os Estados competem cada vez mais entre si no oferecimento de condições favoráveis a essas atrações, visto que necessitam de tais investimentos”. (CROUCH, 2005, p. 35, tradução nossa).

Ainda que o fenômeno da globalização não se mostre uma novidade, certamente a crise econômica vivida em 2008, demonstrou substancialmente os diversos níveis de marcha deste processo de expansão. Notadamente, a economia se globaliza com maior velocidade, em comparação com a política (e com os assuntos do Estado), criando, neste panorama, assimetrias entre economia global (transnacional) e a política nacional (não se podendo descartar a política comunitária).

Para Snyder (1999, p. 334), a globalização é governada pela totalidade de conjunções estrategicamente determinadas, contextualmente específicas e frequentemente episódicas, irradiadas de diversos lugares pelo mundo, com elementos institucionais, normativos e processuais específicos, mas não necessariamente exclusivos. Procedem-se, nestes termos, a uma forma global de pluralismo jurídico. Um pluralismo que não é unitário nem uniforme; não é orgânico nem estruturado.

Este diagnóstico representa exatamente o exaurimento do Estado e das instituições internacionais de cunho monista-dualista. As vertentes do Direito Global se articulam em múltiplos níveis, governos, administrações locais, instituições intergovernamentais, cortes ultraestatais e nacionais, *networks*, organismos híbridos (público-privado), organizações não governamentais e dos próprios indivíduos.

Estas instituições inter-governativas, pelas quais os Estados buscam maior legitimidade e meios de promoção de políticas públicas, classificam-se nas seguintes categorias, segundo argumentação de Kingsbury, Kirsch e Stewart:

[...] administração por organizações internacionais formais; administração pela ação coletiva de redes transnacionais de autoridades governamentais; administração distribuída realizada pelas entidades reguladoras nacionais sob regimes de tratados, acordos de reconhecimento mútuo ou normas de cooperação; administração por acordos intergovernamentais e privados-híbridos; e administração por instituições privadas com funções de regulação. (2005, p. 20, tradução nossa)

Todavia, a existência de um direito global alimenta, nesta quadra da História, uma pluralidade de desafios, a iniciar pelas próprias bases de globalização, múltipla em sua essência. Ao passo que a globalização guarda vastidão de caracteres, tais signos observam-se também nos ordenamentos jurídicos, nacionais e os sistemas transnacionais. Há um forte problema decorrente do conflito entre uniformidade global e diferenças nacionais (locais), da concorrência entre normas globais, normas nacionais e normas locais.

O poderio dos ordenamentos jurídicos estatais de produzir o próprio Direito em forma absoluta está gradualmente se redimensionando, reformulando a própria categoria histórica e política da soberania nacional na direção de uma caracterização ainda de híbrida matriz. O Direito Global está dividido em dois níveis: o primeiro e mais raso que se preocupa com os assuntos nacionais (internos) de cada Estado; e o segundo, mais amplo, diluído no cenário transnacional, constituído, segundo Cassese, S. (2006), por uma área global⁴, de modo que predomine a cooperação (*partnership*) entre seus agentes em seu duplo nível.

Ademais, observa-se uma progressiva majoração de organizações privadas na tratativa de assuntos globais, com gerência regulamentadora e reguladora, nas mais diversas áreas de incidência e de competência material. São entes originariamente privados, sem vínculos governamentais, que se dedicam à proteção ambiental, ao controle da pesca, à fruição dos direitos sobre a água, à segurança alimentar, às finanças e ao comércio, à internet, aos fármacos, à tutela da propriedade intelectual, à proteção de refugiados, à certificação de insumos quanto à procedência, à preservação da concorrência, ao controle de armas e combate ao terrorismo, ao transporte aéreo e naval, aos serviços postais, às telecomunicações, à energia nuclear e seus resíduos, à instrução, à imigração, à saúde e ao esporte.

2. HUMANISMO REVISITADO

Antes, porém, imperioso destacar o devido resgate dos ideais de humanismo, no qual fora maturada as bases dos Direitos Humanos. Em síntese, o tema do humanismo apresenta uma tradição cultural proveniente do Renascimento, aprimorado no decurso dos anos. Expressa, historicamente, princípios ideais de irresignação com a guerra, com a redução da dignidade das pessoas, com a exploração e espoliação de bens jurídicos básicos. Nas lições de Rüsen e Kozlarek (2009, p. 11), o humanismo significa por o foco de atenção no pensar e no atuar dos seres humanos, verdadeiro *canon* regulativo, segundo o qual a dinâmica dos acontecimentos alimenta uma espiral infinita, de modo que o projeto sempre esteja aberto e inconcluso.

Nesta toada, o norte sinalizado pelo humanismo, ao longo do curso da História, ilustra um projeto comprometido com a elaboração de compre-

⁴ Em complemento: "A lei global, portanto, não é formada apenas por meio de um processo de difusão de sentido único, a partir do nível superior para o nível mais baixo (*top-down approach*), mas também pelo caminho inverso, que procede de baixo para cima (*bottom-up approach*). A norma nacional pode ser recebida em nível supranacional" (CASSESE, S., 2009, p. 125, tradução nossa).

ensões de afinidades e diferenças, para além do juízo do melhor, que nutre os humanos em todos os espaços de existência. Notadamente nos espaços redimensionados pela globalização, afinal, não há como se pensar em globalização sem mensurar suas consequências humanas. Ademais, inegavelmente se observa um ciclo, talvez tímido, é verdade, de globalização humana, vide a tensão instalada pelos movimentos de migração.

Logo, o projeto de humanismo a ser refletido deve avançar para além das demandas de outrora. Não apenas conflitos globais carecem de referentes humanistas no seu trato, mas também conflitos setorizados precisam receber atenção transnacional materializadas no Direito Global com apoio de instrumentos efetivos de governança. Degradação ambiental, fundamentalismo, crise alimentar, pobreza, moléstias sanitárias e afins representam tal reclame, transcendendo a tradicional compreensão do humanismo na incidência das experiências traumáticas de crimes contra a humanidade.

Como consequência, em preliminar, há de se ressaltar o avanço em relação às manifestações universalistas, alvo de constantes objeções em razão da postura eurocêntrica que porta, pois considera muito mais desejável a integração, segundo Rösen (2009, p. 19), em um valor geral de humanidade, no qual as diferenças não sejam auferidas por graduação de predominância, tão comuns no manejo desenfreado do multiculturalismo, mas sim pela necessidade da sua ocorrência. Ademais, há um senso comum no discurso do multiculturalismo manejado em favor da conservação de padrões superiores aos demais, de modo que as culturas vistas como inferiores, assim o são graças à beneficência soberana. Como resultado: a alimentação de um abismo insaciável entre o dito e o feito, segundo Sánchez Rubio (2010).

Por outro lado, há de se perguntar se efetivamente o suposto problema se encontra no bojo do multiculturalismo? O cerne está no predomínio de assuntos religiosos em espaços políticos, ou melhor: na preferência de não politizar temas relevantes por colidência com dogmas religiosos. É o caso do aborto e o desafio do seu enfrentamento nas Filipinas, Indonésia e no Brasil. Logo, o desafio está com as religiões. Não basta, portanto, que líderes religiosos se apresentem em público para defender Direitos Humanos. Enquanto houver continuidade do reconhecimento da superioridade das leis divinas, transcendentais, em comparação com as leis humanas nada mudará.

Para tanto, nos dizeres de Longxi (2009, p. 55), a compreensão atual de humanismo que se deseja necessita reconhecer distintas manifestações de humanidade, tanto no Oriente quanto no Ocidente, incluindo diferentes

perspectivas do humano em autênticos fluxos globais de interação, não mais verticalizados. Ademais, o ideal de humanismo sempre galgou por potencialização de conexões horizontais, um esforço humano para manejar o mundo dos humanos.

Cabe lembrar que nesta senda iniciou sua caminhada o humanismo e, também, os Direitos Humanos. Na sua essência o humanismo ocidental, ideia nuclear do Renascimento, objetivava precisamente o cuidado com o humano, preferencialmente, além da teocracia instalada. Se no medievo o homem, na condição mais formal da palavra, era criado sob os desígnios divinos e da Igreja, a passagem para a Modernidade tratou de eliminar o jugo hierarquizado da condição humana.

3. O IDEAL DE DIREITOS HUMANOS

Neste quadrante o ideal de Direitos Humanos deve ser compreendido como uma pretensão moral justificada, enraizada nos valores da liberdade e da igualdade, preocupado com a potencialização da autonomia pessoal, por meio da racionalidade, da solidariedade e da segurança jurídica. Em complemento, como adverte Peces-Barba Martínez (1995, p. 109-112), com possibilidade efetiva de tutela jurídica, na qual a realidade social seja recepcionada. Isto compõe a visão integral dos Direitos Humanos, nutrido pelo humanismo.

Aliás, a concepção de humanismo e Direitos Humanos comunga de uma sinergia dotada de força sinestésica que se realiza na complexidade, nas relações intersubjetivas, de forma não hegemônica. Para tanto, o colecionamento destes argumentos supera a visão reducionista consubstanciada nos dogmas jurídico-estatais dos Direitos Humanos, forte apenas em glossários técnicos obsoletos. (SÁNCHEZ RUBIO, 2010, p. 15).

A primeira causa desta obsolescência origina-se na ideia pela qual os Direitos Humanos conservam relação privativa com os Estados ou, com as Organizações Internacionais, desde que presente representação estatal. Duas guerras mundiais não foram capazes de modificar este contexto. Continua a se compreender os Direitos Humanos apenas na sua institucionalização, não no humanismo que lhe nutre. Para tanto, Hunt (2010, p. 186) observa no nacionalismo, produzido após os episódios da revolução francesa, uma das causas de relativo fracasso dos Direitos Humanos. A inclusão do nacional fez com que subs-

tratos férteis alimentassem concepções de xenofobia e ações derivadas. Ao invés da potencialização das faculdades humanas o que se instrumentalizou foi a maximização de argumentos nacionalistas e ultranacionalistas. Isto explica os motivos de deficiência e insuficiência da tutela dos Direitos Humanos, vítimas de violências estatais. (CALVEIRO, 2012, p. 23 ss.).

Um breve resgate histórico demonstra com clareza a antecedência do ideal de Direitos Humanos em relação à caracterização clássica de Estado, fruto do Tratado de Paz da Westphalia, em 1648. Cem anos antes, informa Peces-Barba Martínez (1995, p. 113-114), já se experimentava, em solo europeu, as primeiras manifestações substanciais em favor dos Direitos Humanos, a saber: liberdade de crença religiosa. Ainda que os debates de Bartolomé de las Casas, em Valladolid, sobre a questão do reconhecimento do índio como humano, tenham forte amparo humanista, a negação da hegemonia da Santa Sé e afirmação da autonomia do homem para crer em que e quem lhe aprouver representa o romper de um novo período, no trânsito para a modernidade, início do antropocentrismo e da secularização.

Paralelamente, outra preocupação ganha espaço em virtude do paradoxo que descortina sumariamente. Como é possível crer na condição de derivação dos Direitos Humanos a partir do Estado se, por outro lado, os Estados são os principais responsáveis por frequentes violações dos Direitos Humanos? Em verdade, os Estados estão obrigados com a tutela das instituições de Direitos Humanos, considerando o *múnus* de recepção dos valores éticos, maturados por pretensões morais justificadas, em valores políticos e preceitos jurídicos, ou que não se equipara com a função de criação de Direitos Humanos.

4. OS DIREITOS HUMANOS NO DIREITO GLOBAL

Existe, contudo, outro desafio que ronda perigosamente os Direitos Humanos enquanto pauta jurídica global a partir da valorização de preceitos de soberania estatal. Novamente o dia 11 de setembro de 2001 marca o ressurgimento de uma advocacia ostensiva em favor dos primados de soberania nacional em detrimento dos Direitos Humanos e do humanismo que lhe é peculiar. Há um cenário de deboche para com os Direitos Humanos amparado pelo resgate de argumentos insurgentes que clamam por atributos de autodeterminação estatal como condição primeira. Risco que ganha força em locais atingidos por crises econômicas e políticas. Basta uma rápida passada

de olhos sobre o contexto europeu hodierno ou, na recusa dos Estados Unidos em se sujeitar ao Tribunal Penal Internacional.

Com isso, os Direitos Humanos, enquanto instituição jurídica global, necessitam reafirmarem seu lugar perante discursos sediciosos e demagógicos. Em verdade, há urgência no reestabelecimento dos debates políticos sobre os Direitos Humanos, haja vista, o preterimento dos mesmos em virtude das crises múltiplas que atingem aos Estados Unidos e a União Europeia. Ambos perderam o interesse na causa como pauta global, quando muito invocam sob argumentos protecionistas. Beira à ilusão crer que os Estados membros da OTAN farão externamente uma defesa efetiva dos Direitos Humanos. De certo modo, os Direitos Humanos ao perderem espaço político nos centros tradicionais sofrem por não encontrarem guarida nas novas potências, isto é: China e Índia.

O diagnóstico de deslocamento da centralidade política dos Direitos Humanos do Ocidente para o Oriente reverbera outro cenário de periculosidade: a perda de encantamento popular com o tema. O uso indiscriminado do ideal de Direitos Humanos, vinculado ainda com cartilhas colonialistas, fez com que seu conteúdo deixasse de seduzir e encantar. Passada a fase colonialista o ideal de Direitos Humanos, se é que isto possa ser assim escrito, em países como China, Índia, Brasil, Arábia Saudita e outros, na maioria das vezes, é manejado para justificação do *status quo*, como enfatiza Hopgood (2014, p. 71-80). Por esta razão é que não pode o Direito Global, em sede de Direitos Humanos, divorciar-se de pressupostos humanistas.

Além do paradoxo instalado quando da relação nacional-global, outro se apresenta como caudatário. Parcela significativa das críticas edificadas sobre a incompatibilidade dos Direitos Humanos com os fenômenos da globalização e da transnacionalização brotam de segmentos socialistas. Ocorre que toda a arquitetura socialista foi possível inicialmente apenas por vias de transnacionalização. Este foi o espaço das Internacionais, uma das primeiras experiências transnacionais. Entretanto, falharam na medida em que não dedicaram a devida energia e entusiasmo para a estruturação de um paradigma global/transnacional de direitos sociais. Prevalece, até o presente, a positividade de direitos trabalhistas, por exemplo, para ingleses, alemães, italianos, brasileiros, de modo a conservar um vazio para além das condições nacionais. Pouco se discutiu em termos de humanidade.

Uma segunda causa de obsolescência decorre da situação pós-violatória na qual os Estados dedicam parcela maior de seus esforços, notada-

mente por expedientes judiciais. Ainda que em sua cepa o ideal de Direitos Humanos surge de condições degradantes, a partir da qual uma pretensão moral se justifique, não se pode imaginar a solução dos problemas humanos somente pelas vias da correção *ex post facto*. Seria o mesmo que reconhecer que quinhentos anos de persistência não sinalizaram com nenhuma lição.

Contudo, há um hiato que urge ser preenchido, isto é, a perspectiva pré-violatória dos Direitos Humanos. Na defesa de Sánchez Rubio (2010, p. 18), tal perspectiva, situada em espaços jurídicos não estatais, manejados por experiências emancipatórias, expõe uma nova função para o Direito Global, rompendo com um falacioso impedimento dos Direitos Humanos com o Direito Global.

Do contrário, sem a inserção do conteúdo dos Direitos Humanos nos espaços de Direito Global, proceder-se-á na conversão dos Direitos Humanos em privilégio de determinados indivíduos, apenas. A inclusão destes direitos na pauta da globalização jurídica e, em seus fluxos, é condição de generalização dos Direitos Humanos, ou como dito por Rodotà (2012), *omninizacão* do humano. Contudo, este ponto de articulação não é tão simples quanto parece.

Não basta apenas que os Direitos Humanos sejam devidamente positivados em *rule of law* ou, que apresentem preceitos de internacionalização, afinal, tais ações já foram efetuadas, mas com sucesso restrito, principalmente na segunda fase. É elementar que além destas caracterizações sejam adicionadas práticas de generalização e de especificação, nas quais o humano é visto em sua situação concreta, fática, real. (GARCIA, 2009, p. 189 ss.).

Desta função não pode se furtar o Direito Global. Faz-se necessário transcender completamente a doutrina de universalismo moral, apontada por Habermas (2001, p. 137), sob pena de anulação das consequências da emancipação e do empoderamento do indivíduo ou, então, os Direitos Humanos serem manipulados como objeto ideológico derivado da cepa nacionalista.

Neste sentido, desenvolvimento sustentável, combate à pobreza, erradicação da fome, fim do trabalho escravo, políticas de saúde pública, promoção da paz e outros inúmeros exemplos podem ser utilizados para demonstrar ações nas quais atores transnacionais/globais se inserem na tentativa de fazer efetivo o ideal de Direitos Humanos. Mesmo que ainda se tenha relatos de expedientes atentatórios, na maioria das vezes com aquiescência dos Estados, não se pode negar o amadurecimento de novos agentes em confrontação com as fontes tradicionais de violação. Como comprovação cite-se os compromissos dos Estados exportadores de *commodities*, impostos por atores globais, com a redução de

seus riscos alimentares internos, sob pena de não comercialização de seus produtos; a atuação do *World Business Council for Sustainable Development* perante governos, organizações internacionais e organizações não governamentais para promoção de políticas de desenvolvimento sustentável ou; no episódio do genocídio em Ruanda, quando da intervenção efetiva de determinada rede de hotéis.

A referência à obrigação por parte dos Estados de respeitar os Direitos Humanos em relação ao direito à alimentação, segundo o relator especial do Conselho Econômico Social, Jean Ziegler, não se restringe ao âmbito nacional. Transcende seus limites por efeito da globalização. Não bastam como medidas de adimplemento somente a produção legislativa na temática. É necessária a exposição de medidas efetivas de amparo aos grupos vulneráveis. Noutro campo, os atores transnacionais passam a ter responsabilidade direta na promoção dos Direitos Humanos, tal qual consignado, aponta Mastaglia (2007, p. 117-122), no *Guidelines for Multinational Enterprises, inclusive*, com o dever do Órgão de Solução de Controvérsias, da OMC, em apreciar o respeito do direito à alimentação nas disputas em apreciação.

Por oportuno, é válido dissertar que não se está aqui, neste livro, a sustentar a tese de afastamento do Estado e das instituições de Direito Internacional de suas responsabilidades para com os Direitos Humanos. O que se apresenta é uma posição não ingênua que não se restringe na crença de que os Estados são dotados de capacidade exclusiva e vontade ativa em favor dos Direitos Humanos, seja pelo registro histórico, seja pelo enfraquecimento dos seus poderes frente à ordem global. Em suma, pretende-se articular um novo nível de sustentação para o sistema de freios e contrapesos, situado nos espaços globais, envolvendo os agentes globais com o desiderato de satisfação dos Direitos Humanos em outros níveis⁵.

Ao tempo em que novas demandas são geradas e que cumulativamente circulam por espaços desterritorializados ou aterritoriais é devido um pensar global acerca dos Direitos Humanos também em sede de Direito Global. Por ser um processo em construção, além dos argumentos já consignados, o Direito Global tem muito para contribuir quando da otimização da lógica de consensualidade que lhe orienta. Uma consensualidade que se aplique notadamente no ideal de humanismo, mas, em igual medida, nos procedimentos pré-violatórios.

5 “Em particular, tais construções de questões transnacionais podem pegar carona em contextos construídos pelo direito internacional público e nas suas decorrências, as quais deixaram de ser abrangidos pela ‘jurisdição interna reservada’ dos Estados, principalmente no âmbito do direito internacional dos direitos humanos”. (SCOTT, 2009, p. 890, tradução nossa).

Para tanto, ganha vazão teorias e precedentes judiciais derivados da ideia de expansão geopolítica dos tribunais com competência para conhecer de causas fundadas em Direitos Humanos. Há em igual proporção a adoção de práticas alicerçadas na ideia de competência global para julgamento de crimes contra a humanidade e na refutação dos argumentos de territorialidade dos tribunais nacionais em questões ambientais, sanitárias, combate ao terrorismo e à corrupção.

Interessante notar nesta quadra o contributo disponibilizado pelo caso *Loizidou vs. Turquia* julgado perante a Corte Europeia de Direitos Humanos. Nesta lide ganha destaque a aplicação clara de um sistema para além do Estado ou de blocos regionais para tutela dos Direitos Humanos, sedimentando solidamente a ideia de extraterritorialidade das obrigações em matéria de Direitos Humanos. Em síntese, a decisão da Corte estabelece que a responsabilidade das partes pode se originar interna ou externamente aos limites do seu território geopolítico, não sendo admitidas, contudo, limitações físicas ou jurisdicionais para sua satisfação. Não por acaso, tenha uma instituição supranacional apreciado e julgado um conflito entre um Estado, que não compõe o bloco, e cidadã natural de Chipre.

Por força destes silogismos, em determinado momento será necessário questionar eventual caracterização e reconhecimento da arbitragem como Direito Humano, nos cenários de incidência do Direito Global. Com a crise dos métodos nacionais de resolução de conflitos e, na constância de circulação transnacional de demandas e pretensões resistidas, parece a arbitragem gozar de maior efetividade, em comparação com os limites institucionais do Poder Judiciário. Tem a arbitragem maior poder de conhecimento do Direito Global que os Tribunais nacionais, não se limitando apenas às questões empresariais, tal qual assinou o Banco Mundial. Portanto, meio de tratamento pacífico das controvérsias, por terceiro imparcial, equivalente ao acesso à justiça, já definido como Direito Humano. Logo, não faz sentido fechar os olhos por completo para esta caracterização que não é apenas conceitual, mas essencialmente prática. Porém, em seu bojo devem saltar expedientes de generalização.

Retomando ao cerne da abordagem, valendo-se de Jessup (1965, p. 13), o que se almeja é patrocinar o estabelecimento de relações de incidência dos Direitos Humanos no *complex régime* do Direito Global. Ainda que a globalização tenha consigo instrumentos para violação destes, em condição verossímil a dos Estados, o que se mostra mais relevante e útil é mirar expedientes de tutela e promoção dos Direitos Humanos, a partir de novas molduras e referentes.

Porém, uma observação deve saltar à crítica, não parece adequado ao desenvolvimento deste novo desiderato a postura reducionista interessada na consagração da proteção humanitária pelo Direito Global, apenas. Urge argumentar-se em favor dos Direitos Humanos como expressão de maior envergadura cautelar e promocional.

Dois eixos podem ser utilizados para exemplificação. O primeiro, embora não exista uma ordem pré-estabelecida, deriva da necessidade de instrumentos de governança global a serviço dos Direitos Humanos, tanto em momentos pós-violatórios como em fase de prevenção. Não parece possível pensar na defesa dos Direitos Humanos sem um alinhamento direto com os pressupostos de governança. O segundo pode ser extraído da atenção especial que o Banco Mundial e que a Organização Mundial do Comércio dedicam à temática dos Direitos Humanos, exigindo, inclusive, estudos prévios de impactos e riscos para fomentos e incentivos.

Destas práticas, frutificam inúmeros casos específicos de atenção aos Direitos Humanos, ainda que de forma setORIZADA, por parte de atores transnacionais, regidos por precedentes de Direito Global. Cite-se as ações de financiamento e assessoria à implantação de fontes de energia renováveis em países que utilizam de cadeias de alto impacto ou, para instalação de redes de saneamento básico por parte de instituições que atuam globalmente, sem a caracterização de sujeitos de Direito Internacional.

Em comum, tais ações apresentam um aspecto eminentemente consensual na elaboração destas diretrizes. Eis a confirmação de uma hipótese típica do Direito Global: a consensualidade, em virtude das conexões necessárias para o funcionamento do *network* em que se sustenta. Assim, o ideal de Direitos Humanos passa a ser efetivado cumulativamente em cláusulas sociais. Mesmo que possua um caráter negocial, não se deve duvidar do alto poder de implementação e adimplemento dos compromissos firmados. Os acontecimentos da crise de 2008 demonstraram a necessidade de vínculos sociais nas relações econômicas. O mercado regido pelo mercado é autofágico.

Desta forma, as cláusulas sociais funcionam como ferramentas forjadas para alcançar objetivos derivados do rol de Direitos Humanos. Inserem em pactos e acordos comerciais standards de justiça social e Direitos Humanos, possibilitando sanções para entes em violação aos Direitos Humanos, bem como, um tratamento privilegiado nos casos de satisfação voluntária e reiterada. Fazem décadas que a OMC já se dedica à aplicação de cláusulas sociais em suas manifestações. Como consequência, deduz López Bravo (2007, p. 344 ss.), em

virtude do caráter cogente, de tais práticas se originam discursos de insurgência e insatisfação que verbalizam a possibilidade de manejo das cláusulas sociais como protecionismo velado. Entretanto, no risco habita o antídoto.

No intuito de ilustrar o aspecto consensual na temática dos Direitos Humanos e a efetividade dos seus resultados torna-se possível colacionar as ações promovidas para erradicar a excisão/mutilação genital em vários países africanos. Intervenções armadas apenas serviram para piorar o quadro e justificar novas agressões. Ações do UNICEF e atores transnacionais em favor da melhoria das condições de vida, promoção de renda básica, alfabetização e urbanização possuem taxas de sucesso altamente positivas.

Contudo, um rasgo epistemológico importante carece ser realizado no percurso histórico de construção do humanismo e, conseqüentemente, dos Direitos Humanos. Ao tempo em que o ideal de Direitos Humanos é fruto do trânsito para a modernidade, os episódios terroristas levados a cabo no dia 11 de setembro de 2001, apresentam um divisor substancial da sua compreensão e efetivação. Existe um cenário anterior e outro posterior à queda do World Trade Center e ao ataque ao Pentágono, nos Estados Unidos, no que tange aos Direitos Humanos, similar ao ocorrido na Noite de São Bartolomeu, na Queda da Bastilha, na Comuna de Paris ou no Holocausto.

A linha de corte precisa ser estabelecida para fins de reflexão sobre os riscos que flertam com os Direitos Humanos, notadamente em cenários além dos Estados. A derrocada do paradigma socialista impactou diretamente na desenvoltura dos direitos econômicos, sociais e culturais. Os casos de flexibilização e/ou desregulamentação destes direitos exemplificam tal posição. Contudo, o alcunhado *dumping* social deve ser visto antes como o exaurimento de uma forma política. Forma esta paradoxal em virtude de estar estruturada domesticamente a partir valores sociais, mas, externamente sobre práticas imperialistas e de protecionismos. Este é o retrato europeu e norte-americano do segundo pós-guerra.

Além desta causa, o advento de novos atores em cenários transnacionais propiciou o surgimento de demandas interessadas nas responsabilidades sociais empresariais, haja vista o apogeu das empresas como uma das forças de destaque. A própria Organização das Nações Unidas, em 2003, ensaiou normas sobre responsabilidade das empresas transnacionais e outras empresas de negócios em relação aos Direitos Humanos. Contudo, tragicamente, com a instituição do Conselho de Direitos Humanos, em 2006, tais diretrizes foram preteridas, sendo que, desde 2011, aguarda-se a aprovação dos Princípios Reitores sobre Empresas e Direitos Humanos na forma de Resolução.

Em comum este anseio de coabitação entre livre iniciativa empresarial e Direitos Humanos, consubstanciado na ideia de responsabilidade social e códigos de condutas, visa galgar cinco níveis, conforme Ruiz Miguel (2013, p. 313). No primeiro, objetiva evitar conflitos entre empresas e empregados; no segundo, mira minimizar as possibilidades de que empresas, notadamente estrangeiras, possam obter vantagens através de corrupção ou práticas defesas; no terceiro, a garantia de direitos trabalhistas mínimos aos empregados; o quarto nível estabelece padrões de respeito ao meio ambiente e; no quinto patamar, o compromisso de que a atividade empresarial não se instale em países que violem os Direitos Humanos e o Estado de Direito⁶.

Este quinto nível do código de conduta empresarial deve ganhar maior destaque, pois demonstra a confirmação da tese de que o risco aos Direitos Humanos, de matriz social, não se instala exclusivamente nas estruturas da globalização. E, que os fluxos de transnacionalismo possuem instrumentos aptos à preservação dos Direitos Humanos.

A título de exemplo, um caso se apresenta como emblemático, tanto pela demonstração da exigibilidade dos Direitos Humanos, quanto pela comprovação da circulação de modelos jurídicos e do transjudicialismo, típico do Direito Global. Trata-se do caso *Doe vs. UNOCAL*. Em 1789, antes mesmo da incorporação da ideia de Direitos Fundamentais à Constituição americana, o Congresso Federal dos Estados Unidos promulgou o *Alien Torts Claims Act*, assegurando que qualquer indivíduo poderá demandar uma pessoa americana em virtude de violação do Direito Internacional ou de Tratado. Tal lei permaneceu em letargia até o início do século XXI. Em 2000, cidadãos nigerianos tentaram demandar a Shell, mas sem sucesso. Dois anos após, 15 camponeses de Myanmar, valendo-se da condição de anonimato por questões de segurança, promoveram uma lide contra a UNOCAL - Union Oil Company of California (mais tarde incorporada pela Chevron), perante a Corte Federal de Apelação da Califórnia, com fundamento no *Alien Torts Claims Act*, argumentando que a companhia petrolífera se valia de soldados e milícias para proteção de suas instalações, violando Direitos Humanos, cometendo assassinatos e estupros indistintamente, bem como, utilização de mão de obra escrava. Em matéria de defesa, a UNOCAL aduziu a impossibilidade jurídica do pedido, sob o argumento de vedação à extraterritorialidade da norma e, no mérito, que tais atos eram de responsabilidade do Estado de Myanmar e das empresas terceirizadas. Na decisão, a Corte Federal de Apelação da Califórnia concluiu que a UNOCAL sabia e/ou deveria saber dos atentados aos Direitos Humanos, por ação dos seus agentes ou das empresas contratadas, devendo, portanto, promover a reparação dos danos. Diante

⁶ No mesmo sentido: Mendes e Clark (2015).

deste cenário, em 2005, a UNOCAL realizou o cumprimento da sentença (UNITED STATES OF AMERICA, 2002).

Exemplo similar é extraído da lide *Toumazou et al. vs. República Turca de Chipre do Norte e HSBC Bank*, nela indivíduos naturais da República Turca do Chipre do Norte (Estado não reconhecido internacionalmente), que vivem nos Estados Unidos, reclamam perante o Tribunal Federal para o Distrito de Columbia o dever de emissão de documentos pessoais pela República ascendente e entrega do título de propriedade imobiliária comprada com financiamento do mencionado banco até o momento negado em virtude da apatria. Contudo, em setembro de 2014, decisão de primeiro grau negou provimento por falta de competência do Tribunal, sem resolução do mérito. (UNITED STATES OF AMERICA, 2014).

A facilitação da circulação global fez com que velhas estruturas ruíssem e proporcionassem novos eixos de operação e competitividade. Brotam nestes substratos fenômenos de *network individualism*, segundo Rodotà (2012), isto é, a passagem do homem abstrato para o homem concreto, capaz de estabelecer relações fora dos limites geopolíticos dos Estados por meios próprios e autônomos. Todavia, o cambiamento iniciado em reação aos atentados de 11 de setembro de 2001 tratou de transferir para os Direitos Humanos de matriz liberal as principais ameaças.

Os acontecimentos, diretos ou indiretos, de combate ao terrorismo, plano de “nossa” democracia para o mundo, islamofobia e afins, fizeram com que a autonomia individual do humano, cerne do humanismo e dos Direitos Humanos apresentasse fissuras. Progressivamente a liberdade de circulação individual, o sigilo dos dados pessoais, as presunções de inocência, o devido processo legal, vedação à tortura ou penas de caráter degradantes fossem suspensas pelos argumentos de razões de Estado.

Em continuidade as ações intervencionistas, além das violações expostas, nutriram êxodos populacionais preocupados com investidas de perseguições e limpezas étnicas. Não por acaso se tenha um aumento considerável e preocupante de trabalhadores migratórios em regime de quase-escavidão. Isto, por sua vez, não representa apenas violações aos Direitos Humanos de viés social. Restaura as mazelas do tráfico de pessoas, onde a necessidade de fuga para sobrevivência aliada com a preocupação pela subsistência própria e familiar se depara com a falta de documentação hábil. Os atos seguintes transitam por prisões arbitrárias, extorsões, abuso de autoridade, deportações indistintas,

corrupção, xenofobia, preterição de amparo administrativo e não incidência de direitos básicos. Tal condição de vulnerabilidade implica na sonegação de garantias que compõe o devido processo legal.

Outro episódio gestado neste período de ruptura pode ser diagnosticado com a publicação do Relatório ECHELON, pelo Parlamento Europeu. Mesmo que sua publicação tenha se dado em maio de 2001, com os atos terroristas e com a comoção mundial dele originada, sua existência foi tolerada e justificada (o que é pior) em virtude do estado de temor instalado. O Relatório ECHELON expõe a existência de uma rede global de interceptação ilegal de transmissões de dados privados, comerciais e econômicos por satélites. Logo, restam violados múltiplos Direitos Humanos tipicamente liberais por práticas de espionagem, manipuladas em vários centros através de um sistema de palavras-chave.

Depois, podem ser elencadas medidas do tipo *Prevention of Terrorism Act*, na qual o governo estadunidense sanciona normas coercitivas de incidência em espaços além do seu território. Cria uma política de supressão da autoridade dos entes internacionais e dos Estados, em sua soberania, a partir do argumento de combate ao terror, pouco importando o seu lugar de atuação. Com ele, criam-se centros de tortura e aprisionamento absolutamente irregulares/ilegais em territórios *sui generis*, pois embora fora do espaço estadunidense, são administrados e sujeitos à lei de exceção deste, a saber: Guantánamo, em Cuba, e Abu Ghraib, no Iraque. (ASSEMBLÉIA PARLAMENTAR DO CONSELHO DA EUROPA, 2005).

Desde então, o que acontece em tais centros de detenção é sintetizado em apenas um valor: supressão sistemática de Direitos Humanos. Neste cenário, Cassese, A. (2012, p. 195-199) opõe-se radicalmente, reafirmando a existência de Direitos Humanos aos terroristas tanto por critérios jurídicos quanto por preceitos éticos. Afinal, antes de ser terrorista (lembrando que a presunção é de não-culpabilidade) é humano.

Como se não bastasse, o problema é elevado em sua potência com a rotulação arbitrária dos muçumanos genericamente como terroristas, gerando uma onda de sonegação de prerrogativas humanitárias e de instabilidade política. Eis que acontecem as invasões no Afeganistão e Iraque com o propósito ingênuo e falacioso de democratização, bem como de instrumentalização ideológica dos Direitos Humanos. Depois, os bombardeios em áreas sacudidas pelos episódios da Primavera Árabe. Entretanto, um tópico específico chama a atenção: a oposição da comunidade internacional e a não declaração de

guerra. Qual a razão? Empreender conflitos armados, sem a alcunha de guerra, para justificar a não observância das Convenções de Genebra.

Aqui, oportunamente uma outra e mais ampla discussão precisa ser levada às linhas do Direito Global: o uso do discurso de Direitos Humanos contra os Direitos Humanos, perpassando, notadamente, pela ideia de guerra justa ou guerra pela paz. O problema instalado descalcifica o conteúdo dos Direitos Humanos primeiro, e depois expõe a debilidade das instituições jurisdicionais em estabelecer parâmetros claros e objetivos de sanção aos crimes de lesa humanidade, admoesta Arcos Ramírez (2002). Seguramente não há como se admitir o julgamento de tais ações apenas por cortes nacionais por inúmeras razões, dentre as quais, a imunidade negativa das jurisdições para determinados pleitos, a exemplo do que se passa em Guantánamo, segundo a cartilha do *Enduring Justice*, de George W. Bush.

Em complemento, não se vislumbram afrontas e mitigação dos Direitos Humanos de matriz liberal nos conflitos sediados apenas no Oriente Médio. A sequência de casos institucionais de espionagem e violação da privacidade, em nível global, ativa, segundo observa Scheppele (2006, p. 347 ss.), um novo sinal de alerta, que não alveja apenas o *rule of law* do Direito Global, mas também o constitucionalismo em si. Eis o caso da NSA ou dos acontecimentos institucionalizados na Rússia. Outro ponto de preocupação é o retrocesso em matéria de secularização dos assuntos públicos. Existem, em igual medida, violações ao direito de livre manifestação indistintamente. Todos, em comum, descalcificam conquistas históricas importantes e pouco discutidas, se comparado com o nível de debate em torno dos direitos econômicos, sociais e culturais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A título de encaminhamentos finais o que se defende não é basicamente promover o patrocínio de determinado grupo de Direitos Humanos. Pelo reverso, se faz uma advocacia substancial pró-humanismo e pela causa dos Direitos Humanos, enquanto conceito integral. Para tanto, as instituições de Direito Global deverão preencher hiatos entre níveis estatais, regionais, internacionais e globais, reforçando e reorientando os modos de atuação com coerência e consistência. Mesmo que a extinção das violações dos Direitos Humanos não se proceda de súbito e em um único momento, não somente os governos estatais devem se responsabilizar. Além deste nível oficial, os indivíduos, grupos associativos, organismos

não governamentais e atores transnacionais necessitam equalizar suas práticas para gozo de tal desiderato.

Há que se pensar, nas fileiras do Direito Global, no amadurecimento de uma carta contendo itens de um patrimônio comum da humanidade, tais como: proteção ambiental, direito ao desenvolvimento humano, alimentação adequada, direito ao conhecimento, direito à ajuda e consolidação dos primados de autonomia humana, afinal, sem ela, não haverá dignidade da pessoa humana. Não por acaso, tais pretensões são os anseios centrais dos refugiados que se espraiam pelo mundo, não apenas fugindo de conflitos, como se afirma ordinariamente, mas, portadores de reclames substanciais de Direitos Humanos.

Este parece ser o maior e mais denso desafio dos Direitos Humanos na perspectiva do Direito Global: construir uma arquitetura funcional *multilevel*, apta a compatibilizar em seus vários extratos os preceitos de Direitos Humanos, preenchendo zonas cinzas de parca incidência. Trata-se, no fundo, de um labor de maestria para afinação de todos os instrumentos que integram a orquestra. Se fosse demandado um lema, deveria portar, essencialmente, duas divisas: humanização e omninização.

REFERÊNCIAS

ARNAUD, André-Jean. **Governar sem fronteiras**. Entre globalização e pós-globalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ARCOS RAMÍREZ, Federico. **Guerra en defensa de los derechos humanos?** Problemas de legitimidad en las intervenciones humanitarias. Madrid: Dykinson, 2002.

ASSEMBLÉIA PARLAMENTAR DO CONSELHO DA EUROPA. Committee on legal affairs and human rights (Rapporteur K. MnNamara). 2005, **Documento 10497/2005**. Disponível em: <www.assembly.coe.int>. Acesso em: 12 dez. 2014.

CALVEIRO, Pilar. **Violencias de estado**. Buenos Aires: Siglo XXI, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2008.

CASSESE, Antonio. **I diritti umani oggi**. 3. ed. Roma-Bari: Laterza, 2012.

CASSESE, Sabino. **Il diritto globale**. Giustizia e democrazia oltre lo stato. Torino: EINAUDI, 2009.

CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato**. Bari/Roma: Laterza, 2006.

COTTERRELL, Roger. **Law, culture and society**. Aldershot: Ashgate, 2006.

COTTERRELL, Roger, What Is Transnational Law? (March 13, 2012). **Law & Social Inquiry**, v. 37, n. 2, 2012; Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 103/2012, out. 2012. Disponível em: SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=2021088>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

CROUCH, Colin. **Postdemocrazia**. Roma-Bari: Laterza, 2005.

GARCIA, Marcos Leite. Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Coord.). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 173-200.

GIUDICE, Alessio lo. **Istituire il postnazionale**. Identità europea e legittimazione. Torino: G. Giappichelli, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**. Tradução de Márcio Selligmann-Silva. São Paulo: Litera Mundi, 2001.

HOPGOOD, Stephen. Desafios para o Regime Global de Direitos Humanos: Os direitos humanos ainda são uma linguagem eficaz para a mudança social? **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo, v. 11, n. 20, p. 71-80, jun-dez. 2014.

HUNT, Lynn. **La invención de los derechos humanos**. Tradução de Jordi Bertran Ferrer. Buenos Aires: Tusquest, 2010.

JESSUP, Philip. **Direito transnacional**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965.

KINGSBURY, Benedict; KIRSCH, Nico; STEWART, Richard. The emergence of global administrative law. **Law and Contemporary Problems**. v. 38, n.3/4, p. 3-24, jun-dez. 2005.

LONGXI, Zhang. Una vez más el humanismo: una mirada desde el otro lado. In: RÜSEN, Jörn; KOZLAREK, Oliver (Org.). **Humanismo en la era de la globalización**. Desafíos y perspectivas. Buenos Aires: Biblos, 2009. p. 7-36.

LÓPEZ BRAVO, Alfredo. Cláusula social: un arma de doble filo. In: BARRAL, Welber; CORREA, Carlos (Org.). **Derecho, desarrollo y sistema multilateral del comercio**. Buenos Aires/Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 32-61.

MASTAGLIA, Gabriela Teresita. Globalización y desarrollo: su impacto en el ámbito de los derechos humanos. In: BARRAL, Welber; CORREA, Carlos (Org.). **Derecho, desarrollo y sistema multilateral del comercio**. Buenos Aires/Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 91-123.

MENDES, Errol P.; CLARK, Jeffrey A. **The five generations of corporate codes of conduct and their impacte on corporate social responsibility**. Human Rights Research and Education Centre. University of Ottawa. Disponível em: <www.cdp-hrc.ottawa.ca/eng/publication/centre/five>. Acesso em: 01 nov. 2015.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. La diacronia del fundamento y del concepto de los derechos: el tiempo de la historia. In: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de derechos fundamentales. Teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

REPOSO, Antonio. Introduzione allo studio del diritto costituzionale e pubblico. In: PEGORARO, Lucio; REPOSO, Antonio; RINELLA, Angelo; SCARCIGLIA, Roberto; VOLPI, Mauro (Org.). **Diritto costituzionale e pubblico**. 3. ed. Torino: G. Giappichelli, 2009. p. 52-87.

RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Roma-Bari: Laterza, 2012.

ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst Otto. **Governance without government: order and change in world politics**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

RUIZ MIGUEL, Carlos. **Constitucionalismo clásico y moderno**. Desarrollo y desviaciones de los fundamentos de la teoría constitucional. Lima: Tribunal Constitucional del Perú, 2013.

RÜSEN, Jörn. Humanismo en la época de la globalización. Ideas sobre una nueva orientación cultural. In: RÜSEN, Jörn; KOZLAREK, Oliver. **Humanismo en la era de la globalización**. Desafíos y perspectivas. Buenos Aires: Biblos, 2009. p. 23-55.

RÜSEN, Jörn; KOZLAREK, Oliver. Prólogo. RÜSEN, Jörn; KOZLAREK, Oliver. **Humanismo en la era de la globalización**. Desafíos y perspectivas. Buenos Aires: Biblos, 2009.

SÁNCHEZ RUBIO, David. **Fazendo e desfazendo os direitos humanos**. Tradução de Clovis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2010.

SCHEPPELE, Kim Lane. The migration of anti-constitutional ideas: the post 9/11 globalization of public law and international state of emergency. In: CHOUDHRY, Sujit. **The migration of constitutional ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 33-67.

SCOTT, Craig. Transnational Law' as Proto-Concept: Three Conceptions. (2009). **Comparative Research in Law & Political Economy**. Research Paper n. 32/2009, jan-mar. 2009. Disponível em: <<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/clpe/144>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

SNYDER, Francis. Governing economic globalization: global legal pluralism and european law. **European Law Journal**, Oslo, dez.1999, n. 5, v. 4, p. 334-374, 1999.

STAFFEN, Márcio Ricardo; BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. Transnacionalización, sostenibilidad y el nuevo paradigma de derecho in siglo XXI. **Revista Opinión Jurídica**, Universidad de Medellín, n. 20, v. 10, jul./dez. 2011, p. 159-174, 2011.

STIGLITZ, Joseph. **Globalization and its discontents**. London: Penguin Books, 2002.

TEUBNER, Gunther et alii. **Transnational governance and constitutionalism**. Oxford: University Oxford Press, 2004.

UNITED STATES OF AMERICA. United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. 2002. **Doe vs. UNOCAL**. Disponível em: <<http://openjurist.org/395/f3d/932>>. Acesso em: 20 set. 2015.

UNITED STATES OF AMERICA. United States District Court for the District of Columbia. 2014. **Toumazou et al v. Republic of Turkey et al Toumazou et al v. Turkish Republic of Northern Cyprus**. Disponível em: <<http://openjurist.org>>. Acesso em: 12 dez. 2014.

VARELLA, Marcelo D. **Internacionalização do direito**: direito internacional, globalização e complexidade. Tese de Livre-Docência defendida junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

Ensino para os Direitos Humanos.

Leilane Serratine Grubba

INTRODUÇÃO

Os indivíduos nascem, segundo as Nações Unidas (1948), detentores de direitos inerentes à própria condição de ser humano. Contudo, nem todos conseguem exercer os direitos, ainda que eles sejam considerados próprios da natureza humana e universais a todos.

Essa humanidade, contudo, não parece ser um dado meramente biológico. A natureza humana, em parte natural-genética, também é deliberação artificial da relação do sujeito com o entorno. Os diferentes modos como o homem se relaciona com os contextos decorre de uma construção histórica, não isenta de rupturas e fissuras, que é ensinada e aprendida de geração em geração. Parece existir, por conseguinte, um conhecimento acumulado e sedimentado, embora passível de mudança.

Esse processo é chamado, antropologicamente, de *neotenia*, o que significa que os humanos permanecem, durante toda a vida, juvenis em educabilidade, sempre abertos a novos saberes a partir das relações contextuais que estabelecem. Assim, o primeiro valor transmitido pela educação é o de que a espécie humana está posta no tempo, em um mundo no qual já existem determinadas formas de agir, tradições, etc. Dessa forma, por via da educação, não se nasce apenas no mundo, mas no tempo.

O ensino, por sua vez, está intrinsecamente vinculado à questão do tempo como transmissão socialmente necessária de uma memória coletivamente elaborada, não havendo aprendizagem que não implique em consciência temporal e que não responda a ela (SAVATER, 1997, cap II).

A educação é algo eminentemente humano. Ela é parte do processo de socialização e, ao menos em tese, pode possuir tanto a função integradora quanto a função diferenciadora. Somente humanos são educados, formal ou informalmente.

Este texto busca compreender principalmente a educação formal *para* os direitos humanos. Isso não significa apenas a existência do aprendizado do conteúdo de uma disciplina de direitos humanos, uma vez que, toda a educação, ao visar à cidadania, deve ser uma educação *para* direitos humanos, uma educação que consiga situar o homem em sua própria humanidade, necessidades concretas e problemas sociais.

Uma educação dos direitos humanos deve transcender o mero aprendizado da legislação internacional ou nacional sobre estes direitos, apesar de ser esse aprendizado importante. Diante disso, este trabalho tem a intenção de mostrar uma das formas de se falar numa educação *para* os direitos humanos.

De maneira sintética, uma educação meramente em direitos humanos significa a possibilidade do aprendizado dos direitos e deveres que todo o humano possui, ao menos em tese, para que possa exercer sua cidadania, de acordo com a Constituição Federal brasileira e possuir uma vida digna em bens materiais e imateriais.

Uma educação *para* os direitos humanos, além do aprendizado normativo dos tratados internacionais de direitos humanos e dos direitos fundamentais previstas da Constituição Federal de 1988, deve buscar situar as pessoas em seus contextos de complexidade, para compreender as diversas influências dos meios econômico, político, ambiental e jurídico, por exemplo, para que tanto os direitos positivados quanto a própria vida digna possam ser efetivos. Uma educação *para* os direitos humanos busca situar o humano no mundo concreto.

Se, como Warat (2000, p. 61) afirmou, o ensino jurídico deve ensinar a contestar a própria linguagem jurídica, expondo simbolicamente o direito e a lei, então o ensino dos direitos humanos deve servir para ensinar as normativas de direitos humanos, mas para também, ao possibilitar a compreensão dos contextos complexos de interação social, relacionados à dignidade e à vida digna, deve permitir a contestação das próprias normativas de direitos e da própria realidade social.

1. A NOÇÃO DE COMPLEXIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Para se abordar o tema da educação para os direitos humanos, deve-se compreender a noção de complexidade, extraída do pensamento de Edgar Morin. Isso porque os direitos humanos podem ser entendidos como uma categoria do Direito Internacional, positivados por meio de normativas próprias, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Ao mesmo tempo, os direitos humanos também podem ser entendidos a partir da noção de dignidade humana, ou seja, dos direitos que todos *devem* possuir por serem humanos. Nesse sentido, os direitos humanos assumem uma perspectiva emancipatória: eles estão no acesso, igualitário ou não, aos bens materiais e imateriais que possibilitam uma vida digna. Assim, eles apresentam variadas dimensões, como a dimensão jurídica, a empírica ou social, a cultural, a ambiental, a política, a econômica, etc.

Os direitos humanos são um tema de alta complexidade, no qual convivem as dimensões cultural, empírica, jurídica, filosófica, política, econômica, ambiental, etc. Embora cada uma dessas *complexidades* ou *instâncias* possua certa autonomia, essencialmente em razão de seu funcionamento global em conformidade com sua própria lógica e seus mecanismos próprios, todas essas dimensões não podem ser desvinculadas.

Seguindo esse caminho, conforme afirmou Miaille (1979, p. 19), os direitos humanos positivados se encontram no mundo jurídico. Ainda assim, não pode esse mundo ser verdadeiramente conhecido (compreendido), senão em relação a tudo aquilo que lhe permitiu existência e que permite um futuro possível.

Um ensino dos direitos humanos deve partir, por conseguinte, de uma análise que contemple a complexidade do direito, ou seja, que desbloqueie o entendimento *isolado* do mundo jurídico e que o projete no mundo real, justamente onde ele encontra seu fundamento, relacionando-o aos demais fenômenos sociais. Isso porque o mundo jurídico deve ser entendido como a formalização de teorias que advém da realidade social. Mais do que isso, uma vez tendo sido formalizados enquanto normas jurídicas abstratas para todos, de maneira igualitária, os direitos humanos incidem sobre o mundo real, possibilitando maior ou menor acesso aos bens materiais e imateriais em razão da posição que cada ser humano ocupa no contexto societário.

Diante disso, deve-se entender o que é o pensamento complexo de Edgar Morin, para posteriormente compreender o que seria esse ensino para os direitos humanos, vinculado ao ensino jurídico e, ademais, vinculado à questão ambiental, política, econômica cultural etc.

O pensamento da complexidade é, acima de tudo, um incentivo para o pesquisador alcançar uma nova visão do mundo, que seja dialógica e que perceba tudo, inclusive os fenômenos humanos (nas ciências humanas) de maneira inter-relacionada. Em suma, para que ele considere a complexidade da questão a ser estudada (MORIN, 2010, p. 188-190).

Esse pensamento se resume ao “[...] conjunto de princípios de inteligibilidade que, ligados uns aos outros, poderiam determinar as condições de uma visão complexa do universo (físico, biológico, antropossocial).” (MORIN, 2010, p. 279). De fato, não existe um paradigma da complexidade. O que existe é uma complexidade de fenômenos que ocasionam efeitos concretos na vida humana e que precisam também ser considerados pela ciência, em seu processo de produção de conhecimento. Diante disso, podemos falar de um pensamento da complexidade ou *pensamento complexo*, que seja constituído *na e pela* conjunção de princípios de inteligibilidade (MORIN, 2010, p. 189).

A complexidade, conforme o pensamento de Morin (2010), leva a distinguir, mas, paradoxalmente, a fazer comunicar todos os elementos possíveis. Não se trata mais de adotar uma postura reducionista de isolamento e de separação entre o objeto a ser estudado e o seu meio. Em última instância, implica em reconhecer todos os possíveis traços singulares, históricos e originais dos fenômenos que se quer estudar, sem ligá-los a determinações ou leis gerais.

Aparentemente paradoxal, esse pensamento leva a um princípio dialógico, que percebe a unidade e a multiplicidade conjuntamente: a existência de uma unidade (meio ambiente) e as multiplicidades individuais que estão nela englobadas. Por isso, existe a percepção dos caracteres multidimensionais da realidade.

O pensamento complexo, ademais, não se confunde com o pensamento holístico, no qual importa a compreensão do todo. O pensamento complexo não é *holista* porque não busca a compreensão do *todo*, mas das conexões. Além disso, percebe a impossibilidade de se conhecer o *todo* ou a verdade, visto que todas as teorias e conhecimentos são falíveis (MORIN, 2010, p. 259).

Para Morin (2010, p. 259), apesar de o conhecimento *holístico* se opor à concepção reducionista que remete à ciência clássica – procura a explicação nos elementos de base (isoladamente) –, recai igualmente em reducionismo ao buscar a explicação dos fenômenos no nível da totalidade, que não passa de uma ideia simplificada do *todo*, por fazer da totalidade uma ideia à qual se reduzem as demais.

Por isso, complexamente, atribui-se importância ao *todo* ao mesmo tempo em que se concede importância às *partes*, pois que, em última instância, a grande importância reside no movimento (conexões) de dupla via entre o *todo* e as *partes*. Trata-se de um conhecimento multidimensional que não sugere a possibilidade de se possuir todas as informações sobre o fenômeno estudado, mas em respeitar suas múltiplas dimensões. Em resumo, existem complexidades e não uma complexidade.

A complexidade dos fenômenos leva a perceber que se precisa de uma nova visão de mundo, de uma percepção do ser humano inserido em sua contextualidade. Isso significa perceber o ser humano como parte integrante do meio ambiente no qual ele está inserido. Considerando o humano um ser psicossociocultural, ele é influenciado, em que pese não determinado, pelo contexto no qual emerge, assim como exerce modificações sobre esse mesmo contexto. Trata-se, por conseguinte, de uma relação dialógica entre os humanos, individualmente considerados, e o seu meio ambiente.

Essa complexidade, ainda, apresenta importância para os direitos humanos, pois se entende que, além dos direitos positivados, o ser humano tem necessidades concretas, materiais e imateriais. Além disso, conforme mencionado, os direitos são positavações jurídicas de teorias do âmbito social (ou mundo real) e, após positivados, os direitos novamente incidem e influenciam o âmbito social.

Assim, um ensino que busque o empoderamento¹ deve ser um ensino para os direitos humanos, ou seja, um ensino complexo dos direitos humanos.

¹ *Empoderamento* é um termo que advém da expressão *empowerment* – *dar poder* –, que nasceu no seio da teoria feminista norte-americana, visando à luta pela erradicação da dominação patriarcal. É um termo que utilizado para designar diferentes posições e significados. Por exemplo, pode-se falar de um empoderamento liberal, surgido no seio da teoria feminista liberal, mas também se pode falar de um empoderamento social. De maneira geral, o termo se refere ao processo pelo qual as mulheres se empoderam (ganhar o poder) para expressar seus direitos, defende-los, expressar sua identidade, ganhar autoconfiança e exercer um papel ativo no controle de suas relações pessoais e sociais. Ou seja, trata-se de autonomamente tomar decisões sobre a própria vida, ter acesso aos recursos para suprir suas necessidades, bem como capacidade de refletir de maneira coletiva e de organizar demandas em níveis locais, nacionais ou global (HILL CILLINS, 2000; BATLIWALA, 1994; MARION YOUNG, 1997). Transcendendo a questão da luta feminista – questão de gênero como categoria social e política construída para a imposição de uma determinada forma de dominação –, o *empoderamento* também é percebido nas ações coletivas e sociais desenvolvidas pelos sujeitos que participam dos espaços públicos de decisão, a partir da consciência social de direitos e deveres. Não se trata de um *dar poder*, que faz com que a tarefa seja relegada somente ao sujeito ativo irá *dar* o poder e faz com que o indivíduo que necessita se empoderar fique situado em um plano passivo. O *empoderamento* visa desenvolver a dignidade e estabelecer o estatuto da cidadania ao intentar a emancipação para a compreensão contextual da realidade e, conseqüentemente, a assuntar dos direitos e dos deveres – responsabilidade – de cada um e de todos na construção contínua do espaço democrático e do desenvolvimento nacional e, em última escala, global. Um grande exemplo de empoderamento é a formação de *movimentos sociais*. *Empoderamento* significa se *empoderar*. Existe um processo de conscientização que implica uma superação por parte de quem se empodera (SCHIAVO; MOREIRA, 2005).

O ensino *para* os direitos humanos, conforme será desenvolvido sequencialmente, busca ser empoderador ou, nos termos das Nações Unidas (2010, p. 120), capacitador, isto é, busca a possibilidade de todas as pessoas, inclusive as mais vulneráveis, fazerem “[...] ouvir a sua voz e participarem de forma significativa nos debates que afectam as suas vidas” (NAÇÕES UNIDAS, 2010, p. 120-121).

Trata-se de uma ação que busca o aumento da capacidade de todos provocarem a mudança, ou seja, de pessoas e grupos se envolverem, moldarem e se beneficiarem dos processos políticos e de processos de desenvolvimento individual, social e comunitário dos seus países. O poder, entendido como *relação*, não é detido somente hegemonicamente. O poder é algo que se exerce, a partir dos marcos de relações que mantemos no mundo.

O empoderamento cidadão preceitua, portanto, a capacidade e aptidão de cada ser humano se manifestar criticamente no mundo como sujeito que pode transformar a realidade. Trata-se de conhecer os direitos que todos devem ter e, ao mesmo tempo, adquirir a aptidão de análise da realidade, para saber quando os direitos são efetivos e quando não o são. Mais do que isso, trata-se de saber como reivindicar os bens necessários para uma vida digna e, com isso, trazer efetividade para os direitos humanos positivados juridicamente.

2. O ENSINO PARA OS DIREITOS HUMANOS

O ensino formal dos direitos humanos deve situar as pessoas com relação aos direitos e deveres que possuem pelo fato de terem nascido humanas. Trata-se do ensino jurídico das Declarações, Convenções em Pactos que preveem e garantem os direitos necessários a uma vida digna.

Assim, são exemplos de documentos internacionais que possibilitam este ensino: a Carta das Nações Unidas, de 1945; a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966; o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966; a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1969; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979; a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação baseadas em Religião ou Crença, de 1981; a Convenção contra a Tortura e outras formas de Tratamento ou Punição Cruel ou Degradan-

te, de 1984; a Convenção sobre os Direitos das Crianças, de 1990; a Convenção de Viena, de 1993; bem como a Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência, de 2008. Também é possível partir do estudo do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e do estudo dos direitos fundamentais, previstos em território brasileiro na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

Contudo, além da importância do ensino formal e jurídico dos direitos humanos (e/ou direitos fundamentais), parece ser necessário o entendimento complexo da realidade, a qual se vincula ao ente jurídico. Isso porque a dimensão jurídica ocasiona efeitos concretos na realidade social. Nesse sentido, para mostrar a importância da complexidade no âmbito do ensino *para* os direitos humanos, este texto aborda três dimensões específicas: a jurídica, a ambiental e a econômica.

A primeira dimensão (complexidade) é a jurídica ou, mais precisamente, a dimensão jurídica da instância político-jurídica, que pode ser vista como o sistema de comunicação formulado em termos de *normas* que permitam a realização de um sistema de produção e de trocas econômicas e sociais, que, no caso da instância jurídica ocidental, não esconde uma tendência hegemônica do direito como sistema de comunicação no modo de produção capitalista. Sobre a instância jurídica, afirmou Mialle:

Na arte de querer reduzir as contradições sociais, o direito não pode fazer mais do que ocultá-las. Quer se trate dos <<pontos de partida>>, quer das instituições estabelecidas, o sistema jurídico funciona bem como o reprodutor das relações sociais dominantes. Assim, é nesta função histórica, pouco a pouco autonomizada na sucessão de novos modos de produção, que ele afirma implicitamente a sua contingência e a sua fragilidade. Vimos como na mais pequena das instituições jurídicas, no processo aparentemente mais normal, na prática mais banal, se alojava a ideologia da sociedade capitalista. Todas as noções de interesse geral ou de bem comum, de sujeito de direito ou de justiça constituem o imaginário das relações sociais reais que quotidianamente vivemos. (MIALLE, 1979, p. 91).

Em termos jurídicos, ao abordar o tema dos *direitos humanos*, se acredita estar diante de *normas jurídicas* integralmente exigíveis perante os tribunais. Nesse sentido, quando se estuda ou se conhece os direitos humanos, previstos em Pactos e Convenções, que afirmam que todos os homens possuem direitos, esquece-se que a linguagem jurídica funciona como um *dever ser* (deontológica). Os direitos positivos não dizem que todos *possuem* ou que têm *acesso* a todos os direitos, mas que todos *devem possuir ou ter acesso* aos direitos.

É nesse aspecto que reside a complexidade do jurídico e a sua vinculação às demais complexidades que perpassam a sociedade. Quer dizer, como fazer

para que todos possam ter acesso aos direitos? Como entender o motivo pelo qual algumas pessoas têm mais acesso a alguns direitos em detrimento de outras? Como compreender o motivo pelo qual alguns direitos têm mais efetividade, apesar de todos possuírem validade jurídica?

Para se compreender a vinculação complexa do âmbito jurídico aos demais âmbitos mencionados, bem como os questionamentos suscitados, deve-se iniciar com o seguinte questionamento: por mais que se possa exigir direitos individuais, tal como a liberdade de expressão, por que os direitos sociais, econômicos e culturais são, muitas vezes, reduzidos a princípios orientadores de políticas econômicas? Em assim sendo, transformados em normas programáticas, os direitos de cunho social, econômico e cultural, detêm uma eficácia limitada, vindo mais a declarar a impossibilidade de o Estado atender a todos os reclamos sociais.

Conforme Bobbio, “os direitos sociais, como se sabe, são mais difíceis de proteger do que os direitos de liberdade” (2004, p. 60). Além disso, a universalidade e igualdade presentes na Declaração Universal, que se justifica mais na atribuição e no “[...] eventual gozo dos direitos de liberdade não vale para os direitos sociais, e nem mesmo para os direitos políticos, diante dos quais os indivíduos são iguais só genericamente, mas não especificamente” (BOBBIO, 2004, p. 65).

No âmbito territorial dos Estados e na própria ordem internacional detentora da *legitimidade universalista* de proclamar os direitos humanos, prescreve-se, em caráter de *normas programáticas*, os direitos sociais, econômicos e culturais, prevendo a prevalência dos direitos individuais civis e políticos.

Foi nesse sentido que Rodrigues afirmou que a criação da figura das normas programáticas, no âmbito da contemporânea teoria constitucional, é um dos artifícios que permite ao Estado obrigações e deveres legais sem que os tenha de efetivar. De fato, segundo o autor:

As teorias criadas sobre os graus de aplicabilidade e eficácia da norma constitucional conseguem justificar a omissão do Estado, sem questionar a natureza do sistema econômico a ele subjacente. Esta nítida visão entre direitos civis e políticos e direitos sociais encontra-se também presente nas normas internacionais. A ONU, a partir de 1948, patrocinou uma série de declarações, pactos e convenções sobre diversos aspectos dos direitos humanos. Entre estes, apenas um documento, o *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, de 1966, trata diretamente a questão social, econômica e cultural. Todos os demais têm como preocupação central as liberdades e garantias individuais e/ou os direitos políticos. Além disso, este único pacto sobre o tema apresenta a característica acessória de que a sua aplicação não será imediata, estando

submetida à disponibilidade de recursos em cada Estado. Possui uma aplicação progressiva. Repete-se a nível internacional a criação de normas programáticas. (RODRIGUES, 1989, p. 35-56)

Isso, em que pese a Conferência Internacional sobre Direitos Humanos de 1968, em Teerã, ter reconhecido expressamente no art. 13, a característica de *indivisibilidade dos direitos humanos*, estabelecendo que, assim “[...] como os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a plena realização dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais é impossível”, visto que o progresso da garantia dos direitos depende das políticas públicas, nacionais e internacionais, de desenvolvimento econômico e social (ALVES, 1995, p. 150).

Normas jurídicas, assim como normas morais, possuem natureza *normativa*. Não descrevem fatos, ou seja, não detém caráter ontológico. Em virtude disso, salientou Herrera Flores (2009, p. 45-46) que as normas jurídicas, inclusive as programáticas de políticas públicas, constituem-se em seu caráter deontológico, postulando um *dever ser*, caso contrário, se reduziriam a descrições sociológicas. Normas de direitos humanos, conforme mencionado, afirmam os direitos que todos *devem ter*, mas nunca os direitos que todos *têm*.

Em sentido similar, embora tenha partido de premissas distintas, Rodrigues (1989, p. 35-56) considera que os *direitos humanos* se configuram em um dos grandes mitos da modernidade reflexiva. Isso porque, aparentemente, esses direitos, por exemplo, quando constitucionalizados, passam a ser garantidos por um Estado de Direito, visto que sua existência prévia é garantia da existência da própria democracia.

Todavia, nessa ordem, se esquece de que a relação entre esses direitos humanos positivados e a democracia liberal é garantidora do sistema econômico capitalista que, ao sobrepor os direitos individuais e políticos aos direitos sociais, econômicos e culturais, na prática, impede a efetivação de uma grande parcela de direitos. Mais do que isso, essa obstaculização encontra-se inscrita na própria lógica do Estado de caráter liberal ou neoliberal, que regulamenta os instrumentos que efetivam o controle dos direitos humanos ao mesmo tempo em que também garante os direitos eminentemente individuais e do capital (RODRIGUES, 1989, p. 35-56).

Em suma, isso significa que a positivação de direitos humanos não implica necessariamente em sua garantia efetiva, mesmo no âmbito de um Estado Democrático. A norma, portanto, não passa de um meio, dentre outros, a partir

do qual podem ser estabelecidos caminhos para a satisfação, de modo normativo, das necessidades sociais.

A norma, por si só, nada pode fazer, nada cria e nada descreve, visto que depende do conjunto de valores que imperam em uma sociedade concreta: os valores dominantes que dividem o fazer humano. Além de serem criadas pelo sistema axiológico e ideológico dominante, são por ele interpretadas. Dessa maneira é que a complexidade jurídica é intrinsecamente vinculada às complexidades econômica e política. Se se considerar o sistema de valores hegemônicos no marco do neoliberalismo, parece plausível que as liberdades – direitos individuais – sobressaiam-se sobre os direitos voltados ao acesso igualitário aos bens sociais, econômicos, culturais e políticos.

Daí porque parece ser necessário compreender as demais instâncias que perpassam o ser humano, como a econômica, a política, a cultural, etc., a fim de saber o porquê existe a inefetividade de alguns direitos em detrimento de outros e o porquê de algumas pessoas terem mais acesso aos direitos do que outras. Trata-se de conhecer as demais instâncias para se saber quais políticas públicas e econômicas permitem maior efetividade dos direitos para todos. Trata-se de saber como o cultural influencia na eficácia ou não dos direitos humanos, em razão de crenças culturais ou religiosas.

Dessa maneira, para se falar de desenvolvimento humano (dignidade humana) de maneira contextual e política, deve-se perceber a importância da garantia do *bem-estar* (com a expansão das liberdades), da *capacitação das agências* (de pessoas e grupos para que lutem por dignidade), bem como da *justiça* (expansão da igualdade/equidade).

Resulta definitivamente a importância de um ensino *para* os direitos humanos, que busque ir além do ensino-aprendizagem dos direitos (instância jurídica), para analisar as violações e ineficácias desses direitos, como se alcançar o máximo de eficácia possível, bem como conhecer as demais dimensões que possibilitam a dignidade.

Além da instância jurídica, conforme se afirmou, existem diversas instâncias, como a cultural, a econômica, a política, etc. Dentre elas, existe e importa a dimensão ambiental. Além do conhecimento das normativas de direitos humanos, a vida digna pressupõe o conhecimento da vinculação do ser humano à dimensão ambiental. O desenvolvimento do humano pressupõe uma sociedade sustentável. O desenvolvimento humano se refere ao desenvolvimento das capacidades de vidas dignas (longas, saudáveis, instruídas, etc.). Caminha,

portanto, conjuntamente com o desenvolvimento sustentável, que garante às gerações futuras a possibilidade de trilhar o mesmo percurso. Assim, além da importância da equidade intrageracional, também a importância da equidade intergeracional (NAÇÕES UNIDAS, 2010).

Um ensino para os direitos humanos deve conter a noção da importância ambiental para o ser humano e, além disso, deve conscientizar sobre o acesso desigualitário ao meio ambiente e seus recursos, ainda que os direitos positivados, que garantam a vida digna, sejam para todos os humanos. Nesse sentido, as Nações Unidas (1990) reconheceram a injustiça associada à degradação ambiental (esgotamento do ozônio, alterações climáticas, etc.), sendo que a maior parte do sofrimento cabe aos pobres. Nesse sentido, parece existir uma grande vinculação entre a dimensão ambiental e a dimensão econômica.

A degradação ambiental é um acontecimento que faz derivar efeitos a todos os seres humanos, independentemente da etnia, gênero, classe social, etc. Mesmo assim, excetuados os grandes impactos locais, como terremotos ou tsunamis, não se pode negar que os efeitos mais devastadores, a longo prazo, recaem sobre as populações mais empobrecidas, que além de não deterem a tecnologia e poder suficiente para se precaver aos danos, detém os menores recursos econômicos para a manutenção da vida digna após os danos ambientais (NAÇÕES UNIDAS, 1990).

Nesse sentido, por exemplo, importa um conhecimento para os direitos humanos: além da importância do conhecimento das normativas, o conhecimento complexo do ser humano, ou seja, conhecer o entorno do humano, para saber o porquê a dimensão econômica (ausência de bens e meios econômicos) aliada à dimensão ambiental, podem ocasionar a ausência de efetividade dos direitos humanos para algumas pessoas e quais seriam as opções para garantir maior efetividade para todos os direitos e todas as pessoas.

A título de exemplo, menciona-se a injustiça do uso da água, exposta pelas Nações Unidas (2006), que denunciou que as pessoas pobres da África Subsaariana pagam mais pelo uso da água potável do que os residentes de Paris ou de Nova Iorque. Existem mais de 1,1 bilhões de pessoas sem acesso à água potável, que utilizam aproximadamente 5 litros de água por dia (deveria ser utilizado ao menos 20 litros de água para a manutenção das necessidades básicas para uma vida digna), e em média, nos Estados Unidos, as pessoas utilizam diariamente mais de 400 litros de água, e na Europa, mais de 200 litros. As torneiras que pingam nos países ricos desperdiçam mais água da que está disponível diariamente a mais de um bilhão de pessoas.

Por isso, a maior importância reside justamente em perceber a complexidade dos direitos humanos, para além das normativas jurídicas positivadas abstratamente. Torna-se imprescindível um conhecimento da realidade, que neste texto se denominou *conhecimento para os direitos humanos*.

Por fim, a última complexidade a ser analisada neste texto, de extrema importância, é a dimensão econômica. Isso porque, conforme será apresentado, o acesso igualitário ou desigualitário aos direitos protegidos abstratamente para todos depende do contexto econômico que cada um ocupa na sociedade.

Segundo as Nações Unidas (2010), existem desigualdades de rendimentos e, além delas, desigualdades sobrepostas, ou seja, pessoas ou grupos que, em função de classe social, gênero, etnia, rendimento, etc., sofrem mais de dois tipos de desigualdades. As sociedades marcadas pela desigualdade, sejam elas democráticas ou não, por terem o poder concentrado nas mãos das elites dirigentes, ocasionam instituições econômicas e políticas que trabalham a seu favor. Assim, desigualdade sobreposta resulta do fato de que o acesso a bens e serviços, em função da posição que cada um ocupa perante a distribuição, reflete as privações das famílias situadas em patamar inferior.

Sobre as desigualdades, segundo as Nações Unidas (2010):

- a. o acesso à educação tende a favorecer os grupos em situação de desigualdade e, em médio prazo, a aumentar a equidade. Contudo, a qualidade dos serviços publicamente oferecidos é inferior, bem como a qualidade dos serviços que pessoas com rendimento inferior podem pagar é menor do que a que está à disposição das pessoas com melhor situação econômica;
- b. um estudo realizado em 24 países demonstrou que os crescentes fossos na mortalidade infantil se relacionam aos extremos da distribuição de riqueza em 11 desses países, sendo decrescente em apenas três e persistentes nos demais;
- c. fossos na saúde, entre pessoas de baixo e alto rendimento, tendem a ser elevados, principalmente nos países periféricos (desiguais);
- d. em mais da metade dos países abrangidos pelo Índice de desenvolvimento humano, a diferença entre famílias com e sem educação excedeu a 50%; e,
- e. nos países desenvolvidos, são desfavorecidos principalmente os grupos de imigrantes, povos indígenas e minorias específicas. No âmbito da União Europeia, por exemplo, embora os imigrantes representem aproximadamente um oitavo do total da população em idade ativa, desempenham trabalhos de baixa remuneração. (NAÇÕES UNIDAS, 2010, p. 78-80)

Todos esses referentes de desigualdades identificam que pessoas e grupos, em razão de diferentes localizações, etnias e outras qualidades, principalmente a situação econômica, encontram-se empiricamente em desvantagens e desigualdades, mesmo que fundamentalmente iguais enquanto seres *humanos abstratos e dotados de direitos inalienáveis*.

Mais ainda, conforme o Índice de Desenvolvimento Humano ajustado à Desigualdade (IDHAD)², presente no RDH2010 das Nações Unidas, existe uma estimativa de perda total de desenvolvimento humano em razão da desigualdade multidimensional. A perda média no IDH é de aproximadamente 22%. (NAÇÕES UNIDAS, 2010, p. 91-95).

Certo é que os países com menor desenvolvimento (humano) apresentam maior desigualdade multidimensional e, por essa razão, as maiores perdas no desenvolvimento humano (IDHAD). O desenvolvimento também abrange a nutrição adequada, condições de habitação, inclusão social, etc. Por conseguinte, não se limita à saúde, à educação e ao rendimento. A pobreza, de seu turno, é multifacetada (multidimensional). Famílias que sofrem várias privações estão em posição mais vulnerável do que as medidas da pobreza de rendimento.

Para essa análise, surgiu o Índice de Pobreza Multidimensional (IPM), o qual substituiu o antigo Índice de Pobreza Humana (IPH). O IPM identifica e analisa as privações sobrepostas das famílias nas mesmas dimensões abrangidas pelo IDH. Diferentemente do IPH, enquanto este utilizava as médias do país sob análise para refletir as privações, deixando de identificar pessoas, famílias e comunidades, o IPM capta quantas pessoas sofrem privações sobrepostas e quantas privações enfrentam (em média). Dessa maneira:

O IPM é o resultado da contagem da pobreza multidimensional (o número de pessoas que são pobres em termos multidimensionais) e do número médio de privações que cada família multidimensionalmente pobre sofre (a intensidade da pobreza). Inclui três dimensões semelhantes às do IDH – saúde, educação e padrões de vida –, que se reflectem em dez indicadores, cada um com igual peso dentro da sua dimensão. [...] Uma família é multidimensionalmente pobre se sofrer privações, pelo menos, em dois até seis indicadores (a divisão varia consoante o peso do indicador específico na medida geral. (NAÇÕES UNIDAS, 2010, p. 100).

² De maneira diferente ao IDH, o IDHAD não considera apenas as médias de desenvolvimento humano de um país, consoante os indicadores de saúde, educação e rendimento, mas também a forma como está distribuído, isto é, incorpora as desigualdades da esperança de vida, escolaridade e rendimento, ao descontar o valor médio de cada dimensão de acordo com o nível da desigualdade. Assim, o IDHAD seria equivalente ao IDH se não existisse desigualdade em uma sociedade. Mesmo assim, por insuficiência de dados, inexistem uma apreciação das desigualdades sobrepostas. (NAÇÕES UNIDAS, 2010, p. 91-96)

O IPM, mais adequado aos países menos desenvolvidos, apresenta uma estimativa de que um terço da população em 104 países (aproximadamente 1,75 bilhões de pessoas) viva em pobreza multidimensional, o que excede o cálculo de 1,44 bilhões de pessoas que vivem com menos de 1,25 dólares por dia, embora fique aquém da estimativa de 2,6 mil milhões de pessoas que vivem com menos de 2 dólares por dia.

Os países com maior número de pessoas em pobreza multidimensional tendem a concentrar os maiores obstáculos a uma vida digna, em seus múltiplos e interconectados aspectos, que não se fixam apenas no rendimento, mas abrangem a saúde, a educação, a participação política, os bens imateriais, etc. (NAÇÕES UNIDAS, 2010).

A *igualdade perante a lei* é o fundamento do sistema jurídico. Somente quem reconhece esse postulado, no entender de Fleiner (2003, p. 103-104), pode se posicionar contra a escravidão e o *apartheid*, por exemplo. Aqueles que não reconhecem sermos todos e todas fundamentalmente iguais, aceita que existem diferenças também *fundamentais*, que pode gerar a ilusão de haver *raças mais inteligentes* e justificar a dominação.

Mesmo assim, deve-se ter em mente que, para além dessa igualdade formal, o tratamento *desigual* se justifica na medida em que, segundo o contexto concreto, existem desigualdades materiais entre os seres humanos, por isso um tratamento formalmente desigual busca uma igualdade material.

O progresso do IDH é patente. Todavia, ao longo de 40 anos (1970-2010), os melhoramentos no campo da saúde e da educação não foram acompanhados de um real melhoramento no quesito rendimento. Esse fato nos leva a considerar a importância da análise da complexidade econômica. Até porque, conforme Charles Kenny, inexistente uma correlação absoluta entre as três esferas acima mencionadas: o crescimento econômico não é indispensável ao progresso na saúde e na educação (KENNY, 2009, 24-41).

Em que pese ser possível concluir, desse discurso, a desnecessidade de uma distribuição equitativa de rendimentos para angariar o progresso humano, legitimadora do capitalismo moderno, também resta entender a real importância da consideração da análise econômica, esfera que influi, em que pese não absolutamente, em todas as demais facetas da vida humana.

Portanto, existe uma relação causal, visto que rendimentos mais elevados determinam uma melhor qualidade de vida, de saúde e de educação, ao

passo que a maior qualidade dessas três instâncias pode tornar as sociedades mais produtivas. Conforme o Relatório de Desenvolvimento Humano de 2010, das Nações Unidas:

O rendimento aumenta o domínio das pessoas sobre os recursos necessários para a obtenção de acesso a comida, abrigo, vestiário e opções de vida mais amplas. Esses recursos também possibilitam que as pessoas avancem com os seus planos de vida sem estarem excessivamente limitadas pelas necessidades materiais – como o trabalho em atividades significativas e intrinsecamente compensadoras ou a passagem de mais tempo com os entes queridos. [...] Os nossos resultados não negam a importância do rendimento mais elevado para o aumento do acesso das pessoas pobres a serviços de saúde e educação, um resultado extensivamente documentado na literatura microeconómica. A forte correlação entre a situação sócio-económica e a saúde numa sociedade reflecte, com frequência, a vantagem relativa das pessoas mais ricas na obtenção de acesso a serviços de saúde. (NAÇÕES UNIDAS, 2010, p. 50-51)

A ausência de determinação absoluta significa que se está tratando de um índice global (médio) de rendimento das diversas localidades, o que não implica em uma análise pormenorizada das disparidades de rendimento real entre as pessoas de uma região. O que não se pode deixar de verificar, em absoluto, é que a complexidade económica (e financeira do capital globalizada) influi na possibilidade de se alcançar e manter uma vida digna de ser vivida.

Nesse sentido, quando se questionou, no início da seção, sobre o aspecto no qual reside a complexidade do jurídico e a sua vinculação às demais complexidade que perpassam a sociedade, a análise das dimensões jurídica, económica e ambiental permite algumas considerações finais. Para se entender o motivo pelo qual algumas pessoas têm mais acesso a alguns direitos em detrimento de outras ou o motivo pelo qual alguns direitos têm mais efetividade do que outros, apesar de todos possuírem validade jurídica, faz-se necessário um ensino e uma compreensão *para* os direitos humanos.

Trata-se de um entendimento que, para além do âmbito jurídico, situa os humanos nos seus contextos complexos de interação, a fim de saber quais as influências que causam a inefetividade das normas de direitos humanos e para investigar quais seriam as melhores opções para buscar a efetividade desses mesmos direitos, por políticas sociais, públicas, económicas etc.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O texto teve por objeto o ensino dos direitos humanos, tanto em sua perspectiva formal quanto em sua perspectiva informal. Diante disso, buscou compreender principalmente a educação formal *para* os direitos humanos, considerando-se a possibilidade de um ensino empoderador.

Para cumprir com o objetivo proposto, em primeiro lugar, foi analisada a categoria complexidade, de Morin, para mostrar como o tema dos direitos humanos é complexo e deve ser analisado a partir de suas múltiplas dimensões. Segundo o entendimento de Morin, existe uma complexidade de fenômenos no mundo que ocasionam efeitos concretos na vida. A noção de complexidade implica a importância do conhecimento desses fenômenos e de suas relações, por meio do conhecimento do que o pensador denominou de princípios de inteligibilidade.

Os direitos humanos, seguindo a linha de pensamento de Morin, parece ser um tema de alta complexidade, no qual convivem as dimensões cultural, empírica, jurídica, filosófica, política, econômica, ambiental, etc. Mais do que isso, todas essas ditas dimensões dos direitos humanos não podem ser desvinculadas. Isso porque, além do mundo jurídico, parece que esse mundo não pode ser totalmente compreendido sem a compreensão daquilo que lhe permitiu existência e que permite um futuro possível.

Um ensino dos direitos humanos deve partir, por conseguinte, de uma análise realizada a partir da complexidade do direito, ou seja, uma análise que desbloqueie o entendimento *isolado* do mundo jurídico e que o projete no mundo real, relacionando-o aos demais fenômenos sociais. Isso porque o mundo jurídico deve ser entendido como a formalização de teorias que advêm da realidade social. Mais do que isso, uma vez tendo sido formalizados enquanto normas jurídicas abstratas para todos, de maneira igualitária, os direitos humanos incidem sobre o mundo real, possibilitando maior ou menor acesso aos bens materiais e imateriais em razão da posição que cada ser humano ocupa no contexto societário.

Busca-se superar o mero ensino da legislação dos direitos humanos (ensino dos direitos humanos), apesar de ser esse ensino importante, mas agregá-lo ao ensino para os direitos humanos. Trata-se de um entendimento que, para além do âmbito jurídico, situa os humanos nos seus contextos complexos, a fim de saber quais as influências que causam a efetividade e inefetividade das normas de direitos humanos, bem como para investigar quais seriam as melhores

opções para buscar a efetividade desses mesmos direitos, por políticas sociais, públicas, econômicas etc.

Diante da noção de complexidade, parece ser possível afirmar a necessidade de um ensino para os direitos humanos, isto é, um ensino que, além da compreensão das normativas de direitos, possibilite a compreensão dos contextos de interação nos quais os humanos estão inseridos e, com isso, a possibilidade da efetivação de cada vez mais direitos humanos para todas as pessoas. A educação empoderadora, nesse sentido, é considerada a educação que consiga situar o humano em sua própria humanidade, necessidades concretas e problemas sociais.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rubem Azevedo. **Conversas com quem gosta de ensinar**. 2. ed. São Paulo: Ars Poética, 1995.

BATLIWALA, Srilatha. The meaning of women's empowerment: new concepts from action. In: Sen, A. et. all. (eds.). **Empowerment and rights**. Boston: Harvard University Press, 1994. p. 127-138.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

FLEINER, Thomas. **O que são direitos humanos?** São Paulo: Max Limonad, 2003.

HERRERA FLORES, Joaquín. **A reinvenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

HILL CILLINS, P., **Black feminist thought: knowledge, consciousness, and the politics of empowerment**. New York: Routledge, 2000.

KENNY, Charles. There's more to life than money: exploring the levels/growth paradox in health and education. **Journal of international development**, v. 21 (issue 1), p. 24-41, jan. 2009.

MARION YOUNG, Iris. **Dilemmas of gender, political philosophy and policy**. New Jersey: Princeton University Press, 1997.

MIAILLE, Michel. **Uma introdução crítica ao direito**. Lisboa: Moraes, 1979.

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. 14. ed. Rio de Janeiro: Bertrand, 2010.

NAÇÕES UNIDAS. **Relatório de desenvolvimento humano 1990**. Concept and Measurement of human development. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/en/reports/global/hdr1990/chapters/>>. Acesso em: 30 mar. 2011.

NAÇÕES UNIDAS. Relatório de desenvolvimento humano 2006. **Além da escassez:** poder, pobreza e a crise mundial da água. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/hdr/Relatorios-Desenvolvimento-Humano-Globalis.aspx?indiceAccordion=2&li=li_RDHGlobalis#2006>. Acesso em: 1 abr. 2015.

NAÇÕES UNIDAS. **Relatório de desenvolvimento humano 2010.** A verdadeira riqueza das nações: vias para o desenvolvimento humano. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2010_PT_Complete_reprint.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2011.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. O discurso dos direitos humanos como veículo da dominação exercida pelos países centrais. In. CAUBET, Christian Guy. (Org.). **O Brasil e a dependência externa.** São Paulo: Acadêmica, 1989. p. 35-56.

SAVATER, Fernando. **El valor de educar.** Barcelona: Ariel, 1997.

SCHIAVO, Márcio R.; MOREIRA, Eliesio N. **Glossário social.** Rio de Janeiro: Comunicarte, 2005.

WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos.** 2. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000.

O Seminário Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional é realizado no Brasil e no exterior. A primeira edição internacional correu em Portugal, no mês de outubro de 2014. A partir de então as obras impressas, editoradas pela Editora Lumen Juris, passou a ser publicada em eBook internacional pelo Instituto de Ciências Jurídicas (ICJP) da FDUL.

O Vol. 4 compila os artigos dos palestrantes que intervieram no VI Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional, dias 14 e 15 de abril de 2015, na Universidade da Amazônia/Grupo Ser, Instituição de Ensino Superior que inaugurou a parceria nacional na realização de uma edição do Seminário. Posteriormente foi realizada a VIII edição em parceria com a Escola Superior da Magistratura Tocantinense, na cidade de Palmas.